

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAROLINE FANTIN MARSARO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL

**CURITIBA
2015**

CAROLINE FANTIN MARSARO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Eros Cordeiro

**CURITIBA
2015**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINE FANTIN MARSARO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DA PERDA DO TEMPO ÚTIL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E NOVOS DANOS	8
2.1 NOÇÃO TRADICIONAL.....	8
2.2 NOVA VISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
2.3 PERSPECTIVAS DE NOVOS DANOS.....	18
3 TEMPO ÚTIL COMO PATRIMÔNIO TUTELÁVEL	25
3.1 O QUE É TEMPO ÚTIL.....	25
3.2 HIPÓTESES DE CARACTERIZAÇÃO.....	29
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO DANO.....	34
4 PERDA DO TEMPO ÚTIL COMO DANO INDENIZÁVEL	39
4.1 PERDA DO TEMPO ÚTIL x MERO ABORRECIMENTO.....	39
4.2 PERDA DO TEMPO ÚTIL x LUCROS CESSANTES.....	41
4.3 PERDA DO TEMPO ÚTIL x PERDA DE UMA CHANCE.....	43
4.4 CASOS CONCRETOS.....	46
5 CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	57

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar o surgimento de um novo dano indenizável: a perda do tempo útil. Como consequência, pretende analisar a recepção da jurisprudência quanto à admissibilidade de indenização no caso de ocorrência desse dano. Inicia-se com uma retrospectiva da leitura da responsabilidade civil, a fim de compreender a admissibilidade e indenização de novos danos, dentre os quais se encontra a perda do tempo útil. Ato contínuo, pretende a delimitação dos interesses tutelados pelo bem jurídico tempo útil, assim como as hipóteses dignas de proteção pelo direito. Ainda, apresenta as possíveis formas de compreensão do dano decorrente da perda do tempo útil. Por fim, propõe a distinção entre a perda do tempo útil e alguns institutos com os quais pode ser confundido, como meros aborrecimentos, lucros cessantes e perda de uma chance. Findando o trabalho, há um apanhado de casos presenciais, objetivando demonstrar de que forma esse novo dano tem sido compreendido pela jurisprudência. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: responsabilidade civil; perda do tempo útil; dano; dever de indenizar.

1 INTRODUÇÃO

A convivência social faz com que os indivíduos elejam bens mais ou menos importantes. Essa seleção decorre de inúmeros fatores, como a escassez, a necessidade e a utilidade.

Ao entender determinada coisa como mais valiosa, essa passa a ser considerada como um bem, do que surge o interesse de tutelar esse bem. Essa tutela é feita pela normatização, que pode se dar de forma expressa ou por meio de normas gerais aptas a abranger futuros bens considerados relevantes socialmente.

Nesse sentido, para a sociedade pós-industrial, influenciada pela globalização e pelo constante desenvolvimento da tecnologia, o tempo vem apresentando-se como um bem muito valioso, pelo que se objetiva continuamente otimizá-lo.

O velho ditado de que “tempo é dinheiro” mostra-se, inclusive, refutável atualmente, posto que o tempo é, na verdade, um bem de propriedade de cada indivíduo, passível de ser transformado em dinheiro, em lazer, em atividade cognitiva, em relacionamento, entre outras coisas que não necessariamente resultem em dinheiro propriamente dito.

Observa-se, muitas vezes, que há uma busca pela conquista de bens materiais ou pelo acúmulo de riquezas justamente com o objetivo de futuramente desfrutar do tempo livre.

Os bens considerados como importantes para uma sociedade, conforme mencionado, passam a ser juridicamente tutelados, razão pela qual se questiona acerca da possibilidade de tutela jurídica do tempo produtivo de cada indivíduo.

Para tanto, por meio da presente pesquisa, buscou-se uma análise da legislação vigente, a fim de encontrar uma forma de tutelar o tempo útil como patrimônio subjetivo. Ainda, far-se-á análise do instituto da responsabilidade civil, a qual está invariavelmente ligada ao restabelecimento do equilíbrio moral e patrimonial.

A perda do tempo útil pode decorrer de ato ilícito comissivo ou omissivo de outrem, causando desperdício e perda desproporcional do tempo, pode ser facilmente percebida quando da análise de algumas posturas adotadas por fornecedores em face de consumidores, vez que não raras vezes aqueles impõem inúmeros obstáculos à resolução de eventuais problemas decorrentes da relação de consumo.

Em razão da ação ou omissão ilícita do fornecedor, que agiu com desídia em nítido defeito do serviço, o consumidor acaba por se sujeitar a verdadeiro martírio para solução do problema, perdendo turno ou dia de trabalho, privando-se do convívio familiar ou deixando de investir em lazer ou educação.

Notavelmente tal conduta gera ao consumidor um dano, considerando que ultrapassou mero aborrecimento ou percalços comuns à vida em sociedade e atingiu bem jurídico de suma relevância para a sociedade atual.

O principal questionamento a ser respondido pelo presente trabalho monográfico consiste na possibilidade de indenização do dano decorrente da perda do tempo útil.

Nesse sentido, considera-se necessário delimitar quais os interesses individuais protegidos por meio desse bem, assim como pontuar hipóteses de caracterização de violação à liberdade de disposição do tempo útil, a fim de estabelecer a possível responsabilidade civil às circunstâncias dignas de tutela.

A relevância da citada pontuação decorre das justas críticas à denominada “Indústria do dano moral”, fenômeno responsável pelo enorme número de demandas judiciais que tramitam nos tribunais e muitas vezes se fundam em meros dissabores da vida em sociedade. Assim, objetiva-se a não banalização do instituto objeto deste trabalho.

Ademais, pesquisou-se acerca da espécie de qual dano a perda do tempo útil se classifica, ou seja, se patrimonial, moral ou autônomo, pautando-se em construções doutrinárias e jurisprudenciais. Essa diferenciação é relevante, tendo em conta a possibilidade de agrupar categorias de danos semelhantes e facilitar a compreensão e alcance da lesão ao patrimônio protegido.

Para que haja clara compreensão do tema, traça-se um paralelo entre a perda do tempo útil e meros aborrecimentos, visando a correta distinção e percepção das situações relevantes e ensejadoras de indenização. Também distingue-se a perda do tempo útil dos lucros cessantes, indicando algumas hipóteses de incidência e a espécie de dano que cada um deles acarreta, e a perda do tempo útil da perda de uma chance, apontando as circunstâncias inerentes a cada instituto.

Por fim, com o intuito de melhor exemplificar a aplicação da teoria da perda do tempo útil, e como tem a jurisprudência pátria abordado a questão, apresentou-se o posicionamento de diferentes Tribunais de Justiça Estaduais, assim como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao citado tema.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E NOVOS DANOS

2.1 NOÇÃO TRADICIONAL

A responsabilidade civil está intrinsecamente ligada à ideia de restauração do equilíbrio moral e patrimonial das situações sociais. Historicamente, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves¹, seu primeiro estágio em todos os povos levava em consideração o dano decorrente de uma ação ou omissão do ofensor, sendo irrelevante a noção de culpa. Assim, operava-se a vingança coletiva, ou seja, um grupo voltava-se contra o ofensor de forma direta e violenta devido ao dano causado a um de seus integrantes. Posteriormente, passa-se a adotar a vingança individual ou privada, pela qual o ofendido busca suprir a reparação pelo dano atingindo fisicamente o ofensor, momento histórico em que vigorava a Lei de Talião, representada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”. Com o advento da Lei das XII Tábuas, passa-se a ter, ainda que minimamente, uma intervenção do Poder Público, que quando da ocorrência do dano, declarava quando e como a vítima poderia retaliar o ofensor.

O segundo estágio da responsabilidade civil é representado pela composição do dano², de modo que a vítima percebe maior eficácia quando o patrimônio do ofensor responde pelo dano causado. Nesse sentido, de acordo com o interesse da vítima, o dano era indenizado mediante a prestação de uma “poena”, correspondente ao pagamento de uma quantia em dinheiro. Surge, a partir desse cenário, a “Lex Aquilia de Damno”, que possibilitava atribuir ao ofensor titular de bens uma reparação econômica à vítima, marcando, então, a origem da responsabilidade extracontratual ou responsabilidade “aquiliana”, a qual prescinde a comprovação de culpa do ofensor na ação ou omissão geradora do dano.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Na Idade Média, distingue-se a responsabilidade civil da responsabilidade penal e, por fim, na Idade Moderna o prisma da responsabilidade civil é transferido da culpa para o dano³.

Desta forma, face à evolução histórica deste instituto, nota-se que a responsabilidade civil consiste na reparação do equilíbrio e harmonia violados, por meio da aplicação de medidas, pelo Poder Público, que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoas pelas quais responde, por coisas a ela pertencentes ou por simples imposição legal.

A Responsabilidade Civil pode ser dividida em três espécies de acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁴, são elas: Civil ou penal; Contratual ou extracontratual; Objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade penal distingue-se da civil⁵, pois decorre da transgressão de um tipo penal, caracterizando a ação ou omissão como crime ou contravenção, ilícitos graves e lesivos à sociedade. Em contrapartida, a responsabilidade civil decorre da transgressão de um direito juridicamente tutelado, sem necessariamente implicar na prática de um crime, cujo dano será reparado mediante indenização ou recomposição do “status quo ante”. Nota-se que em se tratado de responsabilidade civil, qualquer ato pode ensejar a reparação, basta que cause dano, assim como há possibilidade da vítima renunciar a essa reparação. No entanto, na responsabilidade penal a vontade da vítima é irrelevante, assim como o dano decorrente da ação ou omissão do agente, vez que, de regra, basta que incida no tipo penal para responsabilizá-lo.

Assim, depreende-se que as esferas cível e penal são absolutamente independentes, conforme o artigo 935 do Código Civil, que estabelece, também, que a existência do fato e sua autoria não podem mais ser discutidas no Juízo Cível quando já decididas no Juízo Penal. Nesse sentido, o Código de Processo Penal também consigna algumas regras para propositura de ação cível, como a possibilidade de propositura desta, ainda que haja o reconhecimento da inexistência dos fatos no Juízo Criminal (artigo 66), ainda que determinado o arquivamento do

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

inquérito ou peças de informação e mesmo que a decisão declare extinta a punibilidade ou decida que o fato imputado não constitui crime (artigo 67). Além disso, o artigo 65 do Código de Processo Penal determina que faz coisa julgada no Juízo Cível a sentença penal que reconheça que o ato foi praticado em estado de necessidade, legítima defesa, em estrito cumprimento de um dever legal ou no exercício regular de um direito.

A responsabilidade contratual distingue-se da responsabilidade extracontratual em virtude daquela decorrer do descumprimento de uma obrigação contratual, causando prejuízo a outrem e gerando a obrigação de indenizar por perdas e danos, conforme artigo 389 do Código Civil⁶. Neste caso, a indenização limitar-se-á de acordo com a previsão contratual, por exemplo, havendo cláusula penal o valor do dano está pré-fixado, bastando o inadimplemento contratual para que seja devida a indenização. Por sua vez, a responsabilidade extracontratual, também conhecida como “aquiliana”, decorre da infração de um dever legal, da violação de direitos subjetivos, inexistindo qualquer vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, conforme preceitua o art. 186 do Código Civil. Outra distinção marcante diz respeito à capacidade civil do agente, visto que a responsabilidade contratual incide sobre um agente plenamente capaz e a responsabilidade extracontratual incide sobre qualquer pessoa, estendendo-se aos seus responsáveis legais, se for o caso.

A responsabilidade pode ser, ainda, subjetiva – decorre da ação ou omissão com dolo ou culpa que cause dano a outrem – ou objetiva – independe do elemento culpa, pois se baseia na ideia do risco⁷. Para caracterizar a responsabilidade objetiva basta que se comprove a relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano, pois se baseia na teoria do risco, segundo a qual todo aquele exerce atividade que cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de imprudência, negligência ou imperícia. Ambas as espécies de responsabilidade subsistem no nosso sistema jurídico, não há uma que seja regra geral, visto que o próprio Código Civil prevê nos artigos 186 e 927 a necessidade do elemento culpa na ação ou omissão, prevê também, no parágrafo

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

único do artigo 927 e em leis esparsas (Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade civil independente da comprovação de culpa.

Para caracterizar a responsabilidade civil, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves⁸, faz-se necessária a presença de alguns elementos, são eles: a conduta, ação ou omissão que resulte em dano; relação de causalidade, a relação de causa e efeito entre a ação do agente e a concretização do dano, e o dano, o qual decorre da violação de um direito, podendo ser moral ou material, sem o qual ninguém poderá ser responsabilizado.

Há, ainda, a culpa, que consiste no descumprimento de um dever de cuidado e se enquadra adequadamente como elemento accidental, pois é pressuposto somente da responsabilidade subjetiva, dividindo-se a culpa “lato sensu”, abarcando o dolo e a culpa, e a culpa “strito sensu”, a qual abarca apenas a culpa, decorrente de imprudência, negligência e imperícia.

2.2 NOVA VISÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é analisada judicialmente com uma imensa variedade de entendimentos e interpretações, acarretando em soluções absolutamente distintas para situações idênticas. A responsabilidade civil contemporânea é tida como uma “loteria de indenizações”, nas palavras de Patrick Atiyah⁹, com resultados imprevisíveis, julgadores distantes das bases teóricas e estudantes e professores alheios ao cotidiano judicial.

Há uma dupla expansão: dos meios lesivos e dos interesses lesados¹⁰. A primeira é perceptível quando do uso da tecnologia, que propaga informações em velocidade intangível. A expansão dos interesses lesados é facilmente observada quando se fala em dano moral por abandono afetivo, dano à integridade psicofísica, dano à vida sexual, entre outros. Isso porque se vive momento de erosão dos filtros

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.4.

da reparação¹¹, com a perda da importância de requisitos tradicionais da responsabilidade (culpa e nexo causal), por meio dos quais se impedia a tutela judicial de diversos pleitos indenizatórios.

A culpa, antes imprescindível de comprovação, passa a ser relativizada em várias possibilidades legais e outras tantas estendidas com a adoção da teoria do risco. O nexo causal, por sua vez, deveria receber maior rigor quando de sua análise, no entanto, observou-se, a relativização das excludentes do liame de causalidade, muitas vezes ausente qualquer autorização legal para tanto, conforme se analisará adiante.

Objetivando proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa com facilidade a prova da culpa e do nexo causal, buscando, então, a responsabilização não de quem causou o dano, mas de quem é capaz de suportá-lo¹², quando na verdade os danos se resumem a efeitos colaterais da convivência humana. O correto, então, seria responsabilizar uma coletividade de agentes potencialmente lesivos, ou algumas vezes a coletividade como um todo, o que de certa forma já é posto em prática por meio seguros de responsabilidade por danos. Desta forma buscar-se-ia a gestão do dano decorrente da convivência social ao invés da busca pelo indivíduo culpado.

Outra forma eficaz de frear as ações indenizatórias que objetivam auferir lucro às custas do dano sofrido, por meio de fixação de indenização pelo Poder Judiciário, poderia se dar pela rejeição do caráter punitivo da responsabilidade civil, buscando meios alternativos à reparação, diversos do pecuniário.

Inicialmente, o sistema da responsabilidade civil ancorava-se em três pilares: o dano, a culpa e o nexo causal. Ou seja, além de comprovar o prejuízo, a vítima precisava demonstrar a culpa do ofensor e nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano sofrido. Essas duas barreiras (prova da culpa e do nexo causal) chegaram a ser denominadas filtros da responsabilidade civil¹³, vez que propiciavam uma seleção das demandas de reparação civil que mereciam análise do Poder

¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.5.

¹² DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 07.

¹³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

Judiciário. Atualmente se fala na erosão dos filtros tradicionais¹⁴, ante a parcial perda da importância de comprovação denexo causal e culpa em algumas hipóteses de danos.

Na idade moderna, predominava a ideologia individualista e liberal, de modo que o mau uso da liberdade passou a exigir um sistema de responsabilização a fim de garantir a boa convivência social. Assim, responsabilidade e liberdade passam a ter estreita ligação.

Por meio da evolução da responsabilidade civil, conforme mencionado, a culpa passou a ser requisito para caracterização dessa responsabilidade, sendo entendida como elemento subjetivo, de caráter moral e psicológico do ofensor, notadamente identificável quando da subdivisão negligência, imprudência e imperícia.

Atualmente, a culpa deixou de ser exigida em um amplo rol de possibilidades, denominadas de hipóteses de responsabilidade objetiva, mas manteve sua importância quando se trata de responsabilidade subjetiva, por exemplo, quando a aferição do grau de culpa a fim de delimitar a quantificação da indenização.

A facilitação da prova da culpa e sua presunção, por meio de diversos institutos, fez com que os julgadores flexibilizassem a noção e conceitos teóricos de culpa, transformando de fundamento para elemento da responsabilidade civil. Corroendo-se o primeiro grande filtro da responsabilidade civil, a demonstração da responsabilidade passa a ser concentrada no nexo de causalidade.

O nexo causal pode ser definido como o vínculo existente entre uma conduta e o evento danoso, cabendo a ressalva de que a vinculação da causa à consequência exige limitação jurídica do que deve ser entendido como causa.

Nesse sentido, a principal discussão nas ações de responsabilidade civil objetiva volve em torno da comprovação do nexo causal, o que reabre o debate acerca da aplicabilidade de melhor teoria¹⁵.

Existem diversas teorias acerca da causalidade: a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada, a teoria da causalidade eficiente e a teoria da causa direta e imediata.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

A teoria da equivalência das condições é a mais antiga dentre as citadas e determina que todas as condições de um dano, que concorrem de alguma maneira para que se concretize, devem ser consideradas causas do dano para fins de responsabilização¹⁶. Também denominada de teoria da “conditio sine qua non”, por adotar que o dano não teria ocorrido sem que cada condição se concretizasse, essa teoria amplia ilimitadamente o dever de indenizar.

Verifica-se a aplicação desta teoria no direito penal, pois o princípio da tipicidade limita o campo de extensão da “conditio sine qua non”, estabelecendo a responsabilidade sobre as condutas típicas praticadas. Como exemplo, o doutrinador Anderson Schreiber¹⁷ cita o caso de um vendedor de material esportivo que vende uma bola de golfe a um jogador que, acidentalmente, em uma de suas partidas, acerta um cidadão que passava nas proximidades, causando-lhe lesão. A venda do material esportivo é uma condição sem a qual o dano não ocorreria. No entanto, haja vista ausência de tipicidade da conduta, o comerciante não será responsabilizado penalmente.

No direito civil a responsabilidade se governa por cláusulas gerais, de modo que a atipicidade penal do vendedor poderia acarretar em sua responsabilidade civil decorrente do ato ilícito praticado pelo jogador, ocasionando uma visível injustiça, de modo que a teoria da equivalência das condições apresenta-se ineficaz à responsabilidade civil.

Posteriormente, desenvolve-se a teoria da causalidade adequada, concebida por Von Bar e aprimorada por Von Kries¹⁸, segundo os quais a causa de um evento consiste na causa mais apta, em abstrato, à produção daquele resultado. Essa teoria busca, dentre as diversas causas, qual foi relevante para a produção dos efeitos danosos, independente das demais. Assim, a condição potencialmente apta a produzir os danos seria a causa adequada dos danos, enquanto as demais seriam circunstâncias não causais.

Para verificar se uma condição seria apta a produzir de forma autônoma os danos, deve-se analisar o princípio da normalidade, ou seja, se a relação de causa e efeitos entre a ação do ofensor e a consequência danosa existe sempre quando da

¹⁶ MARIO, Caio. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

ocorrência habitual do fato¹⁹. Trata-se de juízo de probabilidade, que assim como a primeira teoria, funda-se em incerteza quanto à efetiva causa do dano.

Surgiu, então, a teoria da causalidade eficiente, a qual busca, em concreto, a causa eficiente na determinação do dano. Porém, não obteve êxito, devido a não concordância de seus idealizadores quanto a critérios minimamente objetivos, aptos à seleção, dentre diversas causas, daquela que teve poder inerente de produzir o dano no caso concreto²⁰.

A teoria da causalidade direta ou imediata, também denominada de teoria da interrupção do nexa causal, prevê como causa jurídica apenas o evento que vincula diretamente o dano, sem interferência de condição sucessiva²¹. Essa teoria foi adotada pelo Código Civil de 1916 e confirmada pelo Código Civil de 2002, conforme texto do artigo 403:

“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.”²²

Embora haja previsão quanto à inexecução, é cabível sua aplicabilidade nos casos de responsabilidade extracontratual, bem como nos casos de responsabilidade objetiva, conforme entendimento do STF²³.

Com a maior proteção aos direitos da personalidade, surgiram novos danos, cuja causa indireta do prejuízo se associava a causa direta de forma acentuada, mas seu ressarcimento restava impossibilitado, considerando que inexistiria nexa causal se a teoria adotada fosse a da causalidade direta ou imediata. Assim, verificou-se enorme injustiça em determinados casos que mereciam ser tutelados pela responsabilidade civil, momento em que surge a subteoria da necessariedade causal.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

²¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 60.

²² Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF.

²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 30764, Relator: Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992, Publicado no Diário de Justiça em 07/08/1992.

De acordo com esta teoria, deve haver uma ligação de necessidade entre causa e efeito²⁴, não apenas de proximidade. Todavia, há dificuldade em se estabelecer o que antecede ou não, necessariamente, um evento anterior.

De acordo com Anderson Schreiber²⁵, a jurisprudência ora aplica uma teoria, ora aplica outra, bem como algumas vezes é atécnica, aplicando uma teoria com denominação de outra.

A fim de suprir tais imprecisões, a jurisprudência criou o nexo causal flexível, com a finalidade de assegurar alguma compensação à vítima, dispensando uma prova tão rigorosa quanto à exigida para a comprovação da culpa no passado.

Camille Potier, ao analisar tal posicionamento dos tribunais de reconhecimento de nexo causal sem amparo legislativo, se referiu a presunções clandestinas de causalidade²⁶. Fala-se, ainda, em responsabilidade objetiva agravada, na qual há a presunção do nexo causal, seja por regra de experiência, seja por questão de normalidade.

Existem fatores aptos a romper o nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano, apontados como tradicionais o caso fortuito, força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro.

Analisando a jurisprudência atual, esses fatores têm sido relativizados, considerando, para tanto, a teoria do fortuito interno. De acordo com a citada teoria, desenvolvida no âmbito das relações de consumo, em razão do fortuito consistir em risco inerente à atividade do fornecedor, não é suficiente para afastar a quebra do liame entre a ação ou omissão e o dano²⁷.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, considerou como fortuito interno o roubo de bens materiais mantidos em cofre alugado, por isso, fator inapto a romper o nexo causal²⁸. Existem, também, decisões que relativizam outras

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64 e 65.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 67.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 70.

²⁸ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2005.001.03378. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Passos, Décima Quinta Câmara Cível, julgado em 20/04/2005, Publicado no Diário de Justiça em 18/05/2005.

excludentes, visando garantir que o ofendido tenha, ao menos, a assistência que deveria ser garantida pelo Poder Público²⁹.

Além da relativização das excludentes, doutrina e jurisprudência admitem a não eliminação da relação causal quando da hipótese de circunstâncias existentes antes da conduta do agente, mas que quando da sua ação gerou resultado mais gravoso, ainda que decorrente de condições particulares da vítima. Trata-se de responsabilidade por resultado mais gravoso decorrente de concausa preexistente, por exemplo, lesão leve que leva a morte vítima hemofílica³⁰.

Ocorre que as condições da vítima são imprevisíveis para o autor do dano, sendo o resultado mais grave difícil de ser encaixado como efeito direto, imediato ou necessário, portanto, não abarcado por qualquer teoria da causalidade. O efeito do ato do agente não se vincula a sua conduta, inexistente nexos causal, a menos que se considere a teoria da equivalência das condições, rejeitada pela amplitude do seu alcance, mas necessária quando se objetiva a qualquer custo ressarcir a vítima pelo dano sofrido³¹.

Ademais, há a teoria da causalidade alternativa, visando evitar o desamparo da vítima em situações em que o dano é de autoria individual incerta, mas decorre da ação de um grupo determinável, hipótese na qual o grupo será solidariamente responsabilizado³².

A ampla discricionariedade na aferição do nexos causal produz decisões incoerentes e causa insegurança no que diz respeito às responsabilidades, expandindo sobremaneira as hipóteses de danos ressarcíveis³³.

A expansão dos danos ressarcíveis, decorrentes da flexibilização dos elementos da responsabilidade civil, representada inicialmente pela erosão do elemento culpa e posteriormente do nexos causal, caracteriza essa nova visão acerca da responsabilidade civil, por meio da qual se busca uma forma de ressarcir a vítima pelo dano sofrido, ainda que indiretamente, e, em contrapartida, almeja

²⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.72

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59.

³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 74.

³² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.75.

³³ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 78.

responsabilizar um sujeito capaz de suportar a reparação, mesmo que tenha contribuído de forma indireta para o dano ou observado as cautelas necessárias para que este não ocorresse.

2.3 PERSPECTIVAS DE NOVOS DANOS

Como consequência da relativa perda da importância da culpa e do nexo causal como elementos fundamentais da reparação civil, há um aumento gradativo das demandas indenizatórias a serem analisadas pelo Judiciário.

Por consequência, há ascensão do elemento dano, do qual se verifica ampliação típica da sociedade moderna, vez que com o desenvolvimento dos direitos da personalidade e construção jurisprudencial, houve considerável aumento das hipóteses de danos indenizáveis³⁴.

Vale destacar a ocorrência de expansão quantitativa e qualitativa³⁵. A primeira se traduz com o aumento considerável de demandas, que decorre, em vários casos, de flexibilização dos elementos da reparação civil, conforme outrora mencionado.

Outro fator relevante para expansão quantitativa decorre da facilitação do acesso ao Judiciário – gratuidade de acesso, Juizados Especiais, Defensorias Públicas.

De outro lado, há a expansão qualitativa, com relação aos interesses de natureza existencial e coletiva, que passam a ser considerados pelos tribunais merecedores de tutela, de modo que sua violação geraria dever de reparar. Há, diante disso, a necessidade de rever a estrutura individualista anteriormente estabelecida e reconsiderar a existência dos direitos supraindividuais ou transindividuais como indenizáveis³⁶.

Interesses difusos ou coletivos em torno de bens jurídicos de utilidade comum, uma vez violados, ensejam danos comuns e devem ser indenizados em benefício de toda sociedade ou da coletividade atingida. Esses danos podem ser de ordem material ou moral e, para alcance da referida reparação, cabe a utilização da

³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 84.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 86.

ação coletiva de reparação³⁷, a qual tem encontrado aceitação dos Tribunais brasileiros, assim como da ação civil pública.

A Lei nº. 7.347/1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, prevê, em seu artigo 1º, incisos VII e IV, que podem ser reclamados por esse instrumento as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O dano moral coletivo é hipótese de divergência de entendimento no Superior Tribunal de Justiça, entendendo a 1º Turma pela impossibilidade lógica, haja vista a ofensa moral se dirigir à pessoa enquanto portadora de individualidade própria. Em contrapartida, a 2ª Turma e a 3ª Turma julgam cabível, entendendo como direito transindividual, havendo, na hipótese do julgado abaixo, comprovação de prejuízo à imagem e moral da coletividade de indivíduos.

Nesse sentido, vejam-se os dois posicionamentos nos julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.”³⁸

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMPRESA DE TELEFONIA - PLANO DE ADESÃO - LIG MIX - OMISSÃO DE INFORMAÇÕES RELEVANTES AOS CONSUMIDORES - DANO MORAL COLETIVO - RECONHECIMENTO - ARTIGO 6º, VI, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA DESTA CORTE - OFENSA AOS DIREITOS ECONÔMICOS E MORAIS DOS CONSUMIDORES CONFIGURADA - DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO JULGADO NO TOCANTE AOS DANOS MATERIAIS E MORAIS INDIVIDUAIS MEDIANTE REPOSIÇÃO DIRETA NAS CONTAS TELEFÔNICAS FUTURAS - DESNECESSÁRIOS PROCESSOS JUDICIAIS DE EXECUÇÃO INDIVIDUAL - CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS

³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 88.

³⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.281/MG, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/05/2006, Publicado no Diário de Justiça em 01/06/2006.

DIFUSOS, IGUALMENTE CONFIGURADOS, MEDIANTE DEPÓSITO NO FUNDO ESTADUAL ADEQUADO.

1.- A indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletiva e difusa, tem seu fundamento no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

2.- Já realmente firmado que, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Ocorrência, na espécie. (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

3.- No presente caso, contudo restou exaustivamente comprovado nos autos que a condenação à composição dos danos morais teve relevância social, de modo que, o julgamento repara a lesão causada pela conduta abusiva da ora Recorrente, ao oferecer plano de telefonia sem, entretanto, alertar os consumidores acerca das limitações ao uso na referida adesão. O Tribunal de origem bem delineou o abalo à integridade psico-física da coletividade na medida em que foram lesados valores fundamentais compartilhados pela sociedade.

4.- Configurada ofensa à dignidade dos consumidores e aos interesses econômicos diante da inexistência de informação acerca do plano com redução de custo da assinatura básica, ao lado da condenação por danos materiais de rigor moral ou levados a condenação à indenização por danos morais coletivos e difusos.

5.- Determinação de cumprimento da sentença da ação civil pública, no tocante à lesão aos participantes do "LIG-MIX", pelo período de duração dos acréscimos indevidos: a) por danos materiais, individuais por intermédio da devolução dos valores efetivamente cobrados em telefonemas interurbanos e a telefones celulares; b) por danos morais, individuais mediante o desconto de 5% em cada conta, já abatido o valor da devolução dos participantes de aludido plano, por período igual ao da duração da cobrança indevida em cada caso;

c) por dano moral difuso mediante prestação ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina; d) realização de levantamento técnico dos consumidores e valores e à operacionalização dos descontos de ambas as naturezas; e) informação dos descontos, a título de indenização por danos materiais e morais, nas contas telefônicas.

6.- Recurso Especial improvido, com determinação (n. 5 supra).³⁹

O Código de Defesa do Consumidor é instituto legal recheado de dispositivos voltados à tutela de interesses transindividuais e reconhece expressamente a possibilidade de reparação de danos morais coletivos e difusos (artigo 6º, VI, Código de Defesa do Consumidor).

A tutela dos interesses existenciais representa uma verdadeira revolução, decorrente da consagração da dignidade humana como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, bem como da constitucionalização do Direito Civil e, conseqüentemente, da reparação civil. Danos que até então eram considerados irrelevantes ou não merecedores de tutela, passam a ser reconhecidos e dignos de indenização, tais como: dano à privacidade, dano à imagem, dano estético e dano à integridade psicofísica.

A dignidade humana não se limita, por isso o surgimento de novos danos é inevitável e constante. No Brasil, a jurisprudência tem se deparado com inúmeros casos de indenização em decorrência da ruptura ou desenvolvimento insatisfatório das relações familiares⁴⁰, indenização do dano-morte, no que diz respeito à vítima, mas também a animais de estimação⁴¹, mas acima de tudo acerca do titular do ressarcimento, ampliado para atender até mesmo pessoas sem relação de parentesco com o falecido.

No tocante ao dano indenizável, verifica-se a existência de dois sistemas: ordenamento jurídico típico ou fechado: no qual o legislador delimita o dano ressarcível a certos interesses estabelecidos, limitando a atuação judicial; e o ordenamento jurídico atípico ou aberto: no qual o legislador prevê cláusulas gerais e permite que o Judiciário delimite quais interesses deverão ser tutelados⁴².

A principal diferença entre esses sistemas é que o primeiro parte da restrição e o segundo da amplitude, embora muitos ordenamentos típicos possuam válvula de abertura a novos interesses e muitos ordenamentos atípicos possuam limites à indenização de certos danos.

³⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1291213/SC, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 30/08/2012, Publicado no Diário de Justiça em 25/09/2012.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 94.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 95.

⁴² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 102.

Essa distinção é relevante ao analisar as disposições legais acerca do tema responsabilidade civil. Nada obstante, mesmo sistemas tão opostos convergem nos mesmos questionamentos atuais, a fim de buscar soluções equilibradas entre a plena abertura e a inflexibilidade na reparação do dano.

No direito brasileiro, ordenamento classificado como típico, o dano sempre foi elemento indispensável à reparação, por isso mencionado como elemento do ato ilícito (artigo 159 do Código Civil de 1916), embora o ordenamento jurídico nunca tenha apresentado uma definição legal para ele.

Desta feita, coube à doutrina a sua conceituação, a qual teceu distinção entre dano reparável e prejuízo em geral, vez que este nem sempre merece reparação, visto que, em muitas situações, não decorre de ato ilícito. Sendo assim, vinculou o dano ressarcível à conduta que o originou, ou seja, ao comportamento doloso ou culposos.

A fórmula para alcançar o “quantum” indenizatório era simples e definida pela equação matemática entre o patrimônio anterior à lesão e o patrimônio posterior. Desta definição decorreram dificuldades do acolhimento da indenização por perda de uma chance, da quantificação de lucros cessantes e da aceitação de danos extrapatrimoniais como indenizáveis.

Até a década de 60, os tribunais brasileiros consideravam a existência do dano moral vinculado à ocorrência de um dano patrimonial, até que, em 1966, o STF proferiu decisão revertendo esse entendimento, de modo que o dano que era considerado somente em uma visão patrimonial passou a ser admitido para abarcar os interesses existenciais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consagração da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direitos, o dano moral passou a ter dimensão mais ampla, considerando que a dignidade consiste na base de todos os demais valores morais. Ainda, o artigo 5º trouxe em seus incisos V e X expressa previsão acerca da possibilidade de reparação do dano moral⁴³.

Com o advento do Código Civil de 2002, o texto do artigo 186 passou a prever expressamente a possibilidade da ocorrência do dano exclusivamente moral decorrente de ato ilícito. Nada obstante, no atual panorama da responsabilidade civil

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Visão constitucional do dano moral**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15943-15944-1-PB.pdf>>. Acessado em 09/10/2015.

no Brasil, é cediço que o dano moral não decorre somente de ato ilícito, admitindo-se responsabilidade objetiva em diversas hipóteses.

Tendo em vista a impossibilidade de apurar o dano moral pela equação entre o patrimônio existente antes do dano e o existente “a posteriori”, o dano moral passa a ser associado com qualquer prejuízo economicamente incalculável, por isso estava atrelado à dor, ao sofrimento e à frustração⁴⁴. Inegável que o conceito jurídico não pode ligar-se a uma noção tão ampla e subjetiva. Deste modo, recupera-se a noção do dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, lição de Francesco Carnelutti⁴⁵, tendo em vista que esse conceito aberto suscita a investigação sobre a efetiva violação de interesse jurídico da vítima.

A experiência jurídica brasileira partiu de uma noção aberta, considerando a ausência de limites legislativos, porém, diante dos danos extrapatrimoniais, vem sendo forçada a fechar-se, a fim de garantir a proteção dos interesses mercedores de tutela indenizatória⁴⁶.

Inicialmente, estabeleceu-se que os danos mercedores de tutela deveriam ser delimitados pelo legislador. No entanto, no contexto atual, verifica-se a total impossibilidade de o Legislativo acompanhar as mudanças sociais e proteger todos os interesses mercedores de tutela⁴⁷, do que se estabelecem legalmente cláusulas gerais e confere-se poder discricionário ao Judiciário, a fim de que, guiado pelos valores constitucionais, possa atuar em situações específicas.

A impossibilidade supracitada é facilmente percebível quando se trata da defesa da dignidade humana, a qual não foi possível reduzir a um rol de direitos subjetivos, considerando sua característica mutável decorrente da constante evolução da ciência e da tecnologia⁴⁸.

Por outro lado, esta abertura extrema acaba por abarcar situações absurdas, de modo que se faria necessária a mínima delimitação, donde decorrem tentativas doutrinárias de estabelecer o que se entende por dignidade humana. Parte da

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 107.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 108.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 109.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 124.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 126.

doutrina define dignidade humana como um “não fazer mais”, ou seja, quando o ofensor faz algo que provoque a renúncia involuntária da vítima a uma atividade que revele sua personalidade⁴⁹. A falha dessa definição ocorre quando da equivalência com a idéia de prejuízo e quando da redução da dignidade humana a um fazer.

Não sendo possível basear-se nas situações que ferem a dignidade humana, doutrina e jurisprudência se predispõem a utilizar a gravidade do dano como critério para verificar sua ressarcibilidade.

Nesse sentido, o STJ dispensou diversas vezes a comprovação do dano moral em alguns casos, por entender que, ante a gravidade do ilícito, este mostrar-se-ia presumido.

Nada obstante, o critério da gravidade do dano mostra-se falho. Inicialmente, isto se dá pelo fato de, muitas vezes, haver confusão entre a gravidade do dano e a gravidade da conduta, situações nitidamente distintas, haja vista que uma conduta minimamente grave pode acarretar em danos consideráveis à personalidade. Ainda, a gravidade da violação a um dos direitos da personalidade consiste em uma característica da lesão, face à importância dos direitos tutelados⁵⁰.

Há, ainda, a adoção do critério da dor para avaliar se um direito da personalidade é merecedor de tutela ou não, porém, extremamente subjetivo e de difícil comprovação, visto que se refere a uma consequência da lesão, a qual poderá ser considerada quando da quantificação deste.

Em que pese todos esses critérios, a avaliação quanto ao merecimento ou não de tutela fica a cargo do Poder Judiciário, haja vista impossibilidade do Poder Legislativo enumerar todos os interesses jurídicos que devem ser protegidos. Quando dessa avaliação, o julgador deverá proceder uma análise dinâmica dos interesses contrapostos em cada caso concreto, cabendo-lhe a verificação de merecimento de proteção de determinado interesse, com base no ordenamento jurídico vigente⁵¹.

Assim considerado o dano, ao passo que há a evolução dos valores sociais, novos danos surgirão e essas mudanças serão naturalmente acompanhadas pelo Judiciário, haja vista o sistema adotado para julgar o interesse digno de tutela.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 127.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 129.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: a erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

Como consequência da adoção deste sistema, a jurisprudência já tem considerado como indenizáveis danos como os decorrentes do abandono afetivo, dano pela perda do tempo útil, entre muitos outros.

3 TEMPO ÚTIL COMO PATRIMÔNIO TUTELÁVEL

3.1 O QUE É TEMPO ÚTIL

De acordo com Antonio Houaiss, citado por Marcos Dessaune⁵², o primeiro significado de tempo está relacionado com a “duração relativa dos acontecimentos, que cria no ser humano a noção de passado, presente e futuro”. Há, também, o conceito derivado de Martin Heidegger, também trazido por Marcos Dessaune⁵³, de corrente filosófica existencialista, pelo qual se tem o tempo como estrutura de possibilidades ou de projeção.

Ronaldo Mourão, cientista e escritor, distingue o tempo físico ou objetivo do tempo subjetivo⁵⁴. De acordo com o cientista, o primeiro é quantidade objetiva, o tempo do relógio, aplicado de forma uniforme e utilizado para estabelecer o compasso da vida humana. Já o tempo subjetivo diz respeito à noção pessoal de tempo, influenciada pela psique de cada um, cujo transcorrer é variável.

O filósofo Bernard Piettre⁵⁵ pontua, ainda, que o tempo é o domínio de toda preocupação existencial, e, embora convirjam quanto à irreversibilidade, o tempo físico pode ser distinguido do tempo vivido pela consciência.

No início da Era Cristã, Sêneca, pensador romano, escreveu a obra “Sobre a brevidade da vida”, na qual relata sobre a brevidade do tempo, a impossibilidade de retê-lo e sua constante fluidez⁵⁶.

⁵² DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

⁵³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96.

⁵⁴ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

⁵⁵ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 97.

⁵⁶ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 98.

Domenico De Masi, sociólogo da Itália contemporânea, abordou o “tempo livre” em sua obra “O ócio produtivo”. O estudioso faz uma análise retrospectiva do tempo livre, remontando ao surgimento do modelo Ocidental, com a Revolução Industrial, época na qual era prioridade a expansão do mercado, a alta produtividade, a competitividade desenfreada e a busca constante por lucro, objetivos que resultavam na sobrecarga de trabalho ao operário e a quase total opressão de seu tempo livre⁵⁷.

Atualmente, a sociedade caminha para adoção de um novo modelo, denominado de pós-industrial, impulsionado pela globalização, ascensão da tecnologia e valorização do tempo útil, no qual se busca harmonizar o trabalho, o estudo e lazer. De acordo com o sociólogo, essa nova filosofia denomina-se “ócio produtivo”.

Nesse sentido, a física sueca Bodil Jönsson⁵⁸ refuta a velha máxima de que “tempo é dinheiro”, sob o fundamento de que o tempo é o capital que se possui, passível de ser transformado em dinheiro, em relacionamento, em divertimento. Como forma de ilustrar sua afirmação, a estudiosa relata que constantemente percebe pessoas buscando ferramentas por meio das quais possam economizar tempo.

Ela também faz a diferenciação entre o tempo do relógio e o tempo vivido, explicando que enquanto desfrutamos deste estamos atrás daquele, um resquício do pensamento industrial, bem como que o tempo vivido e pessoal é o bem mais importante para o indivíduo. O tempo vivido, determinado pela qualidade do tempo, equivale aos momentos em que há ausência de preocupações, equiparando-se ao tempo de descanso ou tempo de parada.

Ao tratar de tempo como bem primordial e valioso à pessoa, é necessário antes tecer considerações acerca da ciência da Economia, plano basilar para justificar a relevância daquele. A economia pode ser definida como a ciência da escolha, sendo a escassez o problema que ela tenta solucionar⁵⁹. Cada escolha vem acompanhada de uma renúncia decorrente de uma decisão. A escassez é um problema diretamente ligado à Lei da Oferta e da Procura, visto que, quando há

⁵⁷ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁵⁸ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

⁵⁹ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.

equilíbrio, o ofertado é igual ao demandado, mas um excesso de demanda gerará a escassez do produto ou impulsionará a elevação dos preços a fim de que haja diminuição da demanda e mantenha-se a situação de equilíbrio.

Essa lei da economia aplica-se invariavelmente ao tempo, visto que as pessoas sempre desejam mais tempo do que lhes é concedido. Além da escassez, o professor Marcos Dessaune pontua outras características do tempo, que são: a intangibilidade, a ininterruptibilidade e a irreversibilidade, ou seja, diferentemente dos bens materiais, não podemos acumulá-lo⁶⁰.

Diante disso, verifica-se que o tempo é um dos bens mais valiosos que cada pessoa dispõe da sua existência terrena.

De acordo com a conclusão clara do economista brasileiro Rogério Arthmar, referindo-se ao pensamento de William Stanley Jevons⁶¹: “Se capital é tempo, e investe-se capital hoje para ter mais dele amanhã, é porque em última instância, o que se busca sempre é conquistar mais tempo, a medida suprema da riqueza”.

Demonstrada a importância do bem jurídico tempo, o advogado e professor Marcos Dessaune⁶² propôs sua sistematização através das relações de consumo. De acordo com o professor, o consumidor pode dispor de alguns recursos quando do exercício de relações de troca com o fornecedor, são eles: recursos naturais vulneráveis (água, ar, etc.), recurso cognitivo abstrato (consciência), recursos vitais vulneráveis (equilíbrio psíquico e físico), recursos produtivos limitados (tempo e competências), recursos materiais limitados (bens e montante de crédito) e recurso volitivo condicionado (liberdade de escolha).

No presente estudo importa a análise dos recursos produtivos limitados, os quais são compostos pelas competências, que podem ser definidas como um conjunto de habilidades, desenvolvidas ao longo da vida por meio da educação e prática profissional⁶³, e o tempo.

Ressalta-se que ambos os recursos produtivos são caracterizados pela livre disponibilidade de seu detentor.

⁶⁰ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

⁶¹ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

⁶² DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

⁶³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

O tempo, como bem jurídico, é tutelado como direito constitucional, senão veja-se:

No direito ao trabalho, por exemplo, o artigo 7º, XIII, XIV, XV e XVII da Constituição Federal/88, trata da duração do trabalho e períodos de descanso do trabalhador, baseado na dignidade humana, cuja finalidade, de acordo com Hoepfner⁶⁴ é a recuperação das energias físicas e mentais do empregado, o desenvolvimento sociocultural e o reconhecimento de que o empregado propicia à empresa e à sociedade crescimento econômico.

O tempo também se encontra resguardado pela Constituição de 1988, de forma implícita, quando trata do direito ao lazer (artigo 6º e 217, Parágrafo 3º, Constituição Federal/88) e do direito à educação (artigo 6º e 205, Constituição Federal/88). Nos dois casos é necessário despendar tempo a fim de dedicar-se a atividades recreativas ou a fim de adquirir conhecimento.

Por fim, outro direito constitucionalmente tutelado diz respeito à razoável duração dos processos, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal/88, intrinsecamente ligado à tutela do tempo.

No que tange ao Direito do Consumidor, o fornecedor possui como missão dar um produto ou serviço final ao consumidor a fim de que o consumidor empregue seu tempo nas atividades de sua preferência. Não procedendo desta maneira, o consumidor, a fim de não experimentar maiores prejuízos, é forçado a exigir a resolução do problema, empenhando, para tanto, seu tempo e recursos nos quais o aplicaria, como trabalho, estudo ou lazer. Ao não cumprir com sua missão o fornecedor comete ato ilícito, onerando indevidamente o consumidor, independente de culpa, privando-o de despendar seu tempo como melhor lhe parecia⁶⁵.

Mediante esta ação, é nítida a conduta ilícita do fornecedor que, por consequência, causa lesão a interesse jurídico do consumidor, qual seja, a liberdade quanto à disposição do seu tempo produtivo.

Em regra, a sociedade elege os fatos naturais que devem ser tutelados por normas legais, de acordo com o grau de reprovabilidade e de relevância, de forma que, assim, produzem efeitos jurídicos.

⁶⁴ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 123.

⁶⁵ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

Mesmo ciente dos fatos que elegeu como relevantes, muitas vezes há a violação do dever de cuidado e, por consequência, a necessidade de se restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico entre o agente e a vítima antes do evento danoso, ou seja, o ofensor repara integralmente o dano causado, ou o faz em forma de indenização.

Atualmente o tempo útil ou livre não é reconhecido pela Constituição Federal de 1988 como um bem jurídico, sendo assim, não seria possível aceitar juridicamente a ocorrência de uma lesão, haja vista que infringiria o próprio conceito de dano, qual seja, bem ou interesse, material ou imaterial, juridicamente tutelado⁶⁶.

No entanto, considerando os novos paradigmas da responsabilidade civil, cujo foco concentra-se no dano injusto ao invés do ato ilícito, há possibilidade de ampliação das hipóteses de dano reparável, incluindo, desta forma, a perda do tempo útil. Essa possibilidade é pautada pela criação jurisprudencial e com respaldo no princípio da dignidade humana, entendido atualmente como uma cláusula geral de tutela à personalidade⁶⁷.

Ademais, conforme supramencionado, sobre o Poder Judiciário recaiu a responsabilidade de declarar, com base no arcabouço jurídico vigente, quais interesses são dignos da tutela estatal, analisados caso a caso.

O tempo livre ou útil tem sido considerado digno de tutela por grande parte dos Tribunais, vez que os danos decorrentes da violação à liberdade quanto à forma de dispor dele, acarretam em direta violação à dignidade humana, considerada como garantia geral aos direitos da personalidade.

3.2 HIPÓTESES DE CARACTERIZAÇÃO

Sendo certo que a violação à liberdade de disposição do tempo é dano merecedor de tutela, cumpre a fixação de parâmetros a fim de que a reparação e tutela não sejam banalizadas.

Inicialmente, vale frisar que, conforme mencionado, inexistente no direito brasileiro previsão legal de tutela do bem jurídico tempo. Consequentemente, há

⁶⁶ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 132.

⁶⁷ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 133.

ausência de repressão estatal, permitindo que essas situações se espalhem, se tornem comuns e se agravem⁶⁸.

Essa discussão seria, de fato, irrelevante se o bem jurídico tratado fosse abundante, acumulável ou recuperável⁶⁹, mas não o é, razão pela qual se faz necessária e fundamental sua tutela.

Nas palavras do monarca iluminista Napoleão Bonaparte⁷⁰: “Há ladrões que não se castigam, mas que nos roubam o [que temos de] mais precioso: o tempo”.

Já se estabeleceu que o tempo deve ser visto como liberdade individual de investimento em lazer, estudo, trabalho, entre outras opções. No entanto, é subtraído dos indivíduos pela sociedade de diversas formas, sendo uma delas a necessidade de resolver problemas de consumo.

Sempre que um consumidor, por exemplo, gasta seu tempo para solucionar problemas decorrentes de mau atendimento, ele se vale de seu tempo produtivo, cabendo, portanto, ressarcimento como forma de compensar a vítima e punir o agressor⁷¹.

Na sociedade de consumo, todo fornecedor possui como missão implícita suprir a necessidade do consumidor, por meio de um produto final, e possibilitar que este implique seu tempo onde melhor lhe prouver. Essa missão subentendida tem seu fundamento no dever legal imposto ao fornecedor de disponibilizar no Mercado de Consumo apenas produtos com qualidade e segurança adequadas, que não causem riscos ou prejuízos ao consumidor e com durabilidade e desempenhos úteis, capazes de suprir a necessidade do adquirente⁷².

No entanto, muitos fornecedores particulares e o próprio Estado acabam por descumprir essa missão ao entregar ao consumidor um produto defeituoso ou cometer práticas abusivas. Diante disso, o consumidor se vê forçado a despender seu tempo, que utilizaria para o trabalho, lazer, estudo, etc., para exigir do fornecedor o correto cumprimento da prestação.

⁶⁸ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

⁶⁹ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

⁷⁰ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

⁷¹ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.130.

⁷² DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.129.

Nota-se que o fornecedor comete ato ilícito ao proceder desta forma, ainda que inexista culpa, e onera os recursos produtivos do consumidor⁷³.

O tempo não está expressamente tutelado pela norma legal, o que, em tese, impediria juridicamente que fosse lesionado. Nada obstante, conforme supracitado, o foco da responsabilidade civil contemporânea voltou-se para o dano injusto, abrindo possibilidade de ser abarcado como um dano indenizável.

Quando da tutela da dignidade humana pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III), é possível extrair que o tempo e a liberdade quanto a sua disposição estão ali inseridos.

O advogado Marcos Dessaune defende que o tempo merece tratamento jurídico especial⁷⁴, devendo ser incluído nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, haja vista ser ela formal, dogmática, analítica e rígida, do que deriva sua supremacia política e jurídica. Para tal finalidade, propõe a seguinte redação:

“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”⁷⁵.

Vale mencionar que em 2014 houve iniciativa de lei que tentou inserir no ordenamento brasileiro a indenização pela perda do tempo. Apresentado pelo deputado Carlos Souza (PSD/AM), o Projeto de Lei nº 7.356/2014 objetivava incluir no Código de Defesa do Consumidor um artigo que determinava que, ao fixar valor de indenização a título de dano moral, o Juízo deveria considerar o tempo despendido pelo cidadão para buscar a tutela de seu direito. No entanto, a proposta foi arquivada em janeiro do corrente ano⁷⁶.

⁷³ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

⁷⁴ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 135.

⁷⁵ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 136.

⁷⁶ SOUZA, Giselle. Justiça Reconhece autonomia da indenização por tempo perdido. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/justica-reconhece-autonomia-indenizacao-tempo-perdido>>. Acesso em: 11/10/2015.

Nada obstante, enquanto inexiste previsão constitucional, é certo que possível a tutela desse interesse, ao ser incluído como direito fundamental implícito, nos termos do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal/88, o qual prevê também como direitos fundamentais aqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela carta magna.

Considerando que a Constituição Federal de 1988 prevê como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), como garantia fundamental o direito à liberdade e a promoção da defesa do consumidor (artigo 5º, *caput* e inciso XXXII), assim como protege os direitos sociais do trabalho, da saúde, da educação e do lazer (artigo 6º), é possível extrair que a proteção ao tempo útil mostra-se como autentico direito fundamental implícito⁷⁷.

Tecidas essas considerações, para que haja caracterização de dano decorrente da perda do tempo útil, faz-se necessário que a situação gerada pelo autor do ato ilícito cause impacto negativo na vida da vítima, de acordo com o Desembargador Fernando Antonio de Almeida⁷⁸.

Desta feita, haverá a exclusão da ocorrência de dano decorrente de perda do tempo útil nos casos em que, na verdade, ocorre mero aborrecimento da vítima ou sujeição às situações cotidianas, consequentes da vida em sociedade

Por outro lado, há entendimento contrário, no sentido de que não há necessidade de comprovação da dor ou sofrimento da vítima para ocorrência do dano, posto que esses aspectos dificultariam a demonstração deste.

De acordo com o Juiz Fernando Antonio de Lima⁷⁹, a teoria da perda do tempo útil apresenta duas vertentes: a primeira, denominada de objetiva, determina que resta caracterizado o dano com a simples lesão ao tempo produtivo, enquanto a segunda, denominada subjetiva, exige que a perda do tempo útil vá além do mero aborrecimento e cause sofrimento à vítima.

O citado juiz opta pela utilização da primeira, ante a dificuldade de comprovação de plano de natureza subjetiva. A fim de fundamentar sua escolha,

⁷⁷ Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

⁷⁸ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

⁷⁹ Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

traça um paralelo com a reparação por danos morais, que dispensam características subjetivas da vítima para configuração, nos termos do Enunciado nº 45 da V Jornada de Direito Civil, CJP/STJ (“O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis, como dor ou sofrimento”)⁸⁰.

A advogada e professora Milena Donato Oliva⁸¹ tece crítica à adoção da teoria subjetiva para análise da configuração dos danos morais, defendendo que basta a análise da ocorrência ou não de lesão a direitos extrapatrimoniais para definir a ocorrência ou não de danos morais. A verificação acerca da ocorrência de mero aborrecimento adentra profundamente nos sentimento da vítima, tornando a missão do Juiz impossível.

Para adoção do critério objetivo, propõe que haja análise de critérios objetivos, por exemplo, uma pessoa idosa ou portadora de necessidades especiais que aguarda por muito tempo na fila de um banco terá direito a indenização maior do que um homem de 24 anos. Isto porque, objetivamente, é possível perceber que a vulnerabilidade das primeiras é maior.

Independente da corrente adotada, se subjetiva ou objetiva, para verificação do dano, faz-se necessário que do ato ilícito do agente decorreria lesão aos direitos da personalidade, por meio da subtração do tempo útil, isso porque alguns direitos são tutelados pela Constituição Federal/88 (lazer, educação e trabalho) e cada indivíduo possui liberdade para dispor de seu tempo como melhor lhe prouver. Há quem considere, também, que com o ato ilícito ocorra a violação da boa-fé objetiva, considerando a quebra do padrão ético estabelecido para relações obrigacionais.

Usualmente há uma norma que estabelece prazo para resolução do problema, mas esta norma é banalmente afrontada, desrespeitando sobremaneira a vítima do dano. Assim, haverá a oneração da vítima e, como consequência do dano, ocorrerá a perda do tempo irrecuperável.

Ou seja, o ofensor acaba sujeitando a vítima a despender seu tempo produtivo com a resolução do problema, oferecendo resistência à resolução nos

⁸⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

⁸¹ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

termos da lei, no prazo da lei, representando, assim, um nítido decréscimo no patrimônio jurídico dela.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO DANO

O dano é pressuposto da responsabilidade civil, pois toda e qualquer reparação só decorre de uma consequência concreta. Há responsabilidade civil sem culpa, mas inexistente sem o dano, pois, conforme defendido por Cavaliere Filho⁸², indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito. Percebe-se assim, que o dano é a diminuição de um bem jurídico, patrimonial ou não.

De acordo com Maria Helena Diniz⁸³, são requisitos para ocorrência do dano: a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral pertencente à vítima; efetividade ou certeza do dano, o qual deverá ser real e certo quanto a sua existência, não se admitindo conjecturas ou hipóteses; causalidade, tendo em vista que deverá haver nexos causal entre o dano e a ação do ofensor; subsistência do dano no momento da reclamação da vítima, pois se o dano já foi reparado pelo ofensor, o mesmo torna-se insubsistente; legitimidade, posto que é necessário que o titular do direito atingido reclame a reparação do dano; ausência de causas excludentes de responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior.

Dentre as espécies de dano, tem-se o dano material e moral e o dano direto e indireto. Os danos diretos decorrem imediatamente da ação do ofensor, enquanto os danos indiretos ou reflexos ocorrem quando determinada pessoa sofre um dano decorrente do dano causado a outrem⁸⁴.

Por sua vez, o dano material refere-se tão somente ao patrimônio da vítima, também definido como dano patrimonial, consistente na perda ou deterioração total ou parcial de bens materiais que pertenciam à vítima antes do evento danoso. Tal dano é passível de avaliação pecuniária e pode ser indenizável pelo ofensor,

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

calculando-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e o valor que teria caso o evento danoso não houvesse ocorrido⁸⁵.

Abarcados no dano material, encontram-se as perdas e danos, previstos no artigo 402 do Código Civil. As perdas e danos referem-se aos danos emergentes, aquilo que a vítima efetivamente perdeu, bem como aos lucros cessantes, aquilo que deixou de ganhar.

No tocante ao dano moral, preliminarmente cabe consignar que nos primórdios da responsabilidade civil, no direito brasileiro, o dano só poderia ser aferido por um decréscimo econômico do patrimônio da vítima, sendo ressarcível caso decorresse de ato ilícito e houvesse nexos causal entre a conduta do ofensor e o dano.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, inciso V, passou a assegurar o direito ao dano moral. Posteriormente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186, trouxe a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral e as hipóteses de responsabilidade objetiva excluíram a necessidade de comprovação da ilicitude do ato, deixando-se de falar em culpa.

De acordo com Maria Helena Diniz, o dano moral implica em ofensa à vítima como ser humano, de cunho subjetivo, podendo incidir tanto sobre pessoa física quanto sobre pessoa jurídica⁸⁶.

O professor Miguel Reale ensina que o homem é o valor fundamental, algo que vale por si mesmo, digno de estimas⁸⁷.

O professor Clayton Reis complementa tal colocação ao estabelecer que o homem possui um patrimônio ideal, também entendido como patrimônio espiritual, formado por bens imateriais, valores construídos por meio do trabalho e da convivência social⁸⁸. Esse bem extrapatrimonial revela-se de suma importância, razão pela qual merece ser preservado pelo Estado, em benefício do indivíduo e da própria sociedade.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

⁸⁸ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

A singularidade do homem deve ser preservada na sua integralidade. O homem, como obra-prima da criação, deve sentir-se valorizado e livre, para que possa exercer sua personalidade e realizar-se plenamente⁸⁹.

Conforme mencionado, a personalidade é o depósito de bens imateriais do indivíduo, que o impulsiona ao trabalho e à criatividade, de modo que a ofensa a esses bens acarretam em danos extrapatrimoniais, suscetíveis de reparação, posto que geram desgostos, aflições e mágoas. Por consequência, há redução da capacidade criativa e produtiva, causando prejuízos materiais de forma reflexa⁹⁰.

Nota-se que o Estado tem total interesse na tutela do patrimônio moral individual, haja vista que ao preservá-lo, garante a manutenção do potencial criativo e produtivo de cada um de seus detentores, os quais são imprescindíveis para realização das tarefas pretendidas pelo Estado⁹¹.

Vale ressaltar que a indenização pelo dano moral, a qual, em regra, é paga em dinheiro, não objetiva reparar a dor ou a mágoa, mas proporcionar conforto que as suavize ou minimize os efeitos da lesão sofrida⁹².

Nesse sentido, observa-se que a função da indenização do dano moral é meramente compensatória para a vítima e, ao mesmo tempo, punitiva para o ofensor, que terá de pagar pelos atos inconsequentes que cometeu, vindo o Estado a ocupar posição que visa equilibrar esses interesses contrários.

A possibilidade de reparação a título de dano moral traduz a importância da defesa do patrimônio moral do indivíduo ou da sociedade⁹³.

Diante disso, tem-se que quando um ato lesivo afetar a personalidade do indivíduo, sua honra, integridade psíquica, bem-estar íntimo, suas virtudes, a vítima merece ser compensada⁹⁴.

Nesse viés, estabelecidas algumas premissas acerca do dano como elemento da responsabilidade civil, objetiva-se enquadrar o dano decorrente da lesão do bem jurídico tempo produtivo. Nada obstante, cumpre pontuar desde já que doutrina e jurisprudência divergem quanto a tratar-se de dano autônomo ou dano moral.

⁸⁹ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 79.

⁹⁰ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

⁹¹ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 83.

⁹² REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 87.

⁹³ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 104.

⁹⁴ REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 4.

A corrente que entende o dano decorrente da perda do tempo útil como dano moral o faz partindo da asserção de que o bem jurídico tempo produtivo pode ser considerado direito da personalidade.

Nesse sentido, o desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, embora favorável à responsabilização das empresas que oneram os consumidores com a perda do tempo útil, defende que o dano moral e material são suficientemente capazes de abarcarem a penalização imposta ao ofensor. Explica:

“Em uma situação característica de abuso do consumidor, que saiu do trabalho para resolver o problema e teve o dia descontado do seu salário, caberia o dano material. E se a conduta da empresa se verificar abusiva, cabe o dano moral. Então não vejo muito fundamento teórico (para a categorização)”.⁹⁵

Ademais, conforme outrora mencionado, os danos decorrentes da violação à liberdade quanto à forma de dispor do tempo útil acarretam em direta violação à dignidade humana, considerada como garantia geral aos direitos da personalidade.

Partindo do estabelecido pelo professor Clayton Reis, no sentido de que o ato lesivo que afeta a personalidade do indivíduo merece reparação na modalidade dano moral, tem-se que o dano resultante da perda do tempo útil pode ser encaixado como dano moral.

Por outro lado, o advogado Marcos Dessaune defende que o dano decorrente da perda do tempo útil não pode enquadrar-se como dano moral, material, nem mesmo como perda de uma chance. Trata-se de nova noção de dano, o qual também não pode ser reduzido a meros aborrecimentos ou contratempos⁹⁶.

A esta nova modalidade de dano o professor denomina dano de desvio dos recursos produtivos do consumidor ou, resumidamente, desvio produtivo do consumidor⁹⁷, isto porque considera como recursos produtivos o tempo e as competências, nos termos supramencionados.

⁹⁵ SOUZA, Giselle. **Justiça reconhece autonomia da indenização por tempo perdido**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/justica-reconhece-autonomia-indenizacao-tempo-perdido>>. Acesso em: 11/10/2015.

⁹⁶ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

⁹⁷ DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

Adotado é, também, para denominar o dano decorrente da perda do tempo útil, o dano temporal, de acordo com o professor e defensor público do Estado do Amazonas Maurílio Maia⁹⁸, o qual vem sendo reconhecido de forma autônoma, assim como o dano estético o fora e encontra-se com posicionamento sumulado pelo STJ (Súmula 387).

Ainda, considerando a existência de dano autônomo, o Juiz Fernando Antonio de Lima, em sentença⁹⁹, defende que o dano moral tutela um ou alguns direitos à personalidade, enquanto o dano temporal invariavelmente conjugará vários direitos da personalidade (liberdade, trabalho, lazer, saúde, convivência familiar, educação). Assim, considera que nas hipóteses de dano moral, a lesão concorrente entre direitos da personalidade pode ou não ocorrer, enquanto a perda do tempo útil inevitavelmente implicará na lesão concorrente a vários direitos à personalidade.

A fim de exemplificar a situação, cita:

“Imaginemos que um consumidor tenha, injustamente, seu nome encaminhado a órgãos de proteção ao crédito. Foi vítima dos danos morais. Imagine que, nessa mesma situação, o consumidor ligou várias vezes ao fornecedor, procurou órgãos de proteção ao consumidor, e a violação permaneceu. Houve, portanto, duas violações: à honra; e ao tempo produtivo ou útil. Punir apenas uma vez o fornecedor, com uma só indenização, significa desprezar vários direitos da personalidade envolvidos, em afronta básica ao direito fundamental implícito de proteção ao tempo produtivo ou útil do consumidor”.¹⁰⁰

Diante disso, nota-se que o dano decorrente da perda do tempo útil pode ser perfeitamente inserido como dano moral, em razão de consistir em ofensa a direito da personalidade decorrente da ofensa à dignidade humana, assim como pode ser corretamente concebido como dano autônomo, denominado de dano temporal ou dano de desvio dos recursos produtivos, de forma que as duas correntes são passíveis de aplicação a fim de assegurar a tutela do citado patrimônio.

⁹⁸ SOUZA, Giselle. **Justiça reconhece autonomia da indenização por tempo perdido**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/justica-reconhece-autonomia-indenizacao-tempo-perdido>>. Acesso em: 11/10/2015.

⁹⁹ Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

¹⁰⁰ Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

4 PERDA DO TEMPO ÚTIL COMO DANO INDENIZÁVEL

4.1 PERDA DO TEMPO ÚTIL x MERO ABORRECIMENTO

Conforme já estabelecido, a perda do tempo útil implica em um dano causado pelo ofensor, quando este sujeita a vítima a despender seu tempo produtivo com a resolução de problema decorrente de ato ilícito do agente. Geralmente o ofensor opõe resistência à resolução do impasse nos termos da lei, no prazo legal, o que acarreta em nítido decréscimo no patrimônio jurídico da vítima.

Ao pressupor que o ofensor deve sujeitar a vítima a despender seu tempo útil, a fim de não banalizar a incidência deste dano, a doutrina e jurisprudência estabeleceram duas formas para efetiva constatação: a objetiva, pela qual o dano fica caracterizado com a simples lesão ao tempo produtivo; a subjetiva, pela qual há necessidade de comprovação do sofrimento causado à vítima.

Analisando as vertentes propostas, verifica-se que pela vertente subjetiva, para a qual se exige impacto negativo na vida da vítima a fim de evidenciar o dano, faz-se relevante a distinção entre a perda do tempo útil e o mero aborrecimento.

Isto porque, para a vertente objetiva, havendo a perda do tempo, esta deve ser reparada, de modo que a valoração da indenização se dará em conformidade com as peculiaridades objetivas do caso concreto, como nos casos em que a vítima trata-se de pessoa vulnerável. Por essa razão, a distinção mencionada neste tópico não se aplica a corrente objetiva.

De acordo com a vertente subjetiva, mesmo que ocorra a perda do tempo útil, só será relevante e merecedora de tutela jurídica caso o impacto desta perda vá além do mero aborrecimento e cause sofrimento à vítima.

Assim, a lesão decorrente da perda do tempo útil não deve estar pautada em meros aborrecimentos do dia-a-dia, percalços inerentes à vida em sociedade, mas em circunstâncias em razão das quais a vítima é obrigada a gastar o tempo que

desperderia com o trabalho, com a família ou com o lazer para buscar a solução de problemas gerados por terceiros¹⁰¹.

Nesse viés, para que a reparação seja possível é necessário haver um desperdício desproporcional do tempo útil, com base em casos práticos. Para a adoção de tal critério se tornar mais palpável, o Juiz Fernando Antonio de Lima ilustra com o seguinte exemplo¹⁰²: se um indivíduo tem um vício no celular e por meio de uma única ligação relativamente rápida consegue solucioná-lo, não há que se falar em perda do tempo útil. No entanto, se este mesmo indivíduo, ao tentar solucionar o problema ter de ligar três ou mais vezes, sujeitando-se a longas ligações, em período superior a quinze dias, impõe-se a reparação, não pelo sofrimento do consumidor, mas sim pelo simples fato de ocorrer o desperdício do tempo.

Similar parâmetro deve ser aplicado às esperas pelo atendimento nas agências bancárias, haja vista haver previsão nas legislações municipais de que estas não devem superar 15 ou 20 minutos. No entanto, havendo o não cumprimento, pode-se falar em desvio produtivo do consumidor.

Ainda tratando da corrente subjetiva, as características pessoais da vítima, como idade ou situação de vulnerabilidade, assim como maior ou menor tempo desperdiçados, servirão apenas como elementos aptos a aumentar o valor da indenização.

Desta forma, tendo-se em conta que a linha subjetiva, caracteriza a perda do tempo útil e não decorrendo de inconvenientes diários, pode-se falar em responsabilidade civil em virtude do desvio produtivo.

Tal entendimento vem sendo aplicado pelos tribunais em casos de consumo, tanto na modalidade entrega de bem, quanto nos casos de prestação de serviços, conforme será demonstrado no tópico 4.4 Casos Presenciais.

101 STOZE, Pablo. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/121936307/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 11/10/2015.

¹⁰² Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

4.2 PERDA DO TEMPO ÚTIL x LUCROS CESSANTES

De acordo com o artigo 402 do Código Civil de 2002, as perdas e danos devidas ao credor correspondem ao que ele efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, salvo as exceções legais.

Para que surja então, o direito à indenização, o prejuízo deve ser certo, portanto, impossível a reparação por dano hipotético¹⁰³. Por outro lado, admite-se a indenização por dano futuro, impedindo benefício patrimonial que seria usufruído pela vítima.

Nesse sentido, o dano emergente consiste na perda efetivamente sofrida, nas palavras de Rui Stoco¹⁰⁴, um prejuízo real decorrente de ato praticado ou fato ocorrido. Por sua vez, Sergio Cavalieri Filho¹⁰⁵ define o dano emergente como um dano positivo, efetiva diminuição no patrimônio da vítima.

Já lucros cessantes são os lucros dos quais uma pessoa é privada, não se somaram ao patrimônio em virtude de impedimento, fato independente da vontade ou contrário à vontade de quem os iria obter¹⁰⁶. Assim, ganhos certos ou próprios de direito deixaram de ser atingidos em decorrência de ato ilícito.

O lucro cessante deriva da violação de um interesse subjetivo e caracteriza-se pela perda de uma possibilidade favorável que pertence a um sujeito em grau que representa a certeza¹⁰⁷.

Para se computar o lucro cessante com exatidão não basta a mera possibilidade, mas também não se exige certeza absoluta. Trata-se de probabilidade objetiva resultado do desenrolar normal dos acontecimentos, somado às circunstâncias específicas do fato¹⁰⁸.

¹⁰³ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 434.

¹⁰⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 434.

¹⁰⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

¹⁰⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 435.

¹⁰⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

¹⁰⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Nessa hipótese, não se tira da vítima algo que efetivamente possua no momento, mas impede-se que ela adquira novos elementos, para lucrar e usufruir deles, por meio da ação de determinado agente. Ainda, nunca poderá se falar em certeza absoluta quanto à ocorrência dos lucros que deixaram de ser auferidos, pois são apenas suposições que pairam pelo campo da certeza¹⁰⁹.

De acordo com o art. 403 do Código Civil, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes resultante direta e imediatamente da ação ou omissão, ou seja, não será possível imputar a alguém responsabilidade civil por dano hipotético.

Sendo assim, enquanto os lucros cessantes importam na não obtenção de lucros, os quais com o costumeiro decorrer dos acontecimentos seriam obtidos, a perda do tempo útil independe da comprovação de obtenção de lucro com a utilização do tempo que fora privada a vítima.

Para que reste configurada a lesão decorrente da perda do tempo útil, basta que se demonstre que o ofensor, por meio de ato ilícito, frustrou a vítima da livre disposição de seu tempo produtivo, independente do destino que lhe seria conferido, tendo em vista que, para a sociedade capitalista, investir o tempo útil em atividades de lazer, por exemplo, pode não configurar a obtenção direta de lucro, mas é direito subjetivo constitucional, cabendo ao detentor do tempo sua livre administração e escolha quanto à melhor forma de dispô-lo.

Outra distinção relevante entre os lucros cessantes e a perda do tempo útil encontra-se na natureza do dano que a lesão aos direitos citados gera.

Os lucros cessantes encontram-se inseridos no artigo 402 do Código Civil, quando da expressão perdas e danos, a qual se refere aos danos emergentes, aquilo que a vítima efetivamente perdeu, bem como aos lucros cessantes, aquilo que deixou de ganhar.

Assim, sendo as perdas e danos considerados como dano patrimonial, os lucros cessantes também o são, tendo em conta que o dano material consistente na

¹⁰⁹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

perda ou deterioração total ou parcial de bens materiais que pertenciam à vítima antes do evento danoso¹¹⁰.

Por sua vez, a lesão decorrente da perda do tempo útil pode ensejar dano moral ou dano temporal, conforme outrora mencionado, dependendo do posicionamento adotado para tanto.

Sendo assim, pode ser considerado dano moral, tendo em conta que da lesão à perda do tempo útil resulta ofensa a direito da personalidade, como pode ser considerado dano autônomo ou temporal, tendo em conta a especificidade do dano e a ofensa a vários direitos da personalidade de forma simultânea.

4.3 PERDA DO TEMPO ÚTIL x PERDA DE UMA CHANCE

Conforme histórico trazido por Sérgio Savi¹¹¹, a Teoria da perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália durante a década de 40, sendo duramente criticada pelos doutrinadores da época - Giovanni Pascchionni e Donato Busnelli, enquanto na França imperava o alargamento dos limites da responsabilidade civil para além das situações comuns. Em 1966, Adriano De Cupis foi o precursor da correta interpretação da Teoria da Responsabilidade Civil pela perda de uma chance no Direito Italiano, enquadrando a chance perdida como dano emergente ao invés de lucro cessante, definição esta adotada por autores que o antecederam, tendo em vista que naquela espécie de dano a indenização se dá pela exclusão da possibilidade de vitória, não pela certeza da vitória futura.

A transição do dano decorrente da perda de uma chance do instituto do lucro cessante para o instituto dano emergente torna facilmente admitida a possibilidade de indenização nos casos da perda de uma chance, sendo certo que a chance da vitória terá sempre valor inferior à vitória futura, bem como que a chance perdida

¹¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹¹ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009

deve ser séria e real, pois meras esperanças aleatórias não podem ser consideradas para esse fim¹¹².

De acordo com Sergio Savi¹¹³, a correta interpretação do problema da responsabilidade civil pela chance perdida se deu em 1976, com a publicação de artigo de Maurizio Bocchiola, o qual traz diversos conceitos relevantes para a consolidação da teoria, como o significado do termo chance - possibilidade de obter lucro ou de evitar uma perda, assumindo um caráter patrimonial.

Desse modo, a chance perdida deixa de ter unicamente valor moral e passa a ser admitida, suportando-se em estatísticas e probabilidades para auferir o valor econômico do dano, ainda que seja mínimo.

Atualmente, a indenização da perda de uma chance séria e real é admitida, pois se caracteriza como uma lesão à expectativa de direito da vítima, assim como qualquer outra lesão a bens ou outros direitos jurídicos tutelados. A chance consiste em algo que poderia acontecer pelo curso normal dos acontecimentos, mas, devido a determinado fato que interrompe esse curso normal, não é possível descobrir se o resultado teria ou não se concretizado.

A indenização pela perda de uma chance tem como característica peculiar a incerteza do êxito daquela oportunidade, posto que, havendo absoluta certeza de que o resultado seria positivo, a vítima deve ser indenizada com os benefícios decorrentes da vitória. Por outro lado, caso provado de forma absoluta que a chance não implicaria no triunfo, inexistente o dano e o dever de indenizar¹¹⁴.

A dificuldade na comprovação e escasso grau de certeza da realização da chance perdida poderiam impedir a reparação do dano. Porém, considerando que a chance consiste em um patrimônio da vítima, uma espécie de propriedade anterior à lesão, tem-se que o dano incide sobre um bem da vítima, seu patrimônio, caracterizando, pois, a lesão¹¹⁵. Caracterizada a lesão, a oportunidade perdida deverá ser reparada, através de indenização à vítima, sendo seu “quantum” fixado por meio de cálculos de probabilidade e estatística.

¹¹² Idem.

¹¹³ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁴ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁵ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Ressalta-se que a chance perdida não pode ser concebida como lucros cessantes, haja vista que aquela consiste na violação de um interesse de fato, enquanto o lucro cessante deriva da violação de um interesse subjetivo. Também, como principal distinção, há a certeza do dano, tendo em vista que o lucro cessante está revestido de grau de certeza da ocorrência de benefício futuro, enquanto na perda da chance inexistente qualquer grau de certeza da ocorrência do evento futuro, tampouco possibilidade de comprovar sua ocorrência, posto que é sobre esse ponto que se funda a perda da chance¹¹⁶.

Assim, nota-se que a indenização da perda de uma chance se dará devido ao desaparecimento de uma oportunidade, considerando a probabilidade de sua ocorrência, enquanto o lucro cessante se funda na concreta possibilidade de ocorrência do evento futuro.

Conforme outrora exposto, sendo a chance séria e real e fazendo parte dos bens da vítima, terá valor econômico no momento de sua perda e será qualificada juridicamente como um dano emergente. Ainda que o valor econômico nestes casos seja de difícil delimitação, deve ser indenizado e considerado autonomamente ao resultado final que poderia ser alcançado pela vítima. Porém, conforme estabelecido por Bacchiola, segundo Savi¹¹⁷, o dano só merece proteção e reparação quando a probabilidade de obter êxito seja superior a 50% - valorado com um cálculo de probabilidade, caso em que deverá ser indenizado como dano emergente.

Diante disso, a reparação pela chance perdida é devida, desde que a chance seja séria e real e haja nexos causal entre a conduta do agressor e a perda da chance, não se admitindo a indenização por esperanças aleatórias, de forma que merece ser calculada por meio de estatísticas e probabilidades.

Por outro lado, a reparação decorrente da perda do tempo útil abrange circunstâncias em razão das quais a vítima é obrigada a gastar o tempo que despenderia com o trabalho, com a família ou com o lazer para buscar a solução de problemas gerados por terceiros.

Em alguns casos é possível considerar que a lesão decorrente da perda do tempo útil é mais ampla, com rol de incidência maior, haja vista que da perda do

¹¹⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁷ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

tempo útil pode decorrer a perda de uma chance, porém, com dificuldade de prova da perda da chance concreta, indeniza-se apenas a perda do tempo útil.

Nada obstante, em determinadas situações é possível que haja lesão em razão da perda do tempo produtivo e da perda de uma chance, cabível a reparação pelos dois danos, havendo prova concreta de suas ocorrências.

Desta forma, nota-se que são danos autônomos e que não se confundem, razão pela qual é possível a ocorrência de duas lesões distintas decorrentes de um único ato ilícito.

4.4 CASOS CONCRETOS

A teoria da perda do tempo útil tem sido aceita e aplicada pelos Tribunais de todo o Brasil, ainda que de maneiras diferentes. Esse importante posicionamento do Poder Judiciário demonstra a compreensão dos magistrados acerca da relevância do bem jurídico tutelado, conforme alguns exemplos a seguir citados.

No Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹⁸, houve a condenação de um fabricante de eletrodomésticos pela demora mais de seis meses para efetuar conserto de máquina de lavar adquirida pela consumidora, a qual apresentou defeito dois dias após a compra. Em trecho do voto, o Desembargador Relator Fabio Henrique Podestá destaca:

“Portanto, notória a existência de dano indenizável, pois, consoante acima expandido, a fornecedora Eletrolux tratou com descaso a consumidora, já que não resolveu com a agilidade necessária o problema causado, além de que, inúmeras foram as tentativas de resolução, inclusive no Procon (fls.15/28) e, mais uma vez, as autoras não puderam contar com a lealdade e respeito do fornecedor, resultando em violação da boa-fé objetiva digna de indenização por danos morais.”

No Rio Grande do Sul, ao decidir sobre cobrança indevida de contrato de TV a cabo devidamente cancelado, a Terceira Turma Recursal Cível da Comarca de Porto Alegre condenou a empresa a indenizar a consumidora pelos danos

¹¹⁸ Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0007852-15.2010.8.26.0038, Relator: Desembargador Fábio Henrique Podestá, 5ª Câmara de Direito Privado, julgado em 13/11/2013, Publicado no Diário de Justiça em 19/11/2013.

decorrentes da disposição de seu tempo, vez que esta, por diversas vezes, buscou uma solução amigável a fim de cessarem as cobranças indevidas¹¹⁹.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹²⁰, a parte autora pleiteava ressarcimento de 50% da mensalidade em razão do cancelamento do contrato, havendo previsão contratual para tanto. Depois de diversas vezes tentar reaver o dinheiro e diante da inércia da ré, a autora recorreu ao Poder Judiciário. No acórdão do citado Tribunal, houve reconhecimento de que a autora foi vítima de mau atendimento, teve seus direitos da personalidade violados e a situação ultrapassou o razoável, caracterizando a perda do tempo da vida do consumidor.

Este mesmo Tribunal admite a condenação de instituições bancárias pela demora demasiada nas filas de espera para atendimento¹²¹.

Vale mencionar a existência de Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”.¹²²

Nada obstante tal previsão, os julgadores a tem afastado para considerar a perda do tempo útil indenizável, sob o fundamento de que o mau atendimento promovido pelo fornecedor não caracteriza mero aborrecimento do cotidiano, mas uma consequência negativa na vida do consumidor, o qual teve de despender o bem jurídico tempo, que poderia ser utilizado com a família, lazer trabalho, entre outros¹²³.

Já o Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná¹²⁴, em decisão por maioria de votos, manteve decisão que estabeleceu indenização pelo dano causado a autor

¹¹⁹ Brasil. Turmas Recursais da Comarca de Porto Alegre/RS. Recurso Inominado nº 71004406427, Relator: Dr. Fabio Vieira Heerdt, 3ª Turma Recursal, julgado em 12/12/2013, Publicado no Diário de Justiça em 17/12/2013.

¹²⁰ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

¹²¹ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

¹²² Brasil. Súmula 75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Referência: Uniformização de Jurisprudência nº. 2004.018.00003 na Apelação Cível nº. 2004.001.01324. Julgamento em 22/11/2004. Relator: Des. Luiz Zveiter. Votação unânime. Registro de Acórdão em 01/03/2005.

¹²³ Brasil. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0460569-74.2012.8.19.0001, Desembargador Fernando Antonio de Almeida, 27ª Câmara Cível / TJRJ, julgado em 27/01/2014, Publicado no Diário de Justiça em 27/02/2014.

¹²⁴ Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1.094.389-0, Relator: Desembargador Jurandyr Reis Junior, Décima Câmara Cível, julgado em 12/12/2013, Publicado no Diário de Justiça em 24/01/2014.

que, por esperar 51 minutos pela prestação de serviço bancário, sofreu com “o prejuízo do tempo desperdiçado, em razão da demora em ser atendido, o qual poderia ter sido utilizado de maneira mais benéfica e proveitosa”.

Ainda, o Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná enfrentou o tema em outros julgados:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO QUE ATACA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DEMORA EM FILA DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PARA ATENDIMENTO NO CAIXA. REITERAÇÃO DE CONDUTA EM DIAS DISTINTOS. ESPERA EM TORNO DE 77 MINUTOS. DESPÉRDIO DE TEMPO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DESCASO. OFENSA À DIGNIDADE DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE CAUSA EXCLUDENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DO ACÓRDÃO. SENTENÇA REFORMADA. RESDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PROVIDA.”¹²⁵

Em situação distinta, também houve a aplicação da teoria do desvio produtivo ou do tempo útil, por demora no atendimento por operadora de telefonia celular:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA DE LINHAS TELEFÔNICAS NO NOME DA AUTORA. INSCRIÇÃO INDEVIDA. TENTATIVAS DE SOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DO EQUÍVOCO. INÉRCIA. CONDUTA DESIDIOSA E ATENTATÓRIA À DIGNIDADE DO CONSUMIDOR. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. "VIA CRUCIS" DEMONSTRADA. PROTOCOLOS DE ATENDIMENTOS. VÁRIAS LIGAÇÕES. DETERMINAÇÃO PARA QUE AUTORA ENCAMINHASSE CORRESPONDÊNCIA COM PEDIDO DE BAIXA. INÉRCIA POR PARTE DA OPERADORA. DESVIO PRODUTIVO DO TEMPO. PERDA DO USO DO TEMPO LIVRE DO CONSUMIDOR. CAUSA DE MAJORAÇÃO DA

¹²⁵ Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1086176-8. Relator: Arquelau Araujo Ribas, 10ª Câmara Cível, julgado em 27/03/2014, publicado no Diário de Justiça em 28/04/2014.

INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO 1 DESPROVIDA. APELAÇÃO 2 PROVIDA.”¹²⁶

Por fim, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça apresenta-se pouco mais restritivo, posto que quando reclamado à reanálise de decisões, com objetivo de fixar indenização pela perda do tempo útil, busca enquadrar o dano decorrente dessa violação como dano moral, com base no entendimento de que “os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor¹²⁷.”

Assim, por entender que os fatos que lhe foram apresentados constituem, “diferentemente dos danos morais, meros dissabores e aborrecimentos, não podem ser indenizados, sob pena de configurar o enriquecimento injustificado da parte”¹²⁸.

Esse entendimento restritivo acaba por gerar decisões, algumas vezes, desproporcionais e injustas, como as abaixo registradas:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ESPERA EM FILA DE BANCO POR TEMPO SUPERIOR AO DE MEIA HORA FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL - INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA - OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AFASTADO PELA SENTENÇA E PELO COLEGIADO ESTADUAL APÓS ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO - PREVALÊNCIA DO JULGAMENTO DA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1.- A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 2.- Afastado pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas para configuração do dano moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 3.- Recurso Especial improvido”.¹²⁹

¹²⁶ Brasil. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 1.100.7922-0. Relator: Arquelau Araujo Ribas, 10ª Câmara Cível, julgado em 07/07/2013, publicado no Diário de Justiça em 02/08/2013.

¹²⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.405.702/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/03/2015, publicado no Diário de Justiça em 30/03/2015.

¹²⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.405.702/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/03/2015, publicado no Diário de Justiça em 30/03/2015.

¹²⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.340.394/SP. Relator: Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/05/2013, publicado no Diário de Justiça em 10/05/2013.

“RECURSO ESPECIAL. CIVL E PROCESUAL CIVL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO CORÊNCIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. REVISÃO DA CONCLUSÃO DA CORTE LOCAL. REXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07 DO STJ. DISÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. Decisão: Vistos, etc.Trata-se de recurso especial interposto por JAIME CARLOS RODRIGUES, com base nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL - TELEFONIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - MEROS DISSABORES - DIREITO DO CONSUMIDOR À REPETIÇÃO DO INDÉBITO - ARTIGO 42 do CDC - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS. **O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.** Precedentes do STJ. Sendo **o consumidor indevidamente cobrado por serviço que não contratou, e que, mesmo após o pedido de cancelamento pelo consumidor, nada foi feito**, a repetição de indébito deve ser na forma do parágrafo único do artigo 42 do CDC. A correção monetária é devida a partir da data do efetivo pagamento. Já os juros devem ser cobrados nos termos do art. 219 do CPC, com a citação válida da apelada (fl. 138). (...)”.¹³⁰ – grifo nosso.

Esses entendimentos, para o Juiz Fernando Antonio de Lima¹³¹, violam flagrantemente: a) o princípio da reparação integral (Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º, inciso VI); b) o direito fundamental constitucional implícito, de proteção ao tempo útil, direito esse derivado da proteção constitucional ao consumidor (Constituição Federal/88, artigo 5º, inciso XXXI), do direito de liberdade de poder desfrutar do seu tempo útil da maneira como lhe aprouver (Constituição Federal/88, artigo 5º, *caput*), do direito constitucional e social ao lazer, ao trabalho, à

¹³⁰ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.405.702/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/03/2015, publicado no Diário de Justiça em 30/03/2015.

¹³¹ Brasil. Vara do Juizado Especial Cível do Foro de Lajes/SP. Sentença Autos n. 005804-43.2014.8.26.0297, Juiz Fernando Antonio de Lima, julgado em 29/08/2014, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2014.

educação pelo estudo (Constituição Federal/88, artigo 6º, *caput*), à convivência familiar (Constituição Federal/88, artigo 26, *caput*).

Nada obstante, embora resista à tutela do bem jurídico tempo útil de forma autônoma, especialmente no tocante ao direito do consumidor, já é possível verificar, ainda que de forma tímida e indireta, a tutela do tempo livre, principalmente quanto à liberdade na forma de dispor dele, conforme se vê:

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APOSENTADORIA. ATRASO NA CONCESSÃO. DEMORA INJUSTIFICADA. CONDUTA OMISSIVA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO ESTADO. RECURSO DE AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O apelante requereu aposentadoria, com proventos integrais, no dia 29/11/1995, tendo a conclusão do processo administrativo e a consequente publicação do ato de aposentação ocorrido apenas no dia 04/12/1997, período em que o servidor ficou em atividade. 2. Injustificado atraso na concessão da aposentadoria do autor, permanecendo este em atividade durante aproximadamente vinte e quatro meses, enquanto aguardava a solução do pedido, de maneira que é impositiva a indenização em valor correspondente ao salário percebido há época. 3. O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Pernambuco prevê o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o pedido, como dispõe o art. 183, § 2º, da Lei nº 6.123/68. 4. Agride o princípio da eficiência, de maneira inquestionável, a demora injustificável tanto do processamento do requerimento quanto da apreciação do pedido pela autoridade administrativa, decorridos quase 02 (dois) anos do protocolo do pleito. **5. Em casos tais, o servidor se vê obrigado a continuar prestando serviços enquanto aguarda a conclusão do seu pedido de aposentadoria, quando poderia passar à inatividade e gozar do tempo livre para realizar outras atividades, tornando, dessa forma, inequívoco o dano.** 6. Caracteriza, ainda, enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, pois embora remunere o servidor, deixa de contratar novo funcionário e continua usufruindo dos serviços prestados por aquele que já deveria ter passado à inatividade e receberia proventos mesmo sem trabalhar. 7. A indenização deve ser fixada levando em consideração o interregno entre o dia 29/12/1995 (dia em que completou um mês da data do requerimento administrativo) e o dia 03/12/1997 (dia da publicação do ato da concessão da aposentadoria), tomando como base o valor dos proventos que o apelante fazia jus à época, incluídas as férias e

demais vantagens relativas ao período. 8. Recurso de Agravo desprovido. 9. Decisão Unânime.¹³² – grifo nosso.

Portanto, considerando a relevância do bem jurídico tutelado, verifica-se da análise de casos concretos a incidência da responsabilização por dano temporal pela aplicação da teoria da perda do tempo útil, ainda que pela roupagem do dano moral.

Assim, além dos elementos essenciais da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexos causal, dano e, ocasionalmente, culpa), para caracterização da perda do tempo útil, como nova modalidade de dano, a própria jurisprudência busca elementos específicos, visando a não banalização da tutela desse bem de suma importância.

Uma alternativa utilizada por alguns magistrados para evitar a banalização consiste na diferenciação entre os meros aborrecimentos e a perda do tempo útil, de modo que somente a ação ou omissão que acarretasse um desperdício incomum e desarrazoado do tempo útil seria merecedora de tutela jurisdicional com a consequente indenização. Somada a essa condição, realiza-se análise subjetiva da vítima, avaliando o impacto negativo que o dano lhe causou e os sofrimentos decorrentes da lesão.

A adoção da citada possibilidade como forma de inibir que o dano seja vulgarizado é notadamente encontrada em decisões que ressaltam a ocorrência de situações que ultrapassam o razoável, a tentativa de solução amigável do litígio diversas vezes pela parte que teve seu tempo útil suprimido e a espera por atendimento em tempo muito superior ao determinado por lei.

Por meio dessas considerações o julgador busca uma forma justa e segura de aplicar a reparação civil em casos de dano decorrente da perda do tempo útil, haja vista a necessidade de resguardar o patrimônio subjetivo de cada indivíduo, mas também uma forma de evitar a massificação de demandas infundadas e uma possível indústria do dano temporal.

¹³² Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 508133/PE. Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/05/2014, publicado no Diário de Justiça em 08/05/2014.

5 CONCLUSÃO

No contexto da responsabilidade civil, verifica-se a ocorrência de constantes mudanças e atualizações. Inicialmente ela era concebida estritamente relacionada com a culpa, elemento considerado como fundamental para sua caracterização. Mais tarde, o elemento culpa passou a ser considerado acidental e as inovações deste instituto se perpetraram.

Tais evoluções se concretizam por meio de uma dupla expansão: dos meios lesivos (uso de tecnologias, por exemplo) e dos interesses lesados (dano moral por abandono afetivo, por exemplo). A expansão dos interesses lesados e surgimento de novos danos é inevitável, pois está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento dos direitos da personalidade, os quais estão pautados na dignidade humana, caracterizada pela ilimitabilidade.

Outro fator relevante que permite a admissibilidade de indenização de novos danos está pautado no fato do ordenamento jurídico brasileiro ser atípico ou aberto, espécie na qual o legislador prevê cláusulas gerais e permite que o Judiciário delimite quais interesses deverão ser tutelados.

Como consequência da adoção desse sistema, a jurisprudência já tem considerado como indenizáveis alguns novos danos, como o dano decorrente da perda do tempo útil.

A sociedade caminha para adoção de um novo modelo, denominado pós-industrial, impulsionado pela ascensão da tecnologia e valorização do tempo, numa busca constante pela harmonização do trabalho, do estudo e do lazer, panorama no qual o tempo útil vem sendo mais debatido.

O tempo útil como instituto passível de indenização consiste em uma leitura conjunta do tempo em seu aspecto objetivo (tempo do relógio) e em seu aspecto subjetivo (noção pessoal de tempo).

Dentre as principais características aptas a tornar esse patrimônio digno de proteção estão: a escassez, a brevidade, a impossibilidade de ser interrompido, a impossibilidade de ser revertido ou acumulado e a abstração.

Não há previsão expressa de tutela do tempo útil na Constituição Federal de 1988, mas o tempo é tutelado no direito ao trabalho (artigo 7º), quando trata da duração do trabalho e períodos de descanso, no direito ao lazer (artigos 6º e 217), quando se faz necessário despende tempo a fim de desenvolver atividades

recreativas, e no direito à educação (artigos 6º e 217), quando necessário investir tempo a fim de adquirir conhecimento.

Ante a ausência de tutela expressa, há corrente doutrinária que defende a inclusão do tempo produtivo nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, haja vista ser ela formal, dogmática, analítica e rígida.

Por outro lado, há a vertente que defende que o tempo útil pode ser resguardado como direito fundamental implícito, considerando que correspondem àqueles decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988.

Objetivando estabelecer hipóteses para a caracterização do dano decorrente da perda do tempo útil, doutrina e jurisprudência se dividem, pois parte entende suficiente a ocorrência de critérios objetivos, e outra, a necessidade também de se apreciar aspectos subjetivos.

Para a vertente objetiva, basta que reste caracterizado o dano com a simples lesão ou supressão indevida do tempo produtivo, independente de elementos subjetivos, como dor ou sofrimento da vítima, pois esses aspectos dificultariam a demonstração do dano.

Por sua vez, a corrente subjetiva entende que, para que haja caracterização de dano decorrente da perda do tempo útil, faz-se necessário que a situação gerada pelo autor do ato ilícito cause impacto negativo na vida da vítima, excluídas, portanto, situações de mero aborrecimento ou sujeição à situações cotidianas, consequências da vida em sociedade.

Nesse sentido, vale mencionar a distinção apontada entre a perda do tempo útil e meros aborrecimentos, de modo que aquela fica caracterizada somente quando revestida de maior gravidade do que meros aborrecimentos do dia-a-dia ou percalços inerentes à vida em sociedade. Ressalta-se que essa distinção tem relevância apenas para a corrente subjetiva.

No tocante à divergência doutrinária citada, nota-se que ambas as correntes apresentam boas assertivas, vez que a corrente objetiva é pautada fundamentalmente na dificuldade de aferição do sentimento da vítima para caracterização do dano, mas, por outro lado, a aceitação da ocorrência do dano e dever de indenizar pela simples perda do tempo pode acarretar na banalização do instituto.

Já a corrente subjetiva, a qual leva em conta a dor e o sofrimento da vítima, distinguindo perda do tempo útil de percalços diários, aparentemente se apoia em ponto mais seguro de admissão de reparação civil. No entanto, esbarra na dificuldade de aferição dos elementos subjetivos dor e sofrimento da vítima.

Enfim, verifica-se que seja pela adoção da teoria objetiva, seja pela adoção da teoria subjetiva, caberá ao julgador a ponderação entre os pontos contrários e favoráveis das duas correntes, adequando-as a realidade de cada caso, a fim de que, pautado na proporcionalidade e razoabilidade, seja possível proferir uma decisão justa.

No que diz respeito à natureza do dano decorrente da perda do tempo útil, também se apresentam duas correntes. A primeira entende tratar-se de dano moral, com base na premissa de que o bem jurídico tempo produtivo pode ser considerado direito da personalidade, considerando que a lesão a tal direito acarreta em direta violação à dignidade humana, a qual é reputada como garantia geral aos direitos da personalidade.

A segunda corrente julga necessário considerar uma nova modalidade de dano, que pode ser denominado de dano temporal, visto que quando da ocorrência da perda do tempo útil haverá a violação de vários direitos da personalidade, não apenas de um ou dois, como ocorre quando se trata de dano moral.

Quanto à distinção da perda do tempo útil de outros institutos semelhantes, apontou-se os principais pontos divergentes entre a perda do tempo útil e os lucros cessantes. Conforme exposto, os lucros cessantes importam na não obtenção de lucros, os quais com o costumeiro decorrer dos acontecimentos seriam obtidos, enquanto a perda do tempo útil independe da comprovação de obtenção de lucro com a utilização do tempo que fora privada a vítima, bastando que se demonstre que o ofensor, por meio de ato ilícito, a frustrou da livre disposição de seu tempo produtivo.

Distinguiu-se, também, a perda do tempo útil da perda de uma chance, considerando que esta ocorre quando da perda de uma chance séria e real em virtude de conduta do agressor, e a reparação pela perda do tempo útil abrange circunstâncias em razão das quais a vítima é obrigada a gastar o tempo que despenderia com o trabalho, com a família ou com o lazer para buscar a solução de problemas gerados por terceiros.

Quando da análise dos julgados mencionados, nota-se a aplicação da responsabilidade civil pela perda do tempo útil por vários Tribunais de Justiça Estaduais, os quais, em sua maioria, utilizam o critério subjetivo para verificar a ocorrência de lesão ao patrimônio da vítima, haja vista a preocupação em distinguir a perda do tempo útil de meros aborrecimentos e de mencionar o sofrimento da desta para justificar a indenização. Além disso, verifica-se também que, no que diz respeito ao dano decorrente da lesão, que a maioria dos julgados considera-o como dano moral.

Por fim, da análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça até o momento, observa-se resistência ao acolhimento do tempo útil como patrimônio subjetivo do indivíduo, pelo que deixa de considerar a sua perda indenizável.

Pelo exposto no presente trabalho monográfico, observa-se a progressiva admissibilidade da perda do tempo útil como dano indenizável, mediante o caráter compensatório e didático-pedagógico apresentado, objetivando, assim, inibir a sua ocorrência repetitiva.

REFERÊNCIAS

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Visão constitucional do dano moral**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15943-15944-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09/10/2015.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 95.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 2007. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARIO, Caio. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

SOUZA, Giselle. Justiça Reconhece autonomia da indenização por tempo perdido. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/justica-reconhece-autonomia-indenizacao-tempo-perdido>>. Acesso em: 11/10/2015.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STOZE, Pablo. **Responsabilidade Civil Pela Perda do Tempo**. Disponível em: <<http://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/121936307/responsabilidade-civil-pela-perda-do-tempo-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 11/10/2015.