

# CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – COMPARATIVO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

MARUSKA AMORIM TROUFA | 43666

**Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências  
Jurídico-Políticas**

Orientação: Prof. Doutora Fernanda Rebelo

Março, 2024



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

# CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – COMPARATIVO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

MARUSKA AMORIM TROUFA | 43666

**Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Ciências  
Jurídico-Políticas**

Orientação: Prof. Doutora Fernanda Rebelo

Março, 2024



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Do conhecimento à prática.

# AGRADECIMENTOS

Ao bondoso Jesus Cristo agradeço pela provisão, cuidado e amor que tem por mim. Agradeço aos meus filhos, Stephanie e Breno, que, simplesmente por existirem, alegram minha vida, renovam a cada dia minhas esperanças e me motivam a viver.

De igual forma, agradeço a minha mãezinha, amiga e confidente, por todo o amor incondicional que tem por mim. Ao meu pai (*in memoriam*) agradeço pela vida e pelo carinho.

Agradeço pelo reiterado apoio que tive do meu marido nesta jornada, nos vários momentos em que continuar parecia não ser uma alternativa.

Agradeço ainda aos meus tios queridos, Mary e Paulo, familiares e amigos, que sempre me apoiaram e incentivaram a continuar conquistando meus sonhos.

*Porque não recebestes o espírito de escravidão, para outra vez estardes em temor, mas receberam o Espírito que os torna filhos por adoção, pelo qual clamamos: Aba, Pai. Romanos 8:15*

# CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR E DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – COMPARATIVO BRASIL E PORTUGAL

## RESUMO

O tema central deste trabalho científico visa cotejar o conceito, a evolução e a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, de origem francesa, e a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de origem brasileira, na jurisprudência do Brasil, da Europa e, em especial, de Portugal. Buscou-se analisar, inicialmente, a relevância do “tempo” na vida de um ser humano, de forma a ressaltar sua finitude e sua necessária tutela pelo Direito Mundial, sobretudo, em decorrência de sua escassez na sociedade moderna. Diante da constatação da relevância do “tempo”, alguns países vêm buscando sua proteção, a fim de reconhecê-lo, efetivamente, como um bem jurídico tutelável. Nesse sentido, no Brasil, a inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada por Marcos Dessaune, tem sido amplamente aplicada na jurisprudência brasileira, bem como acolhida pela doutrina pátria. A citada teoria tem por objetivo a tutela do tempo do indivíduo e sua conseqüente reparação, nas hipóteses em que o consumidor desperdiça seu tempo e fica exposto ao *modus operandi* do fornecedor, para a resolução de problemas advindos de um defeito ou vício de produto ou serviço. Por se tratar de uma inovadora teoria, foi constatado que não há sua aplicação em outros países europeus, por exemplo, em Portugal. No entanto, foi verificado que a Teoria da Perda de uma Chance, muito aplicada na jurisprudência europeia, possui alguns pontos convergentes e outros divergentes com a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, em especial, quanto à essência do dano suportado pela vítima nas duas hipóteses. A presente dissertação visa analisar ambas as teorias com foco na lesão de um terceiro à vítima e suas conseqüências, em especial, ao dano existencial que a parte lesionada sofre, de modo a ensejar a alteração em seu projeto de vida. E, por fim, a dissertação, em última análise, busca demonstrar a relevância do “tempo” do ser humano, e sua imperiosa proteção como um bem jurídico tutelável para a sociedade moderna, em diversos países.

**Palavras-chave:** Direito do Consumidor; Responsabilidade Civil; Tutela do tempo; Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor; Teoria da Perda de uma Chance.

# CONVERGENCE AND DIVERGENCE OF THE PRODUCTIVE CONSUMER DEVIATION THEORY AND THE LOSS OF A CHANCE THEORY – A COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

## ABSTRACT

The central theme of this scientific paper aims to compare the concept, evolution, and application of the Loss of a Chance Theory of French origin and the Productive Consumer Deviation Theory of Brazilian origin in the jurisprudence of Brazil, Europe, and especially Portugal. Initially, it analyzes the relevance of time in a human being's life, highlighting its finiteness and its need to be protected by Word Law, mainly due to its scarcity in modern society. After acknowledging the significance of time, some countries have been seeking its protection, aiming to recognize it as a legally protectable asset effectively. Therefore, in Brazil, the innovative Productive Consumer Deviation Theory, created by Marcos Dessaune, has been widely applied in Brazilian jurisprudence and embraced by domestic doctrine. The previously mentioned theory aims to protect an individual's time and, consequently, its reparation in cases where the consumer wastes time and is exposed to the *modus operandi* of the supplier for the resolution of issues arising due to defects or flaws in a product or service. Since it is an innovative theory, it was found that its application is not observed in other European countries, such as Portugal. However, it was observed that the Loss of a Chance Theory, widely applied in European jurisprudence, has some convergent and divergent aspects with the Productive Consumer Deviation Theory, mainly regarding the essence of the damage suffered by the victim in both scenarios. This dissertation aims to analyze both theories, focusing on the harm caused by a third party to the victim and its consequences, especially the existential damage suffered by the victim, leading to a change in their life project. Finally, the dissertation seeks to demonstrate the relevance of human "time" and its imperative protection as a legally protectable asset for modern society in various countries.

**Keywords:** Consumer Law; Civil Liability; Protection of time; Productive Consumer Deviation Theory; Loss of a Chance Theory.

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	1
1 ASPECTOS HISTÓRICOS, CIENTÍFICOS DA TUTELA JURÍDICA DO TEMPO .....	4
1.1 A compreensão do tempo .....	4
1.2 O tempo social, vital ou existencial .....	6
1.3 A escassez do tempo.....	7
1.4 A proteção jurídica do tempo .....	9
2 DO DANO .....	12
2.1 Dano extrapatrimonial.....	15
2.1.1 Categorias do dano extrapatrimonial.....	19
3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR .....	27
3.1 Origem e conceito da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor .....	27
3.2 Pontos fundamentais para o fenômeno do desvio produtivo do consumidor .....	36
3.2.1 Pressupostos para a configuração da responsabilidade civil de consumo, relativa à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor .....	42
3.3 Jurisprudência no Brasil acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor	45
3.4 A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor no Direito lusitano .....	52
4 TEORIA DA PERDA DA CHANCE .....	58
4.1 Conceito da Teoria da Perda da Chance .....	58
4.2 Aspectos gerais: origem e pressupostos da Teoria da Perda de uma Chance...58	
4.3 Aplicação da Teoria da Perda de Chance na doutrina, na lei e na jurisprudência – na França .....	63
4.3.1 Jurisprudência da França .....	70
4.4 Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Europa.....	77
4.5 Aplicação da Teoria da Perda de uma Oportunidade em Portugal.....	79
4.6 Aplicação no Brasil .....	89

4.6.1 A Teoria da Perda de uma Chance na doutrina brasileira .....	90
4.6.2 A Teoria da Perda de uma Chance na jurisprudência brasileira .....	95
5 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DAS TEORIAS DA PERDA DA CHANCE E DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR .....	105
CONCLUSÃO .....	115
REFERÊNCIAS.....	120

# LISTA DE ABREVIATURAS

CAC	Código de Atendimento ao Consumidor
CC	Código Civil
Cesb	Centro de Ensino Superior de Brasília Ltda.
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FGV	Fundação Getúlio Vargas
Ibdfam	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
Isma-BR	<i>International Stress Management Association Brasil</i>
Oniam	<i>Office National D'Indemnisation Des Accidents Médicaux</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFPR	Universidade Federal do Paraná
Unidroit	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

# INTRODUÇÃO

Ao buscar possíveis temas relevantes que retratassem a identidade investigativa que a autora tem desenvolvido ao longo dos anos como estudiosa do Direito, com o objetivo de encontrar aquele que serviria de fio condutor desta pesquisa no âmbito do mestrado, foi percebida a atual preocupação mundial – em especial da comunidade jurídica – acerca da importância do tempo na vida de um indivíduo e as consequências que acarretam a sua efetiva perda.

A vida moderna trouxe aos indivíduos diversos fatores que minimizam sua qualidade de vida e a concretização de seus sonhos, fazendo com que muitas vezes se perca o real intuito de uma vida plena e presente. Isto acontece porque, diante do tempo escasso, as inevitáveis intempéries tornam a vida cotidiana deveras difícil para todos os seres humanos, na medida em que a resolução dos problemas se traduz em minutos ou horas perdidas de vida.

Por muito tempo relegado ao segundo plano, o estudo sobre a temática do tempo vem aos poucos assumindo questão central nas mais diversas matérias e áreas de pesquisa, notadamente no âmbito do Direito, graças à criação de novos institutos e teorias.

Aprofundando sobre o tema na seara jurídica, no âmbito do direito do consumidor e da responsabilidade civil, dois institutos chamaram a atenção da autora desta tese, sobretudo, quanto à sua semelhança em alguns pontos e sua aplicação na prática jurisprudencial, tanto em Portugal quanto no Brasil, quais sejam, a Perda de uma Chance e a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Em um primeiro contato, esses institutos parecem distintos, em termos de aplicação e teoria, destacando-se em cadeiras específicas, uma mais voltada à responsabilidade civil e outra ao direito do consumidor.

Ao investigá-los em mais detalhe, no entanto, foi constatado que o primeiro, relativo à Perda de uma Chance, quando aplicado no Brasil ou em Portugal, tem como fato gerador — ou seja, o cerne de sua incidência — a frustração de um indivíduo decorrente de uma circunstância causada por terceiro que, em face daquele, praticou uma conduta comissiva ou omissiva, de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

Para ambos os países, este fato gerador constituiria uma espécie de perda de oportunidade, ou seja, a perda da possibilidade de o indivíduo obter um resultado favorável, ou ainda de evitar um resultado desfavorável.

Percebe-se ainda que seu campo de aplicação é bastante variado, não tendo um conteúdo dogmático preciso, o que acontece tanto em Portugal como no Brasil.

Para estudiosos variados, tanto no Brasil quanto em Portugal, a aplicação especificadamente do instituto da Perda de uma Chance se restringiria à responsabilidade contratual. No entanto, em uma visão mais moderna, há entendimentos de que o instituto da responsabilidade civil, em si, vem evoluindo ao longo dos anos, de forma a se tornar um sistema com o enfoque maior na vítima, tendo o conceito de dano, conseqüentemente, se alargado e modernizado. Assim, o conceito da Perda de uma Chance vem ganhando, ao longo dos anos, uma nova roupagem nas questões relativas à responsabilidade civil — voltada, por exemplo, para o dano extrapatrimonial.

Continuando esta investigação e cotejo relativo aos dois institutos mencionados, foi constatada a semelhança entre ambos quanto ao ato danoso praticado por terceiro a um indivíduo — nesse caso, o consumidor. A Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor foi desenvolvida no Brasil, em 2008, pelo advogado Marcos Dessaune, que, após pesquisas e estudos, percebeu que o cerne da teoria consistiria no prejuízo do tempo desperdiçado e na rotina de vida alterada de um indivíduo, leia-se consumidor, em decorrência de uma conduta lesiva de terceiro, em especial, de um fornecimento precário de serviço ou produto.

Na verdade, ao cotejar a Teoria da Perda de uma Chance, particularmente quanto ao dano extrapatrimonial, e os fundamentos da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, foi percebido que o fundamento base para a configuração de ambas as teorias é a frustração da vítima em decorrência de um dano de terceiro, por conta de sua omissão ou ação.

É fato notório que o dano extrapatrimonial advém de uma violação à personalidade do indivíduo, já a Perda de uma Chance, em uma primeira análise, decorreria apenas da frustração do sujeito por uma perda de possibilidade/probabilidade de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, ou mesmo evitar um prejuízo. No entanto, em uma visão jurisprudencial e doutrinária mais recente, foi constatado que a Perda de uma Chance, em especial quanto ao dano extrapatrimonial, poderá decorrer de uma lesão à dignidade da pessoa humana. Há assim uma espécie de convergência de danos – o dano moral e o dano autônomo – podendo ser existencial – decorrente da perda de uma chance.

Da mesma forma, o dano caracterizador da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor decorre da frustração do indivíduo em usufruir de seu tempo vital para resolver problemas causados por obra do fornecedor, ocasionando assim um prejuízo irrecuperável ao indivíduo, já que não é possível restabelecer o tempo perdido de sua vida.

Ao despender seu tempo na resolução de um problema causado por terceiro, o indivíduo sofre uma lesão ao seu direito da personalidade, o que poderá caracterizar a

real perda de uma chance, na medida em que adia ou elimina atividades anteriormente planejadas, bem como assume custos materiais e deveres operacionais que, efetivamente, não são seus – repita-se, decorrentes da imposição ao *modus solvendi* de um terceiro.

Fato incontestável é que a condenação a uma indenização de cunho extrapatrimonial com base na Perda de uma Chance ou na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade humana, e ambas ocorrem efetivamente pela subtração de uma oportunidade.

Este trabalho científico analisará em seus capítulos questões relativas ao tempo em si, o instituto da perda de uma chance e do desvio produtivo do consumidor, cotejando suas convergências e divergências, bem como demonstrando sua aplicação no Brasil e em Portugal. Para tanto, servirão de fundamentação teórica as obras de diversos autores que tratam da matéria em comento, bem como jurisprudências e legislação pertinente.

É, pois, sobre esse tema que se desenvolverá o presente trabalho, na linha de pesquisa bibliográfica e qualitativa, cujo objetivo é trazer a lume uma reflexão do tempo vital e suas possibilidades desperdiçadas, ou seja, subtraídas por conduta de terceiro, sob a ótica dos institutos da Perda de uma Chance e da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

# 1 ASPECTOS HISTÓRICOS, CIENTÍFICOS DA TUTELA JURÍDICA DO TEMPO

## 1.1 A compreensão do tempo

Pode-se afirmar categoricamente que o tempo é um dos temas mais estudados ao longo da história. E é, igualmente, um dos mais difíceis.

O conceito de tempo traduz-se em diversas abordagens, especialmente no ramo da Filosofia, Psicologia, Sociologia, História, dentre outras matérias difundidas no mundo, ao longo dos anos.

O tempo, sem dúvida, pode ser conceituado de forma multidisciplinar, sendo extremamente importante sua detida análise nos diversos caminhos da evolução.

Inicialmente, vale dizer que, segundo o *Dicionário Online de Português*<sup>1</sup>, do significado da palavra tempo, encontram-se inúmeras vertentes, passando pelo prisma do passado, presente e futuro – como condições do clima, do período de duração de algo, dentre outras.

Não por acaso, na obra *As Confissões*<sup>2</sup>, em seu capítulo XI, Santo Agostinho afirmou: “Que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei.”

Tal dificuldade se evidencia de várias formas, de maneira que, de início, é preciso reconhecer que se trata de tema multifacetado, analisado multidisciplinarmente, com especiais acepções de ordem física, filosófica e histórica. Demais disto, a depender daquilo de que se tratará quanto à análise específica do tempo, poder-se-á, inclusive, adotar significados distintos, seja no campo gramatical, atmosférico, ou mesmo musical.

Importante pontuar, desde já, que o presente trabalho científico não pretende abordar e discutir questões variadas, históricas, filosóficas ou evolutivas da palavra “tempo”, em si, mas ressaltar alguns breves panoramas a seu respeito.

Como dito, muitas são as classificações sugeridas para o trato da temporalidade. Dentre tantas, destacam-se as divisões propostas por realistas e antirrealistas, relativistas e absolutivistas, substantivistas e relacionistas. Consoante aduz em seu artigo Willyans Maciel<sup>3</sup>, Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), muitos filósofos despenderam energia para compreender o conceito de tempo. Para Platão, seria uma criação de Deus. Aristóteles, seu discípulo, trouxe relevante contribuição ao dizer que o tempo seria contínuo e infinito. Tal concepção aristotélica foi

---

<sup>1</sup> DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Verbete tempo [em linha]. 2024 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo/>.

<sup>2</sup> AGOSTINHO, Santo. *As confissões*. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Edameris, 1964, pp. 14-17 *apud* MACIEL, Willyans. *Filosofia do Tempo*. *InfoEscola* [em linha]. [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.infoescola.com/filosofia/filosofia-do-tempo/>.

<sup>3</sup> MACIEL, Ref. 2.

marcante historicamente, sendo aceita por longo período. Já na Grécia, havia a compreensão de que o tempo era ilimitado para o passado.

Para Santo Agostinho, o tempo seria sempre linear, enquanto São Tomás de Aquino realizou uma fusão entre a visão aristotélica e a cristã. Ainda segundo Wyllyans Maciel<sup>4</sup>, em seu artigo científico, os filósofos medievais entendiam o tempo como algo limitado para o passado, iniciado por obra de Deus.

Já no âmbito da ciência moderna, personagens como Galileu Galilei ou René Descartes contribuíram para o debate. Nada obstante, a concepção newtoniana ganhou maior relevo, tendo Isaac Newton estabelecido uma analogia entre o tempo e uma linha reta.

Segundo Wyllyans Maciel<sup>5</sup>, é uníssono, contudo, que tão somente no século XX surge propriamente uma Filosofia do Tempo, passando-se a examinar o fenômeno *per sí*. Com isso, o autor acima mencionado esmiúça que Henri Bergson traz a revolucionária ideia de que o tempo não seria linear, como muitas vezes afirmado anteriormente.

De igual modo, possui destaque a Teoria da Relatividade Geral, de Albert Einstein, na qual o tempo não mais seria algo absoluto, podendo ser dilatado a depender da velocidade de um objeto em função de seu observador, demonstrando, portanto, que o tempo é relativo, conforme analisa Joab Silas da Silva Júnior, em seu artigo que trata da dilatação do tempo<sup>6</sup>.

Vê-se, então, que o tema tempo é demasiado interessante, sendo objeto de estudo em diversas áreas do pensamento.

Importante reiterar que, no presente trabalho, não se pretende abordar e aprofundar em concepções de filósofos, historiadores e cientistas acerca do fenômeno tempo *per sí*, mas, exclusivamente, no que se denomina tempo social ou existencial.

As inferências superficialmente abordadas se deram, tão somente, para demonstrar a diversidade e a dificuldade do tema ao longo dos anos, com suas variadas contextualizações e enfrentamentos, pois, certamente, o tema é deveras amplo, visto que enfrentado e pesquisado por diversos pensadores.

Dessa forma, é esse, pois, o objeto do presente estudo.

Além disso, será denominado como tempo social, especialmente, o intervalo da experiência humana, sendo, portanto, irrelevantes questões outras ligadas à Filosofia, à Física, ou mesmo à História.

---

<sup>4</sup> MACIEL, Ref. 2.

<sup>5</sup> MACIEL, Ref. 2.

<sup>6</sup> SILVA JÚNIOR, Joab Silas da. Dilatação do tempo. *Mundo Educação* [em linha]. 2020 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/fisica/dilatacao-tempo.htm>.

Neste artigo científico, o que de fato importará é o ser humano e sua relação em sociedade, assim como o intervalo de tempo de sua existência. Nesse último sentido é que aqui se utiliza, alternativamente, os termos “tempo existencial” ou “vital”.

Desse modo, e sob o aspecto que ora se investiga, pode-se afirmar categoricamente que o tempo social é finito e dotado de valor intrínseco. E é exatamente esse tempo que merece a tutela do Direito – e aqui, de forma mais próxima, a tutela específica da cadeira ligada ao Direito do consumidor e à responsabilidade civil.

Em especial, dar-se-á maior foco ao caminho estudado e traçado pelo doutrinador Marcos Dessaune, criador da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, fazendo-se um paralelo com a Teoria da Perda de uma Chance, especialmente sob a ótica do “tempo”.

## 1.2 O tempo social, vital ou existencial

De forma muito direta, o tempo social nada mais é do que o tempo de vida de um ser humano. Como dito, tal intervalo apresenta duas características que se percebem pela própria experiência humana: a) a finitude; e b) um valor intrínseco.

O elemento finitude evidencia, efetivamente, o fato de possuímos uma existência limitada no tempo. Para este estudo, de nada importa discutirmos se o tempo, em si, existe, e se é dotado ou não de infinitude. O fato incontornável é que os seres humanos, como os demais seres terrestres, têm um prazo de vida. É nesse intervalo que os indivíduos realizam suas atividades existenciais, tais como estudo, trabalho, descanso, lazer. Enfim, o indivíduo desenvolve atividades diversas, inerentes à vida de um ser humano, tanto em pequenas cidades quanto em grandes metrópoles.

Segundo o Banco Mundial, em estimativa datada de 2018<sup>7</sup>, o cidadão português possui uma expectativa de vida de 81,3 anos. Arredondando para baixo, e considerando-se como 81 anos inteiros, tal período corresponde a exatos 29.565 dias de existência. Ao se considerar ainda que em 1/3 desse período se está a dormir, alcança-se o montante de 19.710 dias de vida. É esse, pois, o período médio de vida útil de um cidadão português, no qual deverá se incumbir de exercer as suas atividades existenciais. Nesse ponto, portanto, reside a expectativa de sua finitude.

Já no Brasil, extrai-se da obra de Marcos Dessaune<sup>8</sup>, autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, o cidadão brasileiro possuía uma expectativa de vida de 76,3 anos. Assim, ao se considerar 76 anos inteiros, o indivíduo teria 27.740 dias de existência.

---

<sup>7</sup> BANCO MUNDIAL. *World Development Indicators* [em linha]. 2024 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=2&country=PRT>.

<sup>8</sup> DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3ª edição, revista, modificada e ampliada. Vitória: Ed. do Autor, 2022, p. 170. ISBN: 978-65-00-48444-1.

Logo, deduzindo 1/3 desse período, no qual se está a dormir, tem-se 18.493 dias produtivos, ou seja, acordado. Sendo, portanto, esse o tempo de vida médio do cidadão brasileiro.

Demais disto, e tal vem-se percebendo com maior clareza, hodiernamente, como consequência da própria finitude, o tempo possui um efetivo valor intrínseco para o ser humano, o que demonstra de forma irrefutável se tratar de um bem.

Relembre-se, nesse ponto, as palavras de Sêneca, em passagem da obra *Sobre a brevidade da vida*: “Ninguém te devolverá aquele tempo, ninguém te fará a voltar a ti próprio. Uma vez lançada, a vida segue o seu curso e não o inverterá nem o interromperá, não o elevará, não te avisará de tua velocidade, transcorrerá silenciosamente”<sup>9</sup>. E segue: “Ela não se prolongará por ordem de um poderoso, nem pelo desejo do povo. Correrá tal como foi impulsionada no primeiro dia, nunca sairá de seu curso, nem o retardará.”

Assim, nota-se que o tempo despendido não mais retorna – e, segundo Sêneca, nem pelo desejo do povo.

De forma muito sucinta, o tempo existencial da vida de um ser humano não pode ser reparado, já que não há possibilidade de retorno ao *status quo*, relativo ao tempo despendido anteriormente.

Em outros termos, o ser humano tem a percepção do “antes” e “depois”, não sendo possível o retorno do “antes”, ou seja, do tempo desperdiçado pelo indivíduo. Significa dizer que o tempo é finito, não cabendo a adição ou mesmo a subtração de qualquer fração temporal pelo indivíduo.

Tal assertiva é de tamanha importância, na medida em que um ser humano, efetivamente, não tem a capacidade de reparar ou repor seu tempo de vida utilizado.

### **1.3 A escassez do tempo**

O presente tema ganha em importância quando se percebe que o tempo parece cada vez mais escasso na sociedade contemporânea. Daí decorre a relevância do tema para todos nós, seres humanos.

A observação histórica nos permite afirmar que tal estado de coisas nem sempre foi assim, tudo a indicar ser uma decorrência da sociedade pós-industrial. Na sociedade pré-industrial, o cidadão tinha a percepção de que o tempo tinha valor menor, vez que mais abundante. Na verdade, a substituição do trabalho artesanal, mais livre, pelo trabalho na indústria, apesar de trazer vantagens ao trabalhador, também levou a uma maior preocupação com a organização do seu tempo. A suposta infinitude do tempo,

---

<sup>9</sup> SÊNECA, Lúcio Anneo. *Sobre a brevidade da vida*. Tradução de Lúcia Sá Rabello, Ellen Itanajara Neves Vranas, Gabriel Nocchi Macedo. Porto Alegre: L&PM, 2017 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 158.

melhor dizendo, a abundância do tempo na sociedade pré-industrial, passou a ser transmutada em escassez, visto as diversas tarefas e cobranças que surgiram.

A partir dali, com a venda do tempo do ser humano, bem como de sua força de trabalho, precisou-se ter um maior controle da rotina. Hora para acordar, hora para fazer o desjejum, para levar as crianças à escola, para trabalhar, para estudar, para descansar etc., tudo ao redor do tempo dedicado ao trabalho.

O mundo digital, que, a respeito de trazer diversas facilidades para a nossa vida, notadamente, agravou tal situação, trouxe um paradoxo: parece que, quanto maiores são as facilidades, mais escasso parece ser o tempo útil do ser humano. O indivíduo não precisa mais ir ao banco, pode pedir comida e bebida por aplicativos, manda mensagens imediatas por diversas formas, enfim. Enquanto isso, a *contrario sensu*, diz-se reiteradamente (e sente-se) que não há tempo para nada.

Assim, a sociedade atual pressiona o indivíduo a ser mais rápido e o obriga a ter cada vez mais competências para ser bem-sucedido. Precisa aprender mais línguas, conhecer mais sobre história, política, economia etc. De igual forma, precisa ter maior controle e sapiência sobre a atividade profissional que desempenha. Precisa ainda fazer mais cursos, pós-graduações, mestrados e doutorados.

Desse modo, numa sociedade que demanda tanto do cidadão, o tempo possui um valor especial, sendo impossível de ser mensurado, ou melhor, quantificado.

Consoante uma pesquisa realizada pela *International Stress Management Association* Brasil (Isma-BR), entidade internacional que se dedica à prevenção e ao estudo do estresse, conforme narra o periódico *Estado de Minas*<sup>10</sup>, cerca de 30% dos brasileiros trabalhadores sofrem com o excesso de atividade no dia a dia, o que gera diversos impactos no bem-estar do indivíduo. O estudo da Isma aduz ainda que o Brasil está em segundo lugar nos casos de *burnout* no mundo, figurando o Japão em primeiro lugar do *ranking*, pois 70% de sua população sofre com a síndrome.

É fato notório que, nas cidades grandes, tal situação ganha contornos de dramaticidade, vez que o cidadão perde muitas horas apenas se deslocando de um ponto para o outro. O trânsito nas grandes cidades pode desencadear no ser humano patologias de toda ordem, incluindo, obviamente, as emocionais.

Pode-se afirmar, portanto, que a escassez do tempo na rotina de um cidadão constitui um grande abalo de cunho não só físico, mas, por vezes, também econômico, já que a escassez de tempo – podendo ser denominada de limitação ou finitude – é algo

---

<sup>10</sup> SÍNDROME de Burnout: Brasil é o segundo país com mais casos diagnosticados. *Estado de Minas* [em linha]. 26 de maio de 2023 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/saude-e-bem-viver/2023/05/26/interna\\_bem\\_viver,1498977/sindrome-de-burnout-brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-casos-diagnosticados.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/saude-e-bem-viver/2023/05/26/interna_bem_viver,1498977/sindrome-de-burnout-brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-casos-diagnosticados.shtml).

que não se consegue parar, tampouco reverter, como afirma Marcos Dessaune, em sua obra *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor*<sup>11</sup>.

O autor afirma ainda que: “Essa intangibilidade, ininterrompibilidade e irreversibilidade fazem do tempo um recurso que, diferente dos bens materiais, não se pode acumular nem recuperar durante a vida.”<sup>12</sup>

Marcos Dessaune<sup>13</sup> nos ensina que Willian Stanley Jevons<sup>14</sup>, em sua obra *A teoria da economia política*, em 1871, já aduzia uma reflexão acerca da valoração do tempo, o qual se constituía, para ele, como uma espécie de capital – leia-se, bem valioso.

Pode-se assim concluir, segundo Marcos Dessaune narra em sua obra, que o tempo constitui um bem econômico de extremo valor, visto suas características basilares, tais como limitação, inacumulabilidade e irrecuperabilidade.

Desse modo, percebe-se que o tempo social, que tanto falta ao cidadão em sua vida em sociedade, merece cada vez maior âmbito de proteção por parte do direito.

## 1.4 A proteção jurídica do tempo

Não se olvida que o tempo faz parte do mundo do Direito desde sempre, seja criando, modificando e/ou extinguindo relações jurídicas nas suas mais diversas áreas.

Note-se que, de uma forma geral, conforme relata Marcos Dessaune<sup>15</sup>, há duas perspectivas distintas para conceber o tempo: o tempo físico ou objetivo, que seria o tempo natural, medido pelo relógio; e o tempo pessoal e subjetivo, que seria o tempo de vida do indivíduo.

Assim, conclui o ilustre autor que:

Dito de outra maneira, o tempo total de vida de cada pessoa é um bem finito individual; é o capital pessoal que, por meio de escolhas livres e voluntárias, pode ser convertido em outros bens materiais e imateriais, do qual só se deve dispor por autodeterminação.

De acordo com o exposto, nota-se que há diversas classificações e significados para o tempo *per se*, entretanto, neste estudo, há que se limitar o que de fato interessa ao assunto ora proposto.

Nesse condão, reitere-se que o tempo que importa para este estudo científico é o tempo do indivíduo, ou seja, o tempo subjetivo – de vida, efetivamente.

Iniciando-se o estudo de tutela do tempo pelo Código Civil Português<sup>16</sup>, extrai-se que este traz diversas hipóteses relativas à tutela específica do tempo – por exemplo, no caso da usucapião de imóveis, no artigo 1294<sup>o</sup>, que, dentre outros requisitos, ocorre

---

<sup>11</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 168.

<sup>12</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 168.

<sup>13</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 168.

<sup>14</sup> JEVONS, Willian Stanley. *A teoria da economia política*. Tradução de Claudia Laversveiler de Moraes. 3ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 138 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 168.

<sup>15</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 170.

<sup>16</sup> PORTUGAL. *Código Civil Português* [em linha]. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

quando a posse tiver durado por dez anos, contados desde a data do registro. O direito de propriedade constitui-se assim a partir do transcorrer do tempo.

Aliás, o Livro I, Título II, Subtítulo III, Capítulo III, desse mesmo Codex, traz o sugestivo título de “O tempo e sua repercussão nas relações jurídicas”, e o artigo 309 aduz que “O prazo ordinário da prescrição é de vinte anos”<sup>17</sup>.

De igual modo, temos diversos prazos nos Códigos Processuais, regendo o tempo específico para apresentação de defesa, recursos, e assim por diante, tanto no Direito lusitano como no Direito no Brasil.

Vê-se, pois, como dito, que estamos acostumados com o elemento tempo no âmbito do Direito.

Pontue-se, em especial, quanto às duas teorias que se abordam neste estudo científico, que, tanto para a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, quanto para a Teoria da Perda de uma Chance, relativa à responsabilidade civil, o cerne jurídico analisado envolve o “tempo”.

Vale dizer que, ao mencionar o artigo de Pablo Stolze Gagliano<sup>18</sup> em sua obra, Marcos Dessaune, aduz que Stolze observa que

[...] durante anos, a doutrina, especialmente aquela dedicada ao estudo da responsabilidade civil, não cuidou de perceber a importância do tempo como bem jurídico merecedor de indiscutível tutela. Sucede que, nos últimos anos, este panorama tem se modificado. As exigências da contemporaneidade têm nos defrontado com situações de agressão inequívoca à livre disposição e uso do nosso tempo livre, em favor do interesse econômico ou da mera conveniência negocial de um terceiro. E parece que, finalmente, a doutrina percebeu isso, especialmente no âmbito do Direito do Consumidor.<sup>19</sup>

Nos dias atuais, é fato notório que, para o Direito, objetivamente, o tempo é considerado um fato jurídico em sentido estrito. Já em uma análise subjetiva – leia-se, também, existencial –, o tempo se trata de um bem valioso, na medida em que corresponde ao tempo de vida de cada ser humano.

Logo, sujeitar o indivíduo a perder a chance única daquela fração de seu tempo de vida e/ou oportunidade constitui uma agressão, um verdadeiro castigo, em detrimento de seu bem maior que é a vida, ou seja: a sua existência.

Conforme relata Marcos Dessaune<sup>20</sup>, Aury Lopes Jr.<sup>21</sup> afirma que quem tem a prerrogativa de impor a terceiros seu *modus operandi*, ou seja, sua temporalidade, é quem detém, de fato, o poder em si. O citado autor exemplifica tal assertiva com o longo processo penal, no qual o Estado, por diversas vezes, se apossa ilegalmente do tempo

---

<sup>17</sup> PORTUGAL, Ref. 16.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda do tempo. *Jus Navegandi* [em linha]. Teresina, ano 18, n. 3540, 11/03/2013 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23925> *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 172.

<sup>19</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 172.

<sup>20</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 173.

<sup>21</sup> LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. I. 4ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 173.

de um indivíduo, causando-lhe dores irreparáveis e transformando o infindável decurso do processo na própria pena.

Portanto, o que aqui se pretende destacar é um movimento inicial de tutela do tempo de forma independente, autônoma, de *per si*, a partir da compreensão da sua importância na atualidade. Melhor dizendo, pretende-se aqui dar ênfase a uma atuação tutelar específica do tempo, ainda que incipiente, na doutrina e jurisprudência no Brasil e em Portugal.

Desse modo, sob um novo enfoque, já se percebem decisões em áreas distintas do Direito, atribuindo responsabilidade extrapatrimonial àqueles que causem dano ao tempo existencial do cidadão ao fazê-lo despendar importante tempo vital em atividades fora de seu interesse, por exemplo, ou ainda que o façam perder uma chance em decorrência de uma conduta comissiva ou omissiva do agente causador do dano.

Portanto, no caso do Brasil, chama a atenção o trabalho doutrinário, em matéria de Direito do Consumidor, desenvolvido pelo doutrinador Marcos Dessaune, já espreitado em diversas decisões de tribunais pátrios e, inclusive, objeto de citação na doutrina portuguesa. Importa ainda atentar que, numa aplicação analógica, tribunais trabalhistas e de Fazenda Pública no Brasil, já vêm igualmente aplicando a teoria do citado autor em suas decisões.

Por fim, cabe ressaltar que a tutela do tempo, da mesma forma, guarda relação direta com o instituto da Perda de uma Chance, em matéria de responsabilidade civil, sobretudo em Portugal, uma vez que a sua efetiva perda, implicitamente, significa a própria perda de uma possibilidade intrínseca no espaço/tempo da vida existencial de um ser humano.

Melhor dizendo, o evento danoso causado pelo ofensor traz reflexos de toda ordem na esfera temporal/existencial do ser humano, com repercussão em seu projeto de vida pessoal. Por vezes, constituindo uma evidente perda de uma chance, pois a circunstância do evento danoso, inserida no tempo vital do ofendido, poderá não ser reparada e, assim, o prejuízo estará constituído no dano existencial sofrido pela vítima.

Perder uma suposta chance, dentro da fração de tempo de vida existencial do ser humano, revela, notadamente, a imperiosa necessidade de uma tutela jurisdicional, ou ainda uma prévia proteção legislativa do Estado.

Dessa forma, percebe-se o “tempo”, *per si*, como fator relevante para os dois institutos, o Desvio Produtivo do Consumidor e a Perda de uma Chance, que serão abordados, analisados e comparados neste trabalho científico.

## 2 DO DANO

É fato notório que a sociedade contemporânea, devido a sua complexidade, vem naturalmente exigindo soluções distintas para diversos conflitos apresentados no dia a dia de um indivíduo.

Na maioria das vezes, os conflitos advêm de condutas danosas de um indivíduo perpetradas a outrem, nascendo daí a imperiosa necessidade de uma análise jurídica cuidadosa da questão em concreto, e, sobretudo, da aferição da conduta dolosa ou culposa do agente causador do suposto dano. No entanto, o que seria de fato um dano? Quais os requisitos e conceito para efetivamente caracterizar um dano?

Relembre-se inicialmente que, em uma análise de caso concreto, na área cível, poderá existir responsabilidade sem culpa, entretanto, nunca sem dano, sendo esse um elemento essencial para a aferição de uma futura reparação ao ofendido, nos casos cíveis.

É sabido que, na seara civilista, há a possibilidade de verificação de conduta dolosa ou culposa, entretanto, caso não tenha decorrido um efetivo dano, não haverá que se falar em reparação.

Logo, o requisito dano é pressuposto necessário para a constatação do dever de reparação à vítima, pela conduta ilícita de outrem.

Analisando rapidamente o Direito Penal, verifica-se que, por vezes, a conduta do ofensor, por si só, já constitui um crime, sendo passível de pena. No entanto, na seara cível, poderá haver uma conduta delituosa, mas, não havendo o dano em si, não há que se falar em responsabilização do ofensor, sob pena de incidir em um enriquecimento ilícito da vítima, conforme afirma, em sua obra *Programa de responsabilidade civil*, o autor Sérgio Cavalieri Filho<sup>22</sup>.

Significa dizer que, no caso em concreto, o julgador deve observar se há ou não dano, entenda-se prejuízo, pois, em não havendo concretamente o dano, a indenização constituiria uma pena para o suposto ofensor e enriquecimento sem causa para a suposta vítima.

Seguindo as linhas do doutrinador acima mencionado, Sérgio Cavalieri Filho, para se perquirir uma indenização, ou melhor, uma reparação, entender-se-ia que o fundamento seria o retorno ao *status quo ante*, ou melhor, antes do prejuízo suportado pela vítima. Portanto, se não há prejuízo, por que haveria reparação?

Ademais, a respeito dos elementos necessários para a efetiva responsabilização do agente causador do dano, é impreterível a seguinte verificação no caso concreto: o bem jurídico violado tem que ser tutelado juridicamente; a conduta omissiva ou

---

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição, revista, aumentada e atualizada. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p. 96. ISBN: 85-7420-652-0.

comissiva do ofensor; o evento em si danoso; e a previsão legal para fundamentar a reparação pretendida pela ofendida.

Na verdade, o que ocorre é que, diante da problemática imposta pela modernidade, os legisladores e doutrinadores necessitam buscar diuturnamente fundamentos jurídicos e novas teses, a fim de dirimir, contextualizar, caracterizar e classificar novas demandas que, porventura, apareçam nos costumes da sociedade.

Ensina Marcos Dessaune<sup>23</sup> que a conceituação do dano para diferentes doutrinadores é vista sob perspectivas e nomenclaturas distintas, sendo para alguns uma lesão ao direito, evento danoso ou fato antijurídico. Esmiúça ainda o citado autor que alguns doutrinadores entendem que dano seria a diminuição do patrimônio, um prejuízo decorrente de uma lesão pretérita.

Explica Marcos Dessaune<sup>24</sup> que, em um conceito tradicional, de forma abrangente, como exemplo o de Agostinho Alvim, citado por Carlos Roberto Gonçalves<sup>25</sup>, entender-se-ia como dano qualquer lesão que atingisse um bem jurídico tutelado, e já em sentido estrito, o dano seria a lesão patrimonial do ofendido. Segue o autor em sua obra, Carlos Roberto Gonçalves, que Agostinho Lavim conclui bem o que de fato seria o “dano”, sendo, na verdade, uma interseção entre a efetiva diminuição do patrimônio quantificável e o prejuízo ao bem jurídico não patrimonial, que, de igual forma, merecem a proteção devida.

Notadamente, em que pese existirem diversas nomenclaturas para caracterizar o dano, é pacífico que a ideia de dano diz respeito a um prejuízo – podendo ser inclusive futuro: destruição, inutilização, ou ainda uma deterioração de coisa alheia pelo ofensor.

Com ensina Ivan Horcaio<sup>26</sup>, em *Dicionário Jurídico Referenciado*, a palavra “prejuízo significa”: “1) Dano efetivo que alguém sofreu no seu patrimônio material ou moral. 2) Perda de lucro, certo e positivo, que se deixou de obter”.

Cotejando diversos dicionários, constata-se resumidamente que a palavra “dano” constitui um substantivo masculino, cuja ideia traduz-se na ação ou ato de danificar, causar prejuízo ou estrago a alguém, ocasionando, conseqüentemente, a diminuição, ou mesmo a perda completa da qualidade ou possibilidade de algo que outra pessoa pudesse ter.

O renomado doutrinador Sérgio Cavalieri<sup>27</sup> aduz em sua obra que, anteriormente, o entendimento acerca do dano se restringia a uma lesão que teria acarretado uma diminuição no patrimônio do ofendido. No entanto, na atualidade, o conceito de dano

---

<sup>23</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 105.

<sup>24</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 105.

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: vol. IV, responsabilidade civil*. 4ª edição, revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 105.

<sup>26</sup> HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Primeira Impressão, 2007. ISBN: 978-85-88867-18-5.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Ref. 22, p. 71.

superou a visão rígida anterior, passando a ser observado que a lesão poderá advir de qualquer seara, melhor dizendo, de qualquer natureza, desde que tenha atingido o bem jurídico tutelado, podendo ser quantitativo – mensurável patrimonialmente –, ou mesmo bens ligados à personalidade jurídica do ofendido.

De forma didática, explica Marcos Dessaune<sup>28</sup> que, segundo Antônio Junqueira de Azevedo<sup>29</sup>, para a verificação do dano, seria necessário observar dois momentos distintos, quais sejam, o dano-evento e o dano-prejuízo.

Notadamente, para o citado autor, dever-se-ia analisar o caso em concreto de forma pontual, ou seja, em dois momentos. O primeiro se deteria à análise do evento em si e, posteriormente, qual a consequência advinda desse evento, que seria o prejuízo ocasionado pelo agente causador do dano à vítima.

Pontue-se que, para Junqueira de Azevedo, não se trata de dois momentos distintos, mas sim um unitário, sendo uma espécie de dano imediato – dano-evento – e mediato – dano-prejuízo.

Extrai-se das palavras de Mulholland<sup>30</sup>, segundo afirma Marcos Dessaune<sup>31</sup>, que o posicionamento do doutrinador se assemelha ao anterior de Junqueira de Azevedo, pois, para aquele, haveria uma espécie de análise bipartida, qual seja, a primeira sendo a efetiva lesão a um interesse inicial da vítima, podendo ser de cunho patrimonial ou não. Já a segunda seria a consequência jurídica advinda da conduta comissiva ou omissiva do agente ofensor. Melhor dizendo, a primeira análise é o acontecimento tutelado pelo Direito, já a segunda é a consequência jurídica, de igual forma, tutelada pelo Direito.

Portanto, em uma análise prévia, pode-se aferir que, para a caracterização de um dano, há a necessidade de um evento antijurídico prévio que resulte em um prejuízo.

Para Amaro Alves de Almeida<sup>32</sup>, segundo Marcos Dessaune<sup>33</sup>, o dano estaria na diminuição da satisfação de uma necessidade do ofendido, e não necessariamente na lesão em si.

Ressalte-se que o bem jurídico poderá ser material ou imaterial, melhor dizendo, patrimonial ou extrapatrimonial, desde que tutelado pelo Direito.

---

<sup>28</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 106.

<sup>29</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Cadastros de restrição de crédito. Conceito de dano moral. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 106.

<sup>30</sup> MULHOLLAND, Caitlins. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 25 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 106.

<sup>31</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 106.

<sup>32</sup> ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais* [em linha]. São Paulo, v. 6, n. 24, out.-dez. 2005 [Consult. 3 mar. 2024]. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_consumidor](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor) *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 107.

<sup>33</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 107.

Com base no que foi acima dito, há diversas formas de dano, de qualquer natureza, inclusive.

Há inúmeras hipóteses de dano admitidas em Direito, tanto no Brasil como em Portugal, como exemplos: dano contratual, dano direto, dano culposo, dano infeto, dano negativo, dano pessoal, dano remoto, dano potencial, dano judicial, dano real, dano efetivo, dano emergente, dano estético, dano fortuito, dano iminente, dano material, dano moral, dano material, dano patrimonial, dano existencial, dentre outros.

Portanto, encontram-se diversas classificações de dano, tanto na doutrina lusitana quanto na brasileira.

No entanto, a proposta desta pesquisa não é adentrar profundamente nos diversos conceitos de dano, utilizados pelo Direito e afins, mas em especial no dano ligado à matéria ora estudada, qual seja, o dano extrapatrimonial.

## 2.1 Dano extrapatrimonial

Como anunciado outrora, o conceito de dano subdivide-se em diversas vertentes e classificações.

O dano, de uma forma geral, trata-se de um pressuposto inafastável tanto para a caracterização da responsabilidade civil, quanto para a seara do Direito do consumidor, cujo fim para a vítima é pleitear uma indenização judicial.

A presente abordagem, relativa ao tema em comento, será adstrita ao dano extrapatrimonial, entretanto, discorrer-se-á em breves parágrafos sobre questões inerentes ao dano patrimonial.

Feitas tais observações, em primeiro lugar, como ensina o professor Sílvio de Salvo Venosa<sup>34</sup>, em sua obra *Direito Civil*, os romanos efetivaram a divisão dos bens de acordo com as *Institutas* de Justiniano, fundamentalmente, em duas categorias, sendo coisas *in patrimonio* e coisas *extra patrimonium*.

Neste sentido, ensina António Menezes Cordeiro<sup>35</sup>, citado por Maria Malta Fernandes em sua obra, que os danos patrimoniais poderão ser compensados à vítima de forma direta ou indireta, enquanto, nos danos não patrimoniais, a reparação se dará pela condenação do ofensor por quantia pecuniária. Esclarece a citada autora que o mesmo ato danoso poderá produzir simultaneamente danos de cunho patrimonial e não patrimonial.

---

<sup>34</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003, p. 305. ISBN: 85-224-2710-0.

<sup>35</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – volume VIII – Direito das Obrigações*. Reimpressão da edição de 2010, Almedina: 2017, p. 513. Apud FERNANDES, Maria Malta. *A perda de chance no Direito Português* [em linha]. Tese de doutoramento. Universidade de Vigo, 2021, p. 123 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: [https://www.investigao.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/2375/MaltaFernandes\\_Maria\\_TD\\_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.investigao.biblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/2375/MaltaFernandes_Maria_TD_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Quanto aos danos de cunho patrimonial, importante dizer que os bens que estão no patrimônio de um indivíduo pertencem ao compêndio de propriedade privada deste.

Em outros termos, os bens patrimoniais são suscetíveis de avaliação econômica e se subdividem em direitos reais, obrigacionais, pessoais ou de crédito, conforme ensina o professor José Acir Lessa Giordani<sup>36</sup>.

Conforme leciona o doutrinador Ivan Horcaio, em sua obra *Dicionário jurídico referenciado*, o dano patrimonial significa “Prejuízo decorrente da infração penal, com repercussão no patrimônio. Compreende os prejuízos emergentes e os lucros cessantes. A sanção ao ressarcimento é tipicamente civil, todavia se reflete também no Direito Penal”<sup>37</sup>.

Logo, o dano patrimonial representa um prejuízo na expressão econômica daquela pessoa, que sofreu pela conduta ou omissão do agente ofensor.

Por outro lado, o conceito doutrinário de dano extrapatrimonial decorre da violação de algo que não integra efetivamente o acervo econômico, leia-se, patrimônio da vítima.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, “Há duas classes de coisas *extra patrimonium*: uma diz respeito às coisas de direito humano (*res humani iuris*). Outra diz respeito às coisas de direito divino (*res divini iuris*)”<sup>38</sup>.

Dessa forma, o dano extrapatrimonial retrata uma espécie de sofrimento psíquico, uma espécie de ofensa sofrida pela vítima em decorrência de um abalo em sua dignidade, honra ou decoro.

Destarte, o dano sofrido pela vítima diz respeito a um dano diretamente ligado aos direitos da personalidade, o que significa dizer que a conduta do ofensor atingiu a condição humana do indivíduo, na medida em que maculou atributos psíquicos e morais da vítima.

Essa espécie de dano não tem cunho direto com a parte econômica da vítima, que sucumbiu efetivamente ao dano, mas sim uma ligação direta com o dano aos direitos pessoais e imateriais da vítima.

Na verdade, a raiz do dano extrapatrimonial advém de conceitos morais, éticos e filosóficos, de forma que se sobrepõe ao valor econômico em si.

Em regra, o dano extrapatrimonial revela-se, ou melhor, constata-se pela subjetividade intrínseca da violação sofrida e traz consequências imateriais à personalidade humana do indivíduo.

Nesse enfoque, constata-se que, tanto no Brasil quanto em Portugal, um dos principais danos ao direito da personalidade de um ser humano diz respeito à violação

---

<sup>36</sup> GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso básico de Direito Civil - parte geral*. 2ª edição. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2003, p. 5. ISBN: 85-7387-194-6.

<sup>37</sup> HORCAIO, Ref. 26.

<sup>38</sup> VENOSA, Ref. 34, p. 305.

da honra, da imagem, do nome, da dignidade, da integridade psíquica e moral, dentre outros aspectos.

Desse modo, apenas para ilustrar, os direitos não patrimoniais lesados podem ser, por exemplo, a violação do direito à dignidade, à vida, à liberdade, à existência, à intimidade, à honra e à cidadania, conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho<sup>39</sup>.

Não é demasiado registrar, reiteradamente, que o dano extrapatrimonial não está relacionado ao dano de cunho econômico, mercantil, mas sim à natureza humana do indivíduo, que se viu maculado ou violado em decorrência de uma conduta de outrem.

Nessa toada, a configuração do dano extrapatrimonial sofrido pela vítima decorre, basicamente, da análise de três elementos, quais sejam: a conduta omissiva ou comissiva de terceiro; o dano em si; e o nexo causal entre a conduta e o próprio dano.

A análise pelo julgador do caso em concreto, a aferição, a fim de que se configure o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima, sem dúvida, é deveras complexa, pois tem cunho absolutamente subjetivo.

Como dito acima, o dano extrapatrimonial se refere, em regra, à lesão aos direitos da personalidade, sendo a personalidade, essencialmente, não um direito, mas o conceito básico que apoia o direito, já que incide sobre bens incorpóreos e imateriais, sendo, fundamentalmente, relativo aos direitos à vida, à existência, à liberdade, à privacidade, à expressão do pensamento, ao próprio corpo, como acentua o professor Sílvio de Salvo Venosa<sup>40</sup>, afirmando ainda que esses direitos se relacionam efetivamente com o direito natural.

Vale dizer que não é exaustiva a enumeração legal ou doutrinária dos direitos extrapatrimoniais sujeitos a lesão, mas sim um rol meramente exemplificativo, na medida em que a sociedade evolutiva vem criando situações múltiplas, com uma variada gama de hipóteses danosas e direitos extrapatrimoniais que merecem a proteção do Estado.

É fato notório que há ordenamentos jurídicos que inclusive qualificam, em alguns casos, a possibilidade de o dano extrapatrimonial ser *in re ipsa*, uma vez que o ato em si, praticado ilicitamente, já é conclusivo para a configuração de um dano extrapatrimonial sofrido pela vítima.

No contexto da jurisprudência brasileira, acobertada pela doutrina pátria, normalmente, a configuração do dano extrapatrimonial *in re ipsa* se dá em casos relativos ao dano moral e a suas consequências sofridas pela vítima.

---

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO, Ref. 22, p. 101.

<sup>40</sup> VENOSA, Ref. 34, p. 150.

Compreende-se o dano moral *in re ipsa*, um termo jurídico que significa que, desde logo, há presunção de um dano evidente, melhor dizendo, um dano praticado, comissivo ou omissivo, em si, já configura a própria lesão a outrem.

A simples natureza da conduta ilícita praticada, por si só, já configuraria o dano, sem sequer haver a necessidade de comprovação pela vítima de um possível sofrimento de qualquer ordem, ou mesmo a violação de seus direitos da personalidade.

Em síntese, quanto ao dano moral *in re ipsa*, pode-se afirmar que o indivíduo que sofreu o dano estaria liberado da prova acerca da violação que sofreu, diante da conduta comissiva ou omissiva do terceiro que praticou o ato.

Uma difícil tarefa para o Poder Judiciário, tanto no Brasil quanto em Portugal, diz respeito à quantificação pecuniária relativa a uma condenação, em decorrência do dano extrapatrimonial sofrido por um indivíduo, tendo em vista sua natureza imaterial, portanto, completamente subjetiva, impondo assim uma árdua análise para o julgador.

A difícil tarefa para o julgador se dá na medida em que ele deverá aferir, naquele caso em concreto específico, com as peculiaridades das pessoas envolvidas, muitas vezes socialmente distintas, qual seria um valor pecuniário suficiente para reparar a violação sofrida em decorrência da angústia, humilhação ou constrangimento sofridos pela vítima.

Em outros termos, o valor a ser fixado em uma condenação deverá levar em consideração diversos fatos, sobretudo a intensidade da dor causada à vítima, o poder econômico do terceiro causador do dano, e o caráter punitivo e pedagógico da condenação em si.

Portanto, não é demasiado registrar que o dano seria a consequência de um fato antijurídico, ou seja, legítimo e tutelado pelo Direito.

Nesse enfoque, conclui-se que o dano-evento constitui o fato antijurídico em si, a conduta comissiva ou omissiva do agente ofensor, e o dano-resultado trata-se do prejuízo que a vítima amargou, podendo ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. E, em sendo um dano extrapatrimonial, o prejuízo pode violar, por exemplo, os direitos da personalidade, ou seja, influenciando diretamente o “sentir” da vítima, ou mesmo trazendo consequências que limitem ou extingam uma possibilidade da vítima, obrigando-a “a fazer” ou “não fazer” algo que inicialmente planejava, dentro de sua temporalidade de vida.

Essa difícil análise, relativa à matéria em comento, se dá em todos os ordenamentos jurídicos, uma vez que a aferição subjetiva de um dano, praticado por terceiro à vítima, constitui para o julgador, repita-se, independentemente de sua nacionalidade, uma das mais difíceis tarefas, já que precisará adentrar no âmago e na história individual da vítima e do ofensor.

## 2.1.1 Categorias do dano extrapatrimonial

### 2.1.1.1 Do dano moral

A respeito das diversas categorias de dano extrapatrimonial, o dano moral no Brasil e em Portugal é o mais reconhecido e abordado pela jurisprudência e doutrina.

Nesse ponto, relativo ao dano moral, conceitualmente, observa-se que, para sua configuração no caso concreto, é imperioso que o evento danoso tenha afetado a esfera íntima da vítima, produzindo dores emocionais, tais como tristeza, humilhação e vergonha.

Em outros termos, a particularização do dano extrapatrimonial de cunho moral impõe que a conduta dolosa ou culposa tenha se dado de modo a atingir o “sentir” da vítima, na medida em que o fato antijurídico tenha alterado de forma negativa o ânimo do ofendido.

Motivo pelo qual se afirma que o dano moral se trata de um dano anímico, que significa dizer que a lesão ocasionou uma dor psicológica, um efetivo dano anímico, na alma, na parte imaterial do ser humano.

Segundo Flávio Tartuce<sup>41</sup>, em uma perspectiva mais atualizada, conforme cita Marcos Dessaune em sua obra, doutrinariamente, há duas correntes acerca do conceito de dano moral, sendo a primeira ligada à lesão do direito da personalidade de um cidadão, e a outra ligada a uma espécie de cláusula geral de tutela.

De forma muito sucinta, a primeira corrente afirma que o instituto do dano moral decorre de uma violação aos direitos da personalidade de um indivíduo, tais como à liberdade, à opção religiosa, ao gênero, à intimidade, à honra, ao bom nome, dentre outros. Filiando-se a essa corrente está o doutrinador Anderson Schreiber<sup>42</sup>, conforme cita Marcos Dessaune, em sua obra *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor*. Nesse mesmo sentido, segue o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves<sup>43</sup>, citado por Marcos Dessaune.

Como já anunciado, a segunda corrente aduz que a lesão se daria de forma mais ampla, em situações gerais e existenciais, ligadas à pessoa, ainda que não prevista na legislação. A essa corrente se integra Wesley Louzada Bernardo<sup>44</sup>, que se socorre dos ensinamentos de Pietro Perlingieri<sup>45</sup>, ao explicar que o suposto direito da personalidade não está adstrito às normas taxativas inseridas em uma lei, mas sim às diversas

---

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 431 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, pp. 130-131.

<sup>42</sup> SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 16-17 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 131.

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações: parte geral. 6ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 359 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, pp. 130-131.

<sup>44</sup> BERNARDO, Wesley de O. Louzada. Dano moral: critérios de fixação de valor. Biblioteca de teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Prefácio, pp. 31, 33, 36 e 77 *passim apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 131.

<sup>45</sup> PELEGRINI, Pietro *apud* BERNARDO, 2005, p. 31 *apud* DESSAUNE, 2022, p. 131.

situações, no curso da existência de um ser humano, sendo assim, o dano moral não estaria limitado a uma previsão legal.

Melhor dizendo, para os integrantes da segunda corrente, a personalidade não estaria imiscuída a um simples direito, mas sim a um verdadeiro compêndio de valores fundamentais, necessitando de constantes análises para uma eficaz prestação jurisdicional.

Nessa esteira, Cavalieri Filho<sup>46</sup> passou a conceituar o instituto do dano moral não apenas tendo a imperiosidade de o ser humano vítima “sentir”, mas havendo a possibilidade de o lesionado ter sua dignidade ofendida sem a presença da dor em si, e vice-versa, conforme relata Marcos Dessaune.

Em 17/03/2015, o Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, em julgamento unânime, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, prolatou a decisão que acolhia as duas teses relativas à conceitualização do dano moral, desprendendo-se do entendimento de que haveria a necessidade intrínseca de a vítima sofrer conseqüências emocionais para a caracterização do instituto. Recurso Especial 1.245.550/MG<sup>47</sup>, *in verbis*, parte da Ementa:

2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.
3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.
4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua conseqüência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.
5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

Em que pese a decisão acima colacionada, tanto no Brasil como em Portugal, percebe-se que muitos operadores de Direito ainda fazem confusão acerca da questão conceitual e aplicação do instituto.

De forma mais abrangente, a jurisprudência no Brasil vincula o instituto do dano moral a um dano anímico, ou seja, ao “sentir” da vítima, pois, em decorrência da lesão do ofensor, teve seu ânimo alterado.

Fato é que, para a constatação do dano moral sofrido por um indivíduo, o julgador deverá analisar, no caso concreto, se a conduta comissiva ou omissiva de terceiro perpetrado à suposta vítima de fato ultrapassou o aceitável no cotidiano, ou seja, se

---

<sup>46</sup> CAVALIERI FILHO, Ref. 22, pp. 80 e 83 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 132.

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp* 1.245.550/MG, *j.* 17-03-2015, *v.u.* [em linha]. Quarta Turma, rel. Min. Luís Felipe Salomão [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46521489&num\\_registro=201100391454&data=20150416&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46521489&num_registro=201100391454&data=20150416&tipo=5&formato=PDF) *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 133.

extrapolou a normalidade esperada pelo indivíduo comum, causando-lhe, conseqüentemente, desequilíbrio psíquico e moral em seu âmago.

É uníssono no Brasil e em Portugal que a condenação à reparação por um dano moral violado, na verdade, serve como uma espécie de reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, tendo como fim específico uma forma de reparação à violação dos direitos da personalidade da vítima, que sucumbiu, ou melhor, sofreu uma dor em decorrência da conduta de terceiro. Salientando-se que essa dor pode ser ligada à honra, ao nome, à imagem, à existência etc.

Assim, conclui-se que a principal função da efetiva condenação nos casos concretos em dano moral, melhor dizendo, a condenação a uma reparação pecuniária decorrente de um dano moral sofrido pela vítima revela a imperiosa proteção à dignidade da pessoa humana, visando, sobretudo, à proteção pessoal e íntima do indivíduo.

Além disso, vale lembrar que, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>48</sup>, constata-se que a violação a um direito fundamental enseja a reparação ao dano moral, sendo, inclusive, matéria relativa à cláusula pétrea, conforme estabelece o artigo 60º, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Magna, com eficácia imediata, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei Maior.

De igual modo, no Brasil, o Código de Direito do Consumidor<sup>49</sup>, em seu artigo 6º, inciso VI, regulamenta acerca do direito básico do consumidor à prevenção e reparação dos danos morais.

Note-se desde já que, no Brasil, a legislação vem salvaguardando as relações de consumo, no sentido de proteger o consumidor vulnerável dos danos morais que porventura venha o fornecedor a violar.

De uma forma mais abrangente, as condenações relativas a uma reparação adotam tradicionalmente a rubrica “dano moral”, dentre outras espécies de danos extrapatrimoniais.

De forma pacífica, a jurisprudência brasileira já aceitou que o dano estético, por exemplo, é perfeitamente cumulável com o dano moral, inclusive um sendo independente do outro.

No entanto, a passos curtos, vem a jurisprudência caminhando de forma a pacificar o entendimento de que demais espécies de dano extrapatrimonial são autônomos, o que significa dizer que cada um poderia existir sem a presença do outro, ou ainda, serem cumuláveis em um determinado caso concreto.

---

<sup>48</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 [em linha]. Brasília-DF: 1988 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

<sup>49</sup> BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990* [em linha]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

A questão relevante para o estudo científico cinge-se em aferir se o ato lesivo em detrimento do projeto de vida de um indivíduo estaria intrinsecamente vinculado apenas ao dano moral.

### **2.1.1.2 Dano existencial**

Sabe-se que, em sentido amplo, a proteção do dano extrapatrimonial alcança tanto a hipótese de dano moral, quanto outros danos de análise subjetiva, como o dano existencial, por exemplo, o que amplia, conseqüentemente, a tutela de proteção ao indivíduo.

Na hipótese relativa ao dano existencial, há que se salientar que se trata de um dano que fere pontualmente a existência vital da vítima, o que significa dizer que o dano existencial, também conhecido como dano vital, lesiona características imperiosas à vida humana, bem como as que dela decorrem.

Na verdade, em que pese não ser recente a abordagem mundial relativa ao dano existencial sofrido por uma suposta vítima, há grande debate jurídico acerca do tema, tanto na doutrina como na jurisprudência mundial.

Normalmente, a caracterização de um dano existencial violado, nos casos em concreto, decorre da impossibilidade de a vítima realizar seu projeto de vida, em virtude de um ato ilícito de terceiro, que praticou uma conduta comissiva ou omissiva.

Em outros termos, seria uma espécie de óbice ou lesão praticada por terceiro ao projeto de vida de um indivíduo-vítima, impedindo-o de concretizar sua pretensão inicial, que poderia se dar na esfera pessoal, profissional ou até social.

Melhor dizendo, o indivíduo tinha uma intenção prévia de projeto de vida e, por uma conduta ilícita e reprovável de terceiro, foi impedido de dar continuidade a sua pretensão original.

Normalmente, verifica-se a presença do dano existencial em questões atinentes à responsabilidade civil, quando, em decorrência de uma conduta comissiva ou omissiva, a vítima poderá perder uma grande chance em sua existência.

Perceba-se que, diferente do dano moral, não se trata de um sofrimento específico da vítima, restrito a uma ofensa de sua honra ou a um sofrimento psíquico, mas sim da real impossibilidade na realização de algo esperado ou mais bem intencionado originalmente pela vítima, no curso de sua vida.

Em sua obra, Marcos Dessaune cita Flaviana Rampazzo Soares<sup>50</sup>, que, em seu livro *Responsabilidade civil por dano existência*, informa que o instituto, na verdade, originou-se na Itália, graças aos estudos acerca do “dano à vida de relação” e do “dano biológico”.

---

<sup>50</sup> SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 42-46 *passim apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 136.

De acordo com a autora acima citada por Marcos Dessaune, nos anos de 1990, a jurisprudência e a doutrina iniciaram um estudo acerca da real abrangência, transitória ou permanente, do dano biológico à vítima advindo de uma ofensa.

Exatamente, a partir desse ano, evoluíram-se as pesquisas acerca do dano à existência, nascendo assim uma nova visão para as questões atinentes à responsabilidade civil, sob a nomenclatura de dano existencial.

A evolução da pesquisa teve como norte questões remuneradas ou não, bem como questões diversas, sobretudo as ligadas aos interesses particulares da vítima, estudo, familiares, lazer, social, dentre outros.

Segundo Flaviana Rapazzo Soares:

o dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.<sup>51</sup>

Seguindo o que afirma a autora, citada por Marcos Dessaune, em decorrência da conduta danosa, a vítima passaria a ter que alterar sua forma de agir ou mesmo se abster de fazê-la, trazendo reflexos para sua existência. Melhor dizendo, para seu tempo vital, que, como vimos no capítulo anterior, é finito e irreparável.

O que significa dizer, conforme resume Marcos Dessaune, que, para a citada autora, o dano sofrido pela vítima, que traz consequências às atividades de sua rotina, sendo de qualquer vertente, acarreta uma espécie de renúncia involuntária, podendo afetar, inclusive, o desenvolvimento pessoal da vítima ofendida.

Nessa mesma linha, para Amaro Alves de Almeida Neto<sup>52</sup>, citado por Marcos Dessaune, o dano existencial seria uma evolução conceitual do dano à vida de relação, iniciado na Itália.

Demais disso, na obra do citado autor, Almeida Neto<sup>53</sup> aponta o conceito de dano existencial na perspectiva de vários autores italianos, que ora se pede vênia para citar:

Maria Rita Trazzi – “uma autônoma categoria de danos não patrimoniais, atinente às repercussões pessoais e existenciais de qualquer espécie de ilícito, uma modificação negativa do modo por meio do qual o indivíduo desenvolve sua própria personalidade”; Paolo Cendon e Patrizia Zivill – “as atividades realizadoras da pessoa humana (comprometidas mais ou menos definitivamente); os transtornos da agenda cotidiana, um relacionamento diferente com o tempo e com o espaço, a renúncia forçada a – muitas ou poucas – ocasiões felizes. O pioramento de qualidade da vida”; Daniela Lugli – “o comprometimento de uma das múltiplas expressões da personalidade humana, não necessariamente conexo ao bem da saúde, nem ligado a um prejuízo econômico ou a um dano patrimonial”; Giuseppe Cassano – “qualquer dano que o indivíduo venha a sofrer nas suas atividades realizadoras. O dano existencial, em boa substância, nada mais é do que a lesão de qualquer interesse juridicamente relevante para a pessoa, ressarcível nas suas consequências não patrimoniais”; Gabriele Positano – “um prejuízo não econômico (prescinde de um rendimento do ofendido), não patrimonial (não tem por objeto a lesão a bens ou interesses patrimoniais) de tendência *omnicomprensiva*, porquanto qualquer privação, qualquer lesão de atividades existenciais do ofendido pode dar lugar ao ressarcimento”.

<sup>51</sup> SOARES, Ref. 50, pp. 42-46 *passim apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 137.

<sup>52</sup> ALMEIDA NETO, Ref. 32 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 137.

<sup>53</sup> ALMEIDA NETO, Ref. 32 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 138.

Nessa toada, resumidamente, define Almeida Neto que dano existencial seria qualquer lesão a um direito fundamental da vítima, inclusive protegido pela Constituição da República Federativa do Brasil, que trouxesse alguma modificação danosa à existência do ofendido, de forma a refletir diretamente em seu projeto de vida pessoal, de cunho econômico ou não.

Considerando os conceitos dos autores acima apontados, relativos às definições de danos existenciais, pode-se concluir, preliminarmente, que o sujeito que sucumbiu a um dano-evento causado por um terceiro ofensor, que lhe trouxe consequências danosas – aqui denominadas dano-resultado ou dano-prejuízo -, compelindo-o a alterar ou mesmo deixar de, efetivamente, fazer o que havia planejado, melhor dizendo, que resultou na modificação forçada de seu projeto de vida, enquadra-se perfeitamente no conceito de dano existencial.

Ademais, note-se que a consequência do fato danoso repercutiu na esfera vital do ser humano, no caso ora vítima, na medida em que atingiu sua vida, seu tempo vital, ou melhor, uma possibilidade inserida dentro do espaço-tempo da pessoa humana foi efetivamente exterminada pela lesão desferida pelo ofensor.

Em 31 de janeiro de 1996, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)<sup>54</sup>, de forma inédita, ratificando o que foi dito no parágrafo anterior, reconheceu a responsabilidade do Peru no caso de María Elena Loayza Tamayo, casada, professora universitária, que foi alvo da prisão política do então presidente Alberto Fujimori, sendo vítima de torturas, tratamentos desumanos, estupro e privação de acesso à família.

A sentença foi procedente, sob a alegação de que a vítima perdeu seu trabalho e foi compelida, após sua soltura, a viver refugiada no Chile, caracterizando assim o dano ao projeto de vida da peruana.

Restou consignado na citada sentença que o “projeto de vida” forçosamente alterado constitui uma redução de liberdade, já que a vítima deixou de alcançar seu objetivo inicial em decorrência de uma conduta danosa em seu desfavor, que lhe impôs uma mudança arbitrária em seu projeto de vida.

Em que pese constar na sentença a condenação por dano ao projeto de vida da vítima, a Corte deixou de fixar especificadamente a reparação para esse dano. De sorte que o Juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo, em seu voto – seguido por outros juízes –, afirmou que o caso não se resumia a uma reparação moral à vítima da lesão, relativa à medida antidemocrática do governo, mas, sobretudo, às consequências relativas à

---

<sup>54</sup> CIDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos]. *Caso Loayza Tamayo v. Peru* [em linha], p. 39 [Consult. 7 dez. 2020]. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_25\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_25_esp.pdf) *apud* HATOUM, Nida Saleh e COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil. *Civilistica.com* [em linha]. a. 11, n. 3, 2022, pp. 1-19. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/701/679>.

mudança injusta do projeto de vida da ofendida, que, obviamente, prolongar-se-ão por um período superior ao tempo do efetivo evento danoso.

O citado juiz aduziu ainda, em seu voto, a necessária análise de caso a caso, pois não são quaisquer mudanças no projeto de vida de uma suposta vítima que, efetivamente, induzem a uma condenação por danos existenciais.

Posteriormente, a CIDH teve a oportunidade de enfrentar outros casos, cujas fundamentações para a condenação se deram, especificadamente, à lesão por danos ao projeto de vida.

Assim, há que se pontuar que a autodeterminação da vida de um indivíduo retrata a sua liberdade, sem interferências de terceiros, representando fielmente a expressão da dignidade de um ser humano, na medida em que a liberdade de escolha, efetivamente, representa a concretude máxima da autonomia de vontade de um indivíduo.

Portanto, dada a importância da vida – que é finita –, a possibilidade usurpada pelo agente causador do dano poderá trazer reflexos irreparáveis à vítima, como quando, por exemplo, um consumidor precisa resolver um problema de consumo causado pelo fornecedor e, como consequência, tem que alterar sua atividade habitual, leia-se existencial, para resolver o problema – Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor –, ou mesmo, quando a vítima sucumbiu a uma conduta danosa que lhe foi perpetrada pelo ofensor, o que lhe acarretou a perda de uma importante probabilidade de materialização de seu projeto de vida – Teoria da Perda de uma Chance.

Nesse contexto, deve-se notar que o arcabouço jurídico, tanto no Brasil quanto em Portugal, já apresenta as bases para a aferição do direito de escolha nas questões relativas aos negócios, entretanto, a análise das questões subjetivas de cunho existencial é recente para a doutrina de ambos os países, já que ligadas à despatrimonialização do direito privado, conforme afirma Thamis Dalsenter Viveiros de Castro<sup>55</sup>, citada no artigo científico de Nida Saleh Hatoum e Maici Barboza dos Santos Colombo<sup>56</sup>.

O dano existencial, dada a sua importância, deve ser aferido pelo julgador de forma presumida (*in re ipsa*), conforme entende Marcos Dessaune em sua obra *Teoria Ampliada do Desvio Produtivo do Consumidor, do Cidadão-Usuário e do Empregado*<sup>57</sup>.

Na verdade, entende o citado autor que o dano existencial deveria ser presumido de forma *in re ipsa*, com fulcro sobretudo no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>58</sup>, que proclama: “Todos são iguais perante a lei, sem

---

<sup>55</sup> CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Bons costumes no direito civil brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017, p. 62. *apud* HATOUM e COLOMBO, Ref. 54.

<sup>56</sup> HATOUM e COLOMBO, Ref. 54.

<sup>57</sup> DESSAUNE, Ref. 8.

<sup>58</sup> BRASIL, Ref. 48.

distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Assim, nos casos das relações de consumo, como exemplo, o dano moral se revela pela ocorrência de um dano na esfera íntima da vítima – que teve seu sentir maculado –, hábil assim de impor ao fornecedor a responsabilidade pelo eventual dano causado ao consumidor, não demandando, como dito acima, sua comprovação fática, pois intrinsecamente a dignidade da pessoa humana já é presumida, não havendo sequer a necessidade, segundo Marcos Dessaune, de uma análise subjetiva e detida pelo julgador, no caso em concreto.

De forma concomitante, percebe-se que o dano existencial, por alguns chamado de dano vital, também advém da proteção à tutela da dignidade humana, com *status* constitucional, inclusive.

Note-se, portanto, que a distinção de ambos os danos se dá, basicamente, na análise do bem jurídico tutelado, ou seja, na verificação, no caso concreto, do real ponto atingido e violado da vítima pelo agente ofensor.

Por vezes, uma condenação ao bem jurídico tutelado e violado, por uma lesão de terceiro, não se esgota em uma reparação restrita ao dano moral, sendo necessária outra indenização para reparar, com base na liberdade de escolha ou um projeto de vida usurpado pelo ofensor.

Dessa forma, há hipóteses em que a cumulação de vários danos extrapatrimoniais é imperiosa, na medida em que a natureza da lesão perpassa apenas uma única seara subjetiva.

Dito isso, há que se notar que o ponto de intercessão entre as Teorias do Desvio Produtivo do Consumidor e da Perda de uma Chance revela-se pela análise dos conceitos relativos ao dano existencial.

Melhor dizendo, a lesão praticada pelo ofensor que reverberou em um dano de cunho existencial para a vítima, desde que verificada a séria chance perdida por esta, que poderá ser relativa ao tempo despendido de uma consumidora ou mesmo à probabilidade de uma expectativa real de um plano de vida na existência da ofendida, poderá acarretar a condenação a uma reparação pecuniária daquele.

Traduz-se, nesse ponto, para o presente estudo científico, uma importante convergência de institutos, na medida em que decorrem da perda de uma possibilidade vital, ou melhor, a perda real de um projeto de vida, inserida na finitude do tempo de vida de um ser humano.

## 3 TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

### 3.1 Origem e conceito da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor

No mundo contemporâneo, diante do afã dos indivíduos na execução de tarefas múltiplas nas 24 horas de um dia, o ser humano vem sofrendo cada vez mais com a escassez de tempo, o que lhe traz diversas consequências de cunho emocional e fisiológico.

Há de se notar que a população mundial, em decorrência da escassez de tempo e da quantidade de tarefas a serem realizadas diariamente, vem sucumbindo às patologias psicológicas de toda a espécie, que deságuam, inclusive, em patologias físicas, ou seja, com alcance no seu corpo físico.

Em face dessa nova realidade humana, muitas vezes questões inerentes à vida de um indivíduo vêm sendo alteradas, inclusive relativas à proteção jurídica.

É fato notório, já de longa data, que as relações consumeristas no Brasil necessitam de uma tutela jurisdicional mais eficaz no que concerne aos anseios do consumidor, que se vê diariamente à mercê dos poderosos fornecedores. Haja vista que, reiteradamente, os fornecedores, entenda-se também todos os integrantes da cadeia de consumo, impõem aos consumidores procedimentos infundáveis para a resolução de problemas decorrentes de vícios ou defeitos, advindos muitas vezes da má prestação do serviço ou de um produto.

Marcos Dessaune<sup>59</sup>, autor da própria teoria e da obra *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor*, percebeu o equivocado enfrentamento da referida questão nas diversas decisões dos tribunais de justiça do Brasil.

Percebeu, em especial, a efetiva perda do tempo do consumidor na resolução de problemas com o serviço ou o produto, muitas vezes criados pelos próprios fornecedores.

Diante do que se apresentava faticamente nas decisões dos tribunais brasileiros, Marcos Dessaune<sup>60</sup>, por ser um dedicado estudioso, graduado em Direito e diplomado em *Business* nos EUA, aperfeiçoado em Qualidade de Atendimento pela *Disney University* (EUA) e pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ), treinado em Resolução de Conflitos pelo Ombudsman Federal da Bélgica e pelo Provedor de Justiça de Portugal, membro e colaborador do Instituto Brasilcon, advogado, consultor, parecerista,

---

<sup>59</sup> DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2ª edição. Editora especial do autor, 2017.

<sup>60</sup> DESSAUNE, Marcos. *Site oficial* [em linha]. [s.d.]. [Consult. 10 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.marcosdessaune.com.br/>.

palestrante, e autor do *Código de Atendimento ao Consumidor (CAC)* e das *Histórias de um Superconsumidor*, decidiu envidar esforços para provar, a seu ver, o equívoco que estava ocorrendo na visão dos julgadores nacionais naquele momento.

Assim, considerando a realidade nas relações de consumo, bem como as decisões proferidas nos tribunais de justiça, o autor, a fim de ratificar a tese que já se encontrava em seu nascedouro, realizou em 2008 uma pesquisa empírica na faculdade de Vitória/ES, publicada na *Revista Direito em Movimento*<sup>61</sup>, a qual revelou, resumidamente, que, quando os entrevistados precisam resolver problemas de consumo criados pelo próprio fornecedor, 33,8% afastam-se do trabalho, 21,2% afastam-se dos estudos e 20,7% apartam-se do descanso.

Quando indagados se valorizam seu tempo, 52,2% dos entrevistados responderam que o consideram muito importante, enquanto 46,2% o classificaram como um bem/recurso fundamental na vida.

Já quando perguntados sobre o que as situações de desvio de atividades e desperdício de tempo representavam para eles, 7,5% dos entrevistados disseram que representava um mero dissabor, ou contratempo normal na vida de qualquer pessoa, enquanto 92,5% responderam que representava um dano efetivo, que deveria ser punido e/ou indenizado.

Assim, concluiu o autor que: quando precisa resolver problemas de consumo, muitas vezes criados pelos fornecedores, a maior parte dos consumidores o faz desviando-se de sua atividade laboral; os entrevistados consideraram o tempo como um bem muito importante; e, por fim, os consumidores revelaram que, ao despender seu tempo, adiando ou suprimindo atividades previamente planejadas para solucionar um problema de consumo causado pelo fornecedor, sofrem efetivamente um dano que deveria ser punido e/ou indenizado.

Com isso, o resultado só reforçou a percepção do autor da teoria, à época, no sentido de que a jurisprudência tradicional estava, de fato, indo de encontro aos anseios e necessidades de seus jurisdicionados.

Assim, Marcos Dessaune, nos anos de 2008, brilhantemente, percebeu o grande problema enfrentado pelos consumidores ao despenderem seu tempo, emoção e energia para solucionar problemas causados pelos fornecedores de produtos ou serviços.

A primorosa leitura fática do citado autor decorreu, sobretudo, da efetiva constatação de que o indivíduo, ao tentar uma solução para seu caso, depara-se não

---

<sup>61</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: um panorama. *Revista Direito em Movimento* [em linha]. 2019, vol. 17, n.º 1, pp. 15-31. [Consult. 3 fev. 2021]. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero1/versaodigital/direitoemmovimento\\_volume17\\_numero1/index.html](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero1/versaodigital/direitoemmovimento_volume17_numero1/index.html).

apenas com o problema originário advindo da falha do produto ou serviço, mas também com a perda de sua possibilidade produtiva. Melhor dizendo, a efetiva perda de energia, tempo, abalo emocional e esforço mental da vítima que sofreu pela falha do produto ou serviço, falha esta causada pelo fornecedor.

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, ou simplesmente Teoria do Desvio Produtivo, originalmente, baseava-se na percepção de que o consumidor gasta muita energia por problemas muitas vezes criados tão somente pelo fornecedor.

Nesse ponto, conforme o artigo publicado na *Revista Direito em Movimento*<sup>62</sup>, Marcos Dessaune concluiu que a jurisprudência nacional vinha entendendo, equivocadamente, que a *via crucis* percorrida pelo consumidor ao enfrentar problemas de consumo criados pelos próprios fornecedores, no que concerne à perda de tempo, representaria somente um mero dissabor ou aborrecimento, e não um efetivo dano extrapatrimonial indenizável.

Segue o autor em seu artigo afirmando que o julgador, no Brasil, baseava-se costumeiramente em três premissas equivocadas para aferir a presença ou não da lesão sofrida pelo consumidor.

A primeira de tais premissas é que o conceito de dano moral enfatizaria as consequências emocionais da lesão, enquanto ele já evoluiu para centrar-se no bem ou interesse jurídico atingido; ou seja, o objeto do dano moral era a dor, o sofrimento, a humilhação, o abalo psicofísico, e se tornou qualquer atributo da personalidade humana lesado.

A segunda é que, nos eventos do desvio produtivo, o principal bem e interesse jurídico atingido seria a integridade psicofísica da pessoa consumidora, enquanto, na realidade, são o seu tempo vital e suas atividades existenciais.

A terceira é que esse tempo existencial não seria juridicamente tutelado, enquanto, na verdade, ele se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade, quanto no âmbito do direito fundamental à vida.

Percebe-se, pois, que as premissas mencionadas pelo autor estão entrelaçadas, o que significa dizer que, para a efetiva e justa caracterização do dano moral e/ou existencial, deve ser observada a violação dos direitos da personalidade do consumidor no âmbito do direito fundamental, especialmente, direcionado à vida.

A relevância da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor encontrou farta abrangência para sua aplicação no Brasil, principalmente, em virtude da reiterada abusividade do fornecedor na resolução e reparação de problemas, sobretudo, por impor ao consumidor não só um desgaste emocional, mas também por seu precioso tempo de vida gasto no *modus solvendi* do fornecedor.

A percepção de Marcos Dessaune, portanto, originou-se da constatação de que as falhas no mercado, referentes tanto ao fornecimento de produtos quanto de serviços, têm um custo ao consumidor que vai muito além do valor monetário.

---

<sup>62</sup> DESSAUNE, Ref. 61, pp. 15-31.

A teoria trata-se de uma percepção mais voltada para o indivíduo, ao reconhecer as inúmeras consequências decorrentes da falha de um produto ou serviço originários, ou seja, problemas ocasionados por culpa do fornecedor.

Na sociedade moderna, o tempo, pura e simplesmente, é precificado, na medida em que o indivíduo recebe seu salário pelo seu tempo de trabalho, paga pelas horas que seu automóvel permaneceu no estacionamento, recebe por horas/aulas que ministrou, dentre outros exemplos.

Nesse enfoque, o tempo de um indivíduo, exatamente por ser escasso e limitado, merece a proteção jurisdicional.

Para o jurista Marcos Dessaune, cujo enfoque é o direito do consumidor, um fornecedor, ao não resolver um problema em um tempo razoável, ou pelo menos se dedicar a isso, concretamente, vai de encontro ao tempo produtivo do consumidor, já que o indivíduo é compelido a despendar seu tempo de vida na resolução de problemas causados pelo fornecedor.

Nesse ponto, o autor enfatiza que a frustração da legítima expectativa do indivíduo/consumidor, visto que, ao adquirir um produto ou serviço do fornecedor, espera que o primeiro funcione normalmente e o segundo seja de boa qualidade, sem qualquer vício ou falha. No entanto, ao se deparar com o problema original e, conseqüentemente, ao buscar uma solução, pode o consumidor sofrer uma segunda contrariedade: a de ver o fornecedor se esquivar de suas responsabilidades e não empregar meios satisfatórios para a resolução do problema, forçando-o assim a se desviar de suas atividades cotidianas.

Lamentavelmente, o que ocorre muitas vezes, sobretudo no Brasil, é que o fornecimento do produto ou serviço traz vícios, falhas e defeitos, compelindo o consumidor a lidar com o problema, e a desviar seu tempo e energia para a resolução da questão, que, efetivamente, poderiam ser utilizados de uma forma mais eficaz e produtiva para sua vida.

Demais disto, há que se ressaltar que, além do tempo gasto para solucionar o problema causado pelo fornecedor, o indivíduo sofre um enorme desgaste emocional e psicológico, que, por certo, pode desencadear inúmeras patologias não só fisiológicas, mas também psiquiátricas, como dito acima.

Fato é que as perturbações de toda ordem causadas pelo fornecedor ao consumidor diretamente trazem custos e consequências múltiplas, na medida em que o indivíduo perde seu tempo precioso para solucionar o problema oriundo, repita-se, do próprio fornecedor.

Há que se ressaltar, portanto, que as perturbações acima mencionadas abrangem diversas dimensões, tais como: a perda do tempo, da energia cognitiva e o abalo na emoção do consumidor.

Vejamos o que diz Marcos Dessaune:

Ocorre que inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade – assim satisfazendo as suas necessidades, desejos e expectativas, promovendo o seu bem-estar, contribuindo para a sua existência digna e liberando os recursos produtivos –, corriqueiramente não realizam sua missão, por despreparo, descaso e/ou má-fé.<sup>63</sup>

A abordagem da teoria guarda em sua essência o desperdício do tempo de vida do consumidor, que, por situações muitas vezes abusivas do fornecedor, sucumbiu a sofrimento e perturbação, que conseqüentemente o fizeram se desviar de sua atividade cotidiana, na medida em que precisou deixar de ir ao trabalho, estudar, usufruir de momentos de lazer e descanso, ou qualquer outra consequência que lhe tenha, efetivamente, desviado do objetivo original.

*Mutatis mutandis*, se há o majoritário entendimento de juristas brasileiros acerca da imperiosa aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, há também quem entenda que a aplicação da referida teoria deve se dar com parcimônia, pois, segundo alguns juristas, como exemplo Gagliano e Pamplona Filho<sup>64</sup>, “deve ficar claro, nesse contexto, que nem toda situação de desperdício do tempo justifica a reação das normas de responsabilidade civil, sob pena de a vítima se tornar um algoz, sob o prisma da teoria do abuso de direito”.

Em que pesem alguns posicionamentos contrários, a citada teoria vem ganhando cada vez mais adeptos no Brasil, como mostra inequivocamente a sua aplicação em searas distintas das do Direito do Consumidor, como no Direito do Trabalho e no Direito Administrativo.

Registre-se que o autor e doutrinador Marcos Dessaune, em toda a sua obra, faz menção à possibilidade de ocorrência de uma outra espécie de dano extrapatrimonial, e não a rotineira aplicação de condenação por dano moral, mas sim a violação a um dano existencial, ou seja, o dano que atinge diretamente a existência do indivíduo/consumidor.

O dano existencial, também chamado de dano vital, frente à análise da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, ora abordada, traduz-se especificadamente pelo quanto de tempo da vítima é despendido de forma indevida por culpa exclusiva do fornecedor, frustrando o consumidor de praticar e realizar sua intenção original de vida, em especial, alterando o plano anterior da vítima, forçando-a a gastar seu precioso tempo para a resolução de um problema originado pelo fornecedor.

---

<sup>63</sup> DESSAUNE, Ref. 59.

<sup>64</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 11ª edição, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

Em outros termos, o fornecedor que obriga o indivíduo a despendar tempo vital e se desviar de atividades existenciais, automaticamente, estaria violando seus mais legítimos interesses, sendo, inclusive, caracterizada, como explica Marcos Dessaune<sup>65</sup>, uma espécie de renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, o que é notoriamente indisponível.

Na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>66</sup>, não há previsão expressa acerca do dano existencial ou de possíveis violações, entretanto, como dito acima, a proteção ao direito fundamental está descrita no artigo 1.º da Carta Magna, o qual serve como base para a reparação à vítima, nas hipóteses, em casos concretos, em que o citado direito foi violado.

Logo, por se tratar o dano existencial de um direito fundamental, a proteção à dignidade humana expressa na Constituição da República Federativa do Brasil<sup>67</sup> serviria como fulcro para a pretensa reparação pelo dano existencial causado por terceiro à vítima.

Do mesmo modo que o dano moral, o dano vital também se revelaria hábil a condenar o fornecedor a assumir responsabilidade por sua conduta imposta ao consumidor, ensejando a perda do tempo vital da vítima.

Por sua vez, vale apontar alguns pontos divergentes relativos ao dano moral e ao dano existencial, tais como: (i) o dano moral tem sua aplicação quando constatada a humilhação ou sofrimento psíquico imputado à vítima pelo causador do dano. Por outro lado, o dano existencial decorre da frustração em si pela não realização (= perda) do projeto social, pessoal ou profissional da vítima, que, da mesma forma, deu-se em decorrência de uma conduta ilícita comissiva ou omissiva de terceiro; (ii) outra hipótese, como já dito acima, são os casos de configuração de um dano moral sofrido pela vítima ter se dado de forma *in re ipsa*, diferentemente do dano existencial, já que este demanda, necessariamente, uma prova mais robusta acerca da efetiva lesão do projeto de vida original da vítima.

Na verdade, o dano existencial na União Europeia encontra mais suas raízes no ordenamento italiano, entretanto, atualmente, há muitos estudos acerca de sua aplicação nos demais países europeus.

Já em Portugal, o dano existencial aos poucos vem ganhando projeção, pois os doutrinadores têm se debruçado sobre o tema, principalmente, na medida em que os casos concretos vão chegando nos tribunais, forçando, de certa forma, a evolução e o enfrentamento do tema pela doutrina e, conseqüentemente, sendo mais abordado nas jurisprudências.

---

<sup>65</sup> DESSAUNE, Ref. 59.

<sup>66</sup> BRASIL, Ref. 48.

<sup>67</sup> BRASIL, Ref. 48.

Considerando ainda se tratar de uma progressão lenta no contexto jurídico lusitano, não há como relatar de forma conceitual pacífica o entendimento empregado do dano existencial aplicado em Portugal.

Por sua vez, é possível afirmar que alguns pontos conceituais do dano existencial no sistema jurídico lusitano se assemelham aos do Brasil, em especial, quanto à necessidade, para a caracterização do referido dano, que a vítima tenha efetivamente sucumbido em decorrência de um ato de terceiro, o que a levou a interromper seu projeto de vida, ou seja, o que a impediu de concretizar sua possibilidade de realização pessoal, profissional ou social.

Imperiosa, portanto, para ambos os países, a demonstração de que a vítima realmente perdeu a possibilidade de vivenciar experiências originalmente esperadas que, em decorrência do ato lesivo de terceiro, não teve a chance de usufruir.

Demais disto, há que se pontuar as principais peculiaridades para a caracterização do dano existencial em Portugal, sendo: (i) autonomia – significa dizer que o dano existencial para o Direito lusitano é abordado como um direito autônomo, e deve ser apreciado com base na frustração do indivíduo pela perda efetiva de um projeto original de vida; (ii) complexo e difuso – sua configuração não se dá de forma direta, mas sim de uma análise minuciosa da extensão do dano na vítima e o efetivo impacto em sua vida, melhor dizendo, no Direito lusitano, há a necessidade de uma detida análise acerca do impacto pela não concretização do projeto na vida da vítima, em decorrência da conduta lesiva; (iii) a relação do dano existencial com o dano moral – para o ordenamento jurídico lusitano, os danos existencial e moral guardam algumas semelhanças, uma vez que ambos decorrem da efetiva frustração da vítima, e não guardam ligação direta de cunho econômico para a constatação de ambos. No entanto, distinguem-se por conta da imperiosa demonstração de sofrimento emocional da vítima para a caracterização do dano moral, enquanto, para a configuração do dano existencial, é necessária a efetiva frustração de um projeto original da vítima; (iv) compensação – ambos os institutos, dano moral e dano existencial, para o direito lusitano, não têm a pretensão de *restitutio in integrum*, ou seja, a restituição do estado anterior, mas sim uma reparação para diminuir o impacto do dano causado por terceiro à vida da vítima.

Relembre-se que, para Marcos Dessaune, no Brasil, a partir do momento em que o consumidor se vê na contingência de abrir mão de uma atividade por ele preferida para, em vez disso, tentar resolver um problema decorrente da relação de consumo provocado pelo fornecedor, este último deverá arcar com as consequências do tempo perdido do consumidor pela má prestação do serviço ou qualidade do produto.

Acrescenta o autor ainda que, sendo tal dano certo, imediato e injusto, seria, inclusive, indenizável *in re ipsa*.

Note-se que, especialmente, para o autor da citada teoria, o dano sofrido pela vítima nas hipóteses de relação de consumo poderia ser caracterizado como um dano existencial, inclusive com a possibilidade de se dar *in re ipsa*, portanto, diferente do posicionamento relativo à caracterização do dano existencial em Portugal, por exemplo, que entende que esse dano só se configuraria caso fosse devidamente provada a sua incidência e abrangência na vida da vítima.

Registre-se, entretanto, que, tanto para o ordenamento brasileiro quanto para o lusitano, o dano existencial, em decorrência de sua própria essência, demandaria uma maior análise da extensão do dano perpetrado à vítima, o que diverge conceitualmente do dano indenizável *in re ipsa*.

Deveras, há que se dizer que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e o conceito do dano existencial em si, apesar de algumas abordagens distintas, são convergentes em muitos pontos.

Note-se que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor aborda a efetiva perda do tempo de vida do consumidor para resolver problemas causados pelo fornecedor, em decorrência da falha de um produto ou serviço. Melhor dizendo, a vítima-consumidora sucumbe a um desvio de seu projeto original de vida – leia-se, inclusive, rotina –, para a solução de algo causado por terceiro-fornecedor.

De igual forma, o dano existencial, conceitualmente, aduz que a lesão sofrida pela vítima decorre da frustração acerca de uma lesão dirigida a sua existência vital, ou melhor, algo que tenha abalado essencialmente seus planos de vida.

Já antecipando o capítulo posterior, que tratará da Teoria da Perda de uma Chance, de igual modo, a citada teoria traz a possibilidade de a conduta lesiva causar um dano existencial à vítima, na medida em que a perda ou frustração de algo decorreu da atitude comissiva ou omissiva de terceiro, que ocasionou, repita-se, a perda de uma possibilidade, esta inserida na fração de vida do ofendido, inclusive, podendo ser permanente ou temporária.

Fato é que, no Brasil, a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, decorre, via de regra, de condenações a título de danos morais, sob o argumento de que o consumidor gastou seu tempo, ou seja, desviou-se de seu objetivo de vida/rotina original para solucionar problemas causados pelo fornecedor. Veja-se como exemplo o acórdão abaixo colacionado:

Apelação Cível n.º 1044893-48.2021.8.26.0576  
Apelante: Banco Daycoval S/A  
Apelado XXXXXXXXX  
Comarca: São José do Rio Preto  
Voto n.º 6.196

Apelação. Ação declaratória conexa com ação de busca e apreensão. Constatação pelo banco réu de que a Cédula de Crédito Bancário não havia sido assinada pelo autor. Sentença de procedência. Condenação por dano moral em R\$ 10.000,00. Apelação do autor, pugnano pela redução da indenização por dano moral. Desacolhimento. Instituição financeira que não empreendeu as cautelas necessárias na contratação. Fortuito interno do banco réu que causou prejuízos ao autor. Inscrição em cadastro de inadimplentes, protestos nesta Comarca e indevida propositura de busca e apreensão contra o autor que extrapolaram o mero dissabor. Responsabilidade objetiva. Súmula n.º 479 do C. Superior Tribunal de Justiça. Fato do serviço configurado. Inteligência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Desvio produtivo caracterizado. Dano moral bem arbitrado. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO.<sup>68</sup>

Como acima explicitado, em termos conceituais, a abordagem do dano moral deve-se a um dano sofrido pela vítima que a impossibilitou de usufruir e implementar seu projeto original de vida. Tal dano poderá, inclusive, advir de um ato ilícito único ou continuado.

Nos tribunais brasileiros para a configuração do dano existencial para fundamentar as condenações, perpassa-se pela aferição real do dano lesivo à vítima, objetivando a reparação, não para a *restitutio in integrum*, mas sim para uma reparação cujo objetivo é minimizar o impacto do dano à vida da vítima. E também se faz necessária a demonstração da manifesta perda – ou por que não dizer – do desvio do objetivo existencial e original na vida da vítima, que sucumbiu em decorrência da conduta lesiva do agente ofensor.

Perceba-se que, para a caracterização do dano existencial nos tribunais brasileiros, há a necessidade da efetiva demonstração da perda de uma pretensão original, fato esse que se assemelha ao posicionamento no Direito europeu.

Doutrinariamente, ao cotejar a citada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e o conceito de dano existencial, percebe-se ainda que a primeira tem seu fundamento na perda do tempo e energia do consumidor ao resolver problemas causados pelo fornecedor, enquanto o segundo – dano existencial – pode ter sua aplicação mais ampla, uma vez que a impossibilidade pode advir de qualquer situação que, efetivamente, tenha interferido no projeto originário de vida do indivíduo, desde que provado.

A rigor, embora a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor não seja classificada, em regra, como uma violação de um dano existencial da vítima, em decorrência de um ato lesivo, os tribunais brasileiros apontam para a privação da possibilidade de um indivíduo em realizar seu projeto de vida, originalmente programado.

Fato é que a reparação pretendida em decorrência do dano lesivo sofrido pela vítima, por conta de uma conduta omissiva ou comissiva do fornecedor, traduz-se pela perda ou impossibilidade da vítima em usufruir experiências e oportunidades que a vida

---

<sup>68</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão* [em linha]. Apelação Cível n.º 1044893-48.2021.8.26.0576. Apelante: Banco Daycoval S/A. Apelado: Rogério Matarazzo Pelicer. 19 de dezembro de 2023 [Consult. 13 mar. 2024]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/01/Acordao-3.pdf>.

lhe proporcionaria, caso não tivesse perdido seu precioso tempo na resolução de um problema causado pelo fornecedor.

A perda e/ou a impossibilidade do consumidor em usufruir de experiências e oportunidades, já que precisou demandar sua energia para a solução do problema causado pelo fornecedor, traduz-se pela efetiva perda de uma chance de realizar seu projeto original de vida.

Dessa forma, conclui-se, com base no cotejo do conceito da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e do conceito do dano existencial, que a mencionada teoria é mais específica ao direito do consumidor, enquanto o dano existencial tem uma aplicação mais ampla, já que são diversas as possibilidades que poderiam lesionar o projeto de vida de um indivíduo.

### **3.2 Pontos fundamentais para o fenômeno do desvio produtivo do consumidor**

Como dito acima, Marcos Dessaune, como advogado na área do Direito do Consumidor, nos idos de 2008, percebeu que as condenações nos tribunais de justiça do Brasil baseavam-se na imperiosa constatação de que o dano moral pleiteado pelo consumidor, como reparação de um ato lesivo, necessariamente, deveria atingir o âmago, a dor, a humilhação da vítima. Caso contrário, seria um simples dissabor do cotidiano, passível de ser sofrido por todas as pessoas que vivem em sociedade, não merecendo assim a tutela pleiteada no que concerne à reparação pelos danos morais sentidos pelo consumidor.

Nessa linha, o autor constatou que o prejuízo que o consumidor suportava era demais grave, na medida em que ele se absteria de fazer algo previamente planejado em sua rotina.

Diante do evidente dano, iniciou uma pesquisa empírica, como acima relatado, na qual constatou o que já previa, ou seja, a grande lesão sofrida pelo consumidor, quando este é obrigado a resolver problemas de consumo, muitas vezes criados pelos próprios fornecedores.

Nesse enfoque, em 2009, Marcos Dessaune criou a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, que, resumidamente, aborda a questão da imperiosidade do *modus operandi* do fornecedor, para resolver questões de consumo causadas por ele próprio, ocasionando, conseqüentemente, o desvio das atividades planejadas do consumidor, fazendo com que este perca seu precioso tempo vital.

Em 2011, a teoria já ganhava espaço nas jurisprudências brasileiras, bem como era amplamente divulgada em diversos meios de comunicação, com participação do autor em programas de televisão altamente relevantes no país, dentre eles, Programa

do Jô Soares, Fantástico, Ana Maria Braga e Globo News, da Rede Globo de Televisão, e Sem Censura, da TV Brasil.

Em seu site<sup>69</sup>, Marcos Dessaune disponibiliza, na seção intitulada “Destaques na mídia e fotos estóricas”, um compêndio com inúmeras entrevistas que concedeu, com matérias e artigos que publicou, bem como com as muitas homenagens que já recebeu ao longo dos anos pela criação da inovadora teoria. Ainda, no citado site, o autor colaciona diversos julgados e reconhecimentos acerca da nova teoria, advindos de notáveis juristas brasileiros.

Em 2011, o autor lançou pela Editora Revista dos Tribunais - Thomson Reuters seu terceiro livro, *Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado*, no qual apresentou sua inovadora teoria. Após cinco anos, Marcos Dessaune se aprofundou na matéria, lançando em 2017 a 2ª edição do livro, agora intitulado *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*<sup>70</sup>.

Em 2022, a 3ª edição da obra foi ampliada para o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, intitulada *Teoria Ampliada do Desvio Produtivo do Consumidor, do Cidadão-Usuário e do Empregado*<sup>71</sup>.

Assim, a admirável teoria vem ganhando espaço na jurisprudência brasileira, bem como no legislativo, na medida em que já há em curso um projeto de lei, o de n.º 2.856/22<sup>72</sup>, que está tramitando no Senado Federal, tendo por objetivo alterar a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990<sup>73</sup>, o Código de Defesa do Consumidor, para atribuir ao tempo a proteção de bem jurídico essencial, visto que é finito e, assim, extremamente relevante na vida de um consumidor, que deve desenvolver dentro de sua fração temporal de vida as atividades que lhe aprouver, de acordo com sua liberdade de escolha.

O Projeto de Lei n.º 2.856/22, como mencionado, tem como objetivo a proteção ao tempo do consumidor, e também propõe alterações de forma a equilibrar as relações de consumo, tais como: compelir o fornecedor a envidar todos os esforços a fim de prevenir danos ao consumidor; e considerar prática abusiva o desvio do tempo do consumidor para resolver problemas causados pelo fornecedor.

Logo, o Projeto de Lei n.º 2.856/22 tem por objetivo não só proteger o tempo do consumidor, mas, de igual forma, prevenir o desvio produtivo do consumidor.

---

<sup>69</sup> DESSAUNE, Ref. 60.

<sup>70</sup> DESSAUNE, Ref. 59.

<sup>71</sup> DESSAUNE, Ref. 8.

<sup>72</sup> BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.856, de 2022* [em linha]. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre o tempo como um bem jurídico, aperfeiçoar a reparação integral dos danos e prevenir o desvio produtivo do consumidor [Consult. 11 jun. 2022]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155218>.

<sup>73</sup> BRASIL, Ref. 49.

Nesse enfoque, há que se lembrar que o tempo, para o Direito, tanto no Brasil quanto em Portugal, já apresenta formas diversas de garantias e direitos individuais ou coletivos, na medida em que está presente em inúmeras searas, civilista, trabalhista, penalista, dentre tantas outras.

Não se trata, portanto, de analisar algo absolutamente subjetivo, abstrato, sem qualquer *link* lógico para o Direito, mas reconhecer que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor traz uma perspectiva diferente, sob a ótica da finitude do tempo, ou melhor, do desperdício do tempo do consumidor.

Ademais, é fato notório que o fator tempo cria e extingue direitos nos diversos códigos e leis espalhadas no mundo.

A proposta da teoria ora abordada perpassa pelo reconhecimento de que o tempo é um bem jurídico que deve ser tutelado, sobretudo por também ter seu valor econômico, já que seu desperdício não poderá ser repostado ou mesmo acumulado por ninguém.

Dessa forma, há que se dizer que o tempo compreende frações da duração da vida de um ser humano, vida esta em que deverá caber exclusivamente ao consumidor o direito de escolha para exercer suas competências, e mais, para escolher com liberdade suas atividades vitais e projetos de vida.

Marcos Dessaune aduz, em seu livro *A Teoria Ampliada do Desvio Produtivo do Consumidor, do Cidadão-Usuário e do Empregado*<sup>74</sup>, pontos fundamentais que colaboraram para a criação da citada teoria, que ora se traz de forma objetiva e resumida neste trabalho científico. Veja-se.

É fato notório que a função-dever do fornecedor, em uma abordagem jurídica, é prestar um serviço ou oferecer um produto de qualidade-adequação, qualidade-segurança, boa-fé, informação, não incidindo em práticas abusivas, sobretudo, com responsabilidade civil pelo consumo de serviço ou produto.

Acima nomeados, aqueles são os originais deveres jurídicos dos fornecedores que, ao compasso destes, fazem surgir o direito subjetivo dos consumidores, cuja proteção se encontra de forma expressa na Constituição da República Federativa do Brasil e no Código de Direito do Consumidor. Na medida em que há uma violação dos deveres originais do fornecedor, este pratica uma conduta antijurídica, que pode se dar por meio de um serviço ou produto com vício ou defeito, ou ainda, da prática de uma abusividade no mercado.

Dessa feita, há que se ressaltar que a antijuridicidade advém da violação dos deveres originais do fornecedor, tanto no Brasil como em Portugal, pois, em ambos os

---

<sup>74</sup> DESSAUNE, Ref. 8, pp. 259-264.

países, não se é permitido lesionar de forma abusiva – leia-se de forma ampla – o consumidor.

Em decorrência do ato antijurídico do fornecedor, nasce para ele a imperiosidade de solucionar efetivamente o problema – que poderá se dar de diversas formas –, ou mesmo indenizar o consumidor que foi alvo do vício, falha ou defeito do produto ou serviço.

Por sua vez, de forma habitual, o fornecedor vem adotando uma conduta repreensível perante o ordenamento jurídico, na medida em que impõe ao consumidor a tarefa que lhe cabia originalmente. Explica-se.

De forma velada, o prestador de serviço ou produto com defeito ou vício, buscando se eximir de sua responsabilidade original, impõe ao consumidor a prática de seu *modus operandi* para a resolução do problema causado por ele próprio. O que significa dizer que o fornecedor de serviços ou produtos com vício ou defeito cria obstáculos para abrandar ou mesmo se desobrigar da responsabilidade civil de consumo a que, na verdade, deu causa.

O procedimento imposto pelo fornecedor, para resolver um problema criado por ele, trata-se de uma evidente prática abusiva, pois pretende se desobrigar do ônus que lhe pertence.

Ademais, tal conduta vai de encontro aos ditames dos princípios lógicos do ordenamento jurídico, revelando assim um claro desequilíbrio na relação de consumo, demonstrando, de forma incontestável, a vulnerabilidade do consumidor diante da referida imposição do fornecedor.

Com isso, no exato momento em que o fornecedor impõe ao consumidor seu procedimento para a resolução de um problema que ele próprio causou, aí está a consumação e configuração da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Isso acontece porque, veladamente, o fornecedor, nesse momento, está oferecendo ao consumidor apenas duas opções, quais sejam: ou o consumidor se ajusta ao *modus operandi* do fornecedor para tentar resolver o problema, ou sucumbe ao prejuízo advindo do dito problema.

Considerando que o consumidor, diante do evento, teria apenas duas opções – aceitar o procedimento que lhe é imposto, ou sucumbir ao prejuízo –, o fornecedor exerce uma influência sobre o consumidor, visto que, embora desagradáveis as opções, não há possibilidade de escolher outra opção. Assim, o fornecedor, nesse momento, passa a usurpar do consumidor seu poder de escolha, pois, caso não se submeta, poderá sofrer um prejuízo ou mesmo não conseguir reparar o dano que o problema possa ter lhe causado.

O desvio produtivo do consumidor tem a natureza jurídica de dano-evento com consequência de dano-resultado, conforme explicitado no Capítulo 2 deste trabalho científico. Relembre-se que o dano-resultado só advém nas hipóteses de violação a um bem jurídico tutelado.

Não é demasiado registrar que o desvio produtivo do consumidor se consuma no momento em que o fornecedor impõe ao consumidor um procedimento próprio para a resolução de um problema advindo do não cumprimento de seu dever original, relativo à qualidade-adequação e qualidade-segurança, por exemplo.

Com isso, torna-se imperioso, mas de forma velada, conceder opções de escolha para o consumidor, já que este deverá se adequar ao procedimento ou amargar o prejuízo.

Diante disso, sem opções, o consumidor vulnerável, na maioria dos casos, desvia-se de suas atividades existenciais, perdendo seu tempo vital para resolver operacionalmente o que caberia ao fornecedor.

Trata-se de um direito fundamental à liberdade que o consumidor tem para escolher uma opção, não cabendo à fornecedora limitar ou impor tal decisão, inerente ao consumidor.

A proteção ao sujeito vulnerável decorre da necessária busca pelo equilíbrio das relações de consumo, a fim de não permitir que o fornecedor, que em regra é a parte mais forte da relação, crie limitações arbitrárias à liberdade de escolha e à autodeterminação temporal e existencial do consumidor.

De igual forma, a legislação pertinente não admite que os consumidores vulneráveis renunciem aos seus direitos já garantidos.

Há que se reiterar que o *modus operandi* imposto pelo fornecedor para a resolução de um problema criado por ele é um ato antijurídico, podendo se dar em virtude da violação ao direito fundamental à liberdade de escolha do consumidor e/ou da violação à legislação pertinente, que não admite renúncia e protege a vulnerabilidade do consumidor.

Nessa toada, relembre-se que o Capítulo 1 deste trabalho científico tratou do tempo, visto que, efetivamente, a vida humana dura certo tempo, ou seja, é finita, motivo pelo qual o tempo vital traduz-se como um bem muito valioso, já que irrecuperável e impossível de ser acumulado.

Portanto, o tempo vital está intrinsecamente ligado aos direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida, à personalidade e à dignidade da pessoa humana.

Fato incontestável é que o consumidor, ao se submeter aos ditames procedimentais do fornecedor, efetivamente, perde seu tempo de vida, o que lhe acarreta, com certeza, graves prejuízos existenciais.

Vale ainda pontuar que as atividades existenciais se caracterizam por todas as atividades inerentes especificadamente àquele ser humano, o consumidor, que foi compelido a alterar sua programação original para uma outra hora, se possível, a realização futura.

O desvio produtivo do consumidor, ao ser consumado pelo fornecedor, poderá acarretar um grande prejuízo, na medida em que a programação inicialmente planejada poderia ser uma possibilidade/chance ímpar na vida do consumidor, e que sua perda poderá causar danos irreparáveis em seu projeto de vida.

Portanto, frente à imposição de um procedimento pelo fornecedor, o consumidor deixa de exercer suas competências próprias e se vê obrigado a desviar seu tempo a fim de resolver o problema criado pelo fornecedor, o que lhe acarreta um período de inatividade existencial, conforme afirma Marcos Dessaune<sup>75</sup>.

Como já anunciado outrora, o dano extrapatrimonial, especialmente o dano existencial, no caso presente, deve ser presumido, na medida em que violou a proteção legal ao consumidor, sobretudo, com relação ao tempo de vida perdido por ele, traduzindo-se assim em uma violação aos direitos imperativos de ordem pública, protegidos constitucionalmente, inclusive.

Nesse enfoque, como aduz Marcos Dessaune<sup>76</sup>, o fornecedor, com seu proceder lesivo contra o consumidor, presumidamente, acaba auferindo lucro extra e injustificado, pois o consumidor, na resolução do problema e dispêndio de tempo, poderá deixar de auferir renda ou mesmo gastar valores para solucionar o problema causado pelo fornecedor, o que, conseqüentemente, trará à vítima-consumidora uma diminuição de seu patrimônio. Logo, há nessa hipótese um benefício econômico em favor do fornecedor, sem qualquer justa causa.

E, por fim, conclui o doutrinador que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor teve seu nascedouro na observação dos julgados no Brasil que minimizavam, de certa forma, o prejuízo que o consumidor sofria, nas hipóteses em que o próprio fornecedor criava os problemas de consumo e, mesmo assim, impingia ao consumidor seu *modus operandi* para a possível resolução do problema. Dessa forma, evidenciava uma clara mitigação ao direito existencial do ser humano, já que, ao ser compelido pelo fornecedor a adotar o procedimento ditado, desviava-se de seu projeto inicial, inerente às atividades do ser humano.

Diante da manifesta ordem procedimental imposta pelo fornecedor, o consumidor sofre a perda de seu tempo vital, na medida em que deixa de fazer e praticar suas

---

<sup>75</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 263.

<sup>76</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 264.

competências, o que, ao acarretar um período de clara inatividade existencial, traz-lhe toda sorte de prejuízos.

De forma muito sucinta, depreende-se da obra de Marcos Dessaune que o prejuízo decorre do dano-evento (causado pelo fornecedor, por não cumprir seu dever original de qualidade-adequação e qualidade-segurança, por exemplo), advindo daí o dano-resultado (por consequência da violação ao um bem jurídico tutelado constitucionalmente), sendo esse dano, na visão do escritor, um dano extrapatrimonial, especificadamente, um dano existencial, devendo ser inclusive presumido, ou seja, *in re ipsa*.

### **3.2.1 Pressupostos para a configuração da responsabilidade civil de consumo, relativa à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**

Conforme aduz Marcos Dessaune, há pressupostos absolutamente necessários para a configuração e aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos casos em concreto, sendo eles:

Pressuposto n.º 1 – Problema criado pelo fornecedor. Esclarece o autor, em sua obra, que o primeiro pressuposto a ser verificado no caso em concreto é a aferição de que o problema de consumo em comento adveio, efetivamente, de um produto ou serviço apresentando vício ou defeito, ou ainda decorrente de uma prática abusiva do fornecedor.

Posteriormente, evidenciado o problema, há que se verificar se a responsabilidade de resolver o problema seria de fato do fornecedor, podendo este tê-lo feito por meio de um simples conserto do produto ou serviço, ou mesmo por meio de uma indenização paga voluntariamente ao consumidor, de forma tempestiva e efetiva. Em resumo, tendo o fornecedor criado o problema, cuja consequência foi o desvio do consumidor de seu projeto de vida, esse pressuposto é obrigatório para a caracterização da teoria no caso fático.

Pressuposto n.º 2 – Conduta antijurídica do fornecedor. Outro pressuposto se dá na aferição da real alegação – possível estratégia – do fornecedor no caso em concreto, ao adotar uma conduta que poderá ser antijurídica, a depender do caso.

Significa dizer que o julgador deverá observar se o fornecedor impôs ao consumidor seu *modus operandi*, a fim de tentar se abster de responsabilidade, ou mesmo minimizar sua responsabilidade pelo problema que o próprio fornecedor causou. Assim, para a constatação da teoria no caso em concreto, este pressuposto é obrigatório.

Pressuposto n.º 3 – Desvio produtivo do consumidor. De igual modo, há que se aferir acerca do real desvio de projeto de vida que o consumidor foi compelido a fazer, diante do problema causado pelo fornecedor. Melhor dizendo, há a necessidade de o julgador constatar se, de fato, o consumidor despendeu de seu tempo de vida existencial para resolver o problema, de forma a assumir responsabilidade – e muitas vezes custos – que, originalmente, deveriam ser do fornecedor, tendo em vista que foi ele que causou o problema. Portanto, aqui se verifica se, de fato, o consumidor suprimiu suas atividades existenciais. Trata-se assim de um pressuposto obrigatório.

Pressuposto n.º 4 – Nexo Causal. Para a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, há que se examinar se houve o nexo causal entre a conduta ilícita do fornecedor e o dano efetivo do consumidor. O que significa dizer que, para a configuração da citada teoria, deverá existir uma espécie de linha imaginária que ligue a conduta reprovável do fornecedor de serviços ou produtos ao dano sofrido pelo consumidor. Nesse caso, o desvio do consumidor de suas atividades rotineiras e existenciais. Trata-se de um pressuposto obrigatório para a configuração da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Pressuposto n.º 5 – Dano existencial. Segundo o autor, conforme mencionado anteriormente, o dano sofrido pelo consumidor na hipótese de desvio produtivo é um dano extrapatrimonial de fundo existencial. No entanto, para alguns juristas, não seria efetivamente um dano de natureza vital, mas sim de cunho moral. Dessa forma, esse pressuposto seria alternativo, como explica o autor, na medida em que poderá ser intitulado como dano existencial ou dano moral, a depender do julgador, já que há uma corrente que argumenta que, nas hipóteses de configuração da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, o prejuízo sofrido pelo consumidor seria de natureza moral, ao contrário do que entende o criador da teoria. Para Marcos Dessaune, o dano-resultado trata-se de um prejuízo irreparável, pois não poderá ser repostos o tempo de vida da vítima, caracterizando, conseqüentemente, uma violação à vida, à liberdade e à dignidade humana.

Pressuposto n.º 6 – Dano patrimonial. Como demais sabido, há situações em que o fornecedor, além de determinar o *modus operandi* ao consumidor, também acaba lhe impingindo custos, quando, na verdade, deveriam ser suportados pelo causador do dano, o fornecedor. Por conta de ser uma hipótese observada dentro de um caso em concreto, o dano patrimonial não é um pressuposto absoluto, sendo apenas alternativo, a depender do caso.

Pressuposto n.º 7 – Dano coletivo. Por fim, há a hipótese de um pressuposto facultativo, que se dá quando um fornecedor, a partir de uma conduta, viola uma coletividade de consumidores.

De forma muito sucinta, conforme afirma o criador da inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, na verdade, a efetiva prática do desvio produtivo se consuma no momento em que o fornecedor pratica a conduta lesiva em detrimento do consumidor, de forma a impor seu *modus operandi* para a resolução de um problema originalmente causado pelo próprio fornecedor, cujo serviço ou produto não zelaram pela adequação e segurança, de forma a cumprir o que se dispunha.

Logo, a cadeia se inicia com o defeito ou vício do produto ou serviço fornecido, nascendo aí o problema que o consumidor pretende ver resolvido pelo fornecedor.

Na busca por uma solução, o consumidor se depara muitas vezes com as dificuldades impostas pelo fornecedor, na medida em que impõe seu procedimento para a resolução do dito problema.

Por vezes, essas imposições têm por objetivo intrínseco, obviamente velado, esquivar-se da responsabilidade civil pelo consumo, em decorrência do defeito ou vício do serviço prestado.

De modo que o fornecedor adota uma postura repreensível, mitigando a possibilidade de liberdade de escolha do consumidor, uma vez que este deverá cumprir os ditames do fornecedor ou sucumbir ao prejuízo.

Exatamente nesse momento, em que o fornecedor dá apenas duas opções ao consumidor, que seria seu *modus operandi* ou o iminente prejuízo, ocorre o desvio produtivo do consumidor, pois ele, mesmo não querendo anuir com nenhuma das opções apresentadas pelo fornecedor, vê-se obrigado a se desviar de seu projeto original.

Melhor dizendo, é nesse momento, em que o fornecedor impõe seu *modus operandi*, que há a consumação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Pela dita imposição, o consumidor se vê vulnerável e obrigado a desviar seu tempo vital para outras demandas impostas pelo fornecedor.

Assim, há o desvio produtivo do consumidor, que deixou de desenvolver suas competências, tarefas, planos de vida, estudos, trabalho, ou seja, renunciou ao seu tempo vital em prol de resolver um problema originalmente ocasionado pelo fornecedor e cuja responsabilidade de resolução a ele também cabia.

Para o autor da referida teoria, o dano causado ao consumidor ultrapassa o mero aborrecimento, na medida em que o dano sofrido tem natureza existencial, já que o tempo de vida é finito, podendo-se dizer, inclusive, que se trata de um bem econômico escasso nos dias atuais.

É fato notório que o consumidor, ao mudar seu projeto de vida, acaba abrindo mão de seu tempo vital, mas os danos não se resumem a isso, pois, para resolver o problema

que lhe foi imposto, o consumidor poderá perder a chance de inúmeras coisas de cunho patrimonial ou não.

Em outros termos, o consumidor poderá deixar de exercer sua competência no trabalho, de modo que poderá perder o emprego, ou ainda, deixar de participar de uma prova, apresentação, estudo, dentre tantos eventos que podem ter impacto decisivo no seu futuro.

A perda desse tempo vital, que o consumidor deveria utilizar com liberdade e como bem quisesse, poderá sim acarretar um prejuízo de ordem incalculável para o consumidor vulnerável, acarretando, inclusive, a perda de uma chance que poderia melhorar sua vida.

### **3.3 Jurisprudência no Brasil acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**

A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor vem abarcando muitos adeptos no Brasil, em diversas jurisdições, inclusive. Sendo assim, vem sendo abordada e mencionada em várias decisões de primeira e segunda instâncias, bem como nos tribunais superiores.

Segundo relatam Borges e Maia<sup>77</sup>, a primeira sentença brasileira prolatada com fundamento nessa teoria teria se dado na Comarca de Jales, pelo Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima, conforme cita Marcos Dessaune em sua obra.

Até 15 de dezembro de 2022, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor já foi mencionada em 45.144 acórdãos de todos os tribunais brasileiros, incluindo o Superior Tribunal de Justiça.

Vale pontuar que, em 2018, a teoria desenvolvida por Marcos Dessaune teve, pela primeira vez, aplicação expressa no Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.634.851<sup>78</sup>, da Terceira Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, ao julgar uma ação civil pública, na qual o Ministério Público objetivava que o fornecedor sanasse vícios do produto que comercializava, ou substituísse o referido produto, ou ainda desse um abatimento no preço comercializado.

Nesse julgado paradigmático, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, ressaltou que o consumidor não raramente é obrigado a fazer uma peregrinação para ver atendida sua expectativa relativa ao uso do produto em quantidade e qualidade, mas também a

---

<sup>77</sup> BORGES, Gustavo; MAIA, Maurílio C. (Org.). *Dano temporal: o tempo como valor jurídico*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 306.

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.634.851/RJ* [em linha]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Via Varejo S/A. Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num\\_registro=201502262739&data=20180215&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1576048&num_registro=201502262739&data=20180215&peticao_numero=-1&formato=PDF).

percorrer uma *via crucis* para achar uma assistência técnica autorizada e agendar um horário.

Diante da dificuldade imposta pelo fornecedor, segue a Ministra em seu acórdão afirmando que o consumidor tem perdido sua manhã ou tarde e, muitas vezes, o dia inteiro – leia-se horário comercial – para resolver problemas em que o fornecedor sequer tentou participar ativamente no processo.

Nesse mesmo sentido vem seguindo a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se observar nos trechos dos acórdãos abaixo colacionados:

REsp 1.634.851, de 12/09/2017. Rel. Min. Nancy Andrichi.

À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado – ou, ao menos, atenuado – se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo.<sup>79</sup>

AREsp 1.260.458/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellize.

Reconheceu o dano moral indenizável na relação de consumo envolvendo pessoa física e um banco privado, em razão de diversos encargos bancários indevidamente lançados à conta do cliente, cuja tentativa de resolução do problema entre as partes previamente à ação judicial se arrastou por 3 anos sem qualquer solução efetiva do transtorno causado pelo fornecedor ao consumidor. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprovesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário.<sup>80</sup>

AREsp 1.241.259/SP. Rel. Min. Ant. Carlos Ferreira.

Frustração em desfavor do consumidor, aquisição de veículo com vício sério, cujo reparo não torna indene o périplo anterior ao saneamento – violação de elemento integrante da moral humana, constituindo dano indenizável – desvio produtivo do consumidor que não merece passar impune - inteligência dos artigos 186 e 927 do Código Civil. 'Quantum' arbitrado de acordo com a extensão do dano e dos paradigmas jurisprudenciais - artigo 944, do Código Civil - R\$ 15 mil.<sup>81</sup>

AREsp 1.132.385/SP. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Reparação de danos morais por danos à honra objetiva da autora devida. Reparação por desvio produtivo, caracterizado pela falta de pronta solução ao vício do serviço noticiado, também devida, como forma de recompor os danos causados pelo afastamento da consumidora da sua seara de competência para tratar do assunto que deveria ter sido solucionado de pronto pela fornecedora.<sup>82</sup>

De igual modo, no Recurso Especial n.º 1.737.412, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor foi exaltada, ao ser mencionada no acórdão:

---

<sup>79</sup> BRASIL, Ref. 78.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.260.458/SP (2018/0054868-0)* [em linha]. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Brasília-DF, 5 de abril de 2018. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201800548680&data=20180425&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&tipo_documento=documento&num_registro=201800548680&data=20180425&formato=PDF).

<sup>81</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.241.259/SP (2018/0022875-2)* [em linha]. Relator: Ministro: Antônio Carlos Ferreira. Agravante: Heko Iuvaskima Garcia. Agravado: Renault do Brasil S/A. Brasília-DF, 21 de junho de 2018 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num\\_registro=201800228752&data=20180629&peticao\\_numero=201800192718&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num_registro=201800228752&data=20180629&peticao_numero=201800192718&formato=PDF).

<sup>82</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.132.385/SP (2017/0165913-0)* [em linha]. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Agravante: Universo Online S/A. Agravado: Guimarães e Gallucci Sociedade de Advogados. Brasília-DF, 27 de setembro de 2017 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76955432&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201701659130&data=20171003&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76955432&tipo_documento=documento&num_registro=201701659130&data=20171003&formato=PDF).

[...] a sociedade pós-industrial [...] proporciona a seus membros um poder liberador: o consumo de um produto ou serviço de qualidade, produzido por um fornecedor especializado na atividade, tem a utilidade subjacente de tornar disponíveis o tempo e as competências que o consumidor necessitaria para produzi-lo [por si mesmo] para seu próprio uso” pois “o fornecimento de um produto ou serviço de qualidade ao consumidor tem o poder de liberar os recursos produtivos que ele utilizaria para produzi-lo”.<sup>83</sup>

O referido acórdão afirmou que o fornecedor tem a evidente intenção em maximizar seus lucros em prejuízo ao serviço, traduzindo-se uma clara e intolerável perda de tempo útil do consumidor, violando as garantias legais deste, submetendo-o, inclusive, a constrangimentos.

Nessa mesma linha, em outro importante julgamento, também de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, Recurso Especial n.º 1.929.288<sup>84</sup>, foi pontuado no acórdão acerca da imperiosa proteção do tempo do indivíduo/vítima, com base na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, destacando ainda a responsabilização do fornecedor pela imposição ao desvio das atividades cotidianas do consumidor, em razão da busca de uma solução para o caso consumerista.

Com esse escopo, diversas são as decisões em todo o país, as quais ressaltam a importância da aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, cujo objetivo intrínseco percebe-se ser a melhoria nas relações de consumo, visando, sobretudo, à proteção do consumidor, por ser, obviamente, a parte mais fraca da relação.

Aliás, há quem diga em seus julgamentos, inclusive, que os reclames do consumidor ultrapassam o mero aborrecimento, vindo a ensejar a abusividade do fornecedor, que extrapola o aceitável, caracterizando, de certa forma, uma violação ao interesse social, como dito acima.

Interessante notar que a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor vem ganhando espaço não só em matéria consumerista, mas também, por aplicação analógica, no Direito do Trabalho e no Direito Administrativo no Brasil.

Em 13 de junho de 2019, a Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina, do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, prolatou a decisão cuja ementa do acórdão, abaixo colacionado, trata da demora do empregador em realizar a anotação em carteira de trabalho, havendo no *decisum* citação expressa de decisão do Superior Tribunal de Justiça em matéria consumerista. *In verbis*:

Des. Daniele Corrêa Santa Catarina (TRT da 17ª Região). RO 0000210-16.2018.5.17.0101. 13/06/2019.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.737.412/SE (2017/0067071-8)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num\\_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF).

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.929.288 – TO (2021/0087575-0)* [em linha]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2022 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=146185765&num\\_registro=202100875750&data=20220224&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=146185765&num_registro=202100875750&data=20220224&tipo=5&formato=PDF).

Entendo plenamente cabível nessa especializada a referida teoria, impondo-se ao empregador que descumprir dever legal que lhe competia, levando o trabalhador ao desgaste de ajuizar uma ação para obter o bem da vida (incontroverso, diga-se de passagem, pois a baixa da CTPS é dever do empregador) ao pagamento de uma reparação por danos morais.<sup>85</sup>

Percebendo esse movimento e abrangência da teoria, Marcos Dessaune, em 2022, ampliou sua obra para a seara do Direito Administrativo e do Direito do Trabalho, intitulado-a *Teoria Ampliada do Desvio Produtivo do Consumidor, do Cidadão-Usuário e do Empregado*, 3ª edição.

De igual modo, a 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a Apelação 1000624-72.2018.8.26.0205<sup>86</sup>, citando a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de forma analógica, para condenar a Administração Pública pela cobrança indevida do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), de 2017, de um cidadão, por um carro já vendido desde 2015, sob o argumento de que foi imposto ao contribuinte que desviasse seu tempo produtivo para corrigir o erro do Estado.

Diante dos julgados acima colacionados, em especial, quanto ao direito do consumidor, conclui-se que, a respeito dos argumentos variados lançados nas demandas, a reparação buscada pelo consumidor não está adstrita ao problema original causado pelo fornecedor, mas principalmente ao efetivo tempo gasto e esforço empreendido pelo consumidor-vítima, na tentativa de resolução de um problema causado pelo fornecedor. Pontue-se que, por vezes, o consumidor sequer tem êxito na resolução do problema e, como consequência, perde seu tempo produtivo para realizar os projetos anteriormente planejados por ele.

Em que pese a grande tendência dos tribunais em suas decisões condenatórias, muitas vezes sugerindo que o fornecedor-empresário adote estratégias inteligentes, para futuramente não incorrer em condenações acerca da matéria ora discutida, de fato, os fornecedores ainda são tímidos em suas políticas, quando deveriam estar focados em fazer com que os consumidores ficassem satisfeitos com a prestação do serviço, sobretudo na resolução de possíveis problemas.

Fato é que o tempo despendido pelo consumidor para resolver problemas oriundos muitas vezes do próprio fornecedor impacta negativamente diversos setores, ou seja, acarreta danos não só entre as partes, mas ao contexto macroeconômico também.

Como exemplo, pode-se trazer a hipótese em que o consumidor perdeu seu tempo em uma fila ou em uma ligação telefônica para resolver problemas consumeristas,

---

<sup>85</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *RO 0000210-16.2018.5.17.0101*. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina. 13 de junho de 2019 [Consult. 12 mar. 2023]. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000210-16.2018.5.17.0101/2>.

<sup>86</sup> VIAPIANA, Tábata. TJ-SP usa teoria do desvio produtivo para anular cobrança indevida de IPVA. *Conjur* [em linha], 16 de julho de 2019 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/tj-sp-usa-teoria-desvio-produtivo-anular-cobranca-ipva/>.

fazendo, conseqüentemente, com que deixasse de trabalhar, o que, de forma inevitável, causa reflexo na economia.

E mais, certamente, a economia do empresário-fornecedor – agente do dano – também sofrerá reflexo, pois o consumidor-vítima não fará boas recomendações da empresa aos que o cercam.

Na verdade, indiretamente, a preocupação com as conseqüências pelo desvio produtivo do consumidor vem ganhando espaço mundial, na medida em que o cuidado com o bem-estar físico e psicológico do ser humano ganha a cada dia mais adeptos na sociedade moderna, bem como a valorização do “tempo vital” do indivíduo.

Conclui-se assim que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, além do cunho jurídico e suas conseqüências, vem trazer à reflexão a importância da utilização inteligente do tempo de vida do indivíduo, e a imperiosa proteção aos seus direitos fundamentais, leia-se, existenciais.

No entanto, vale pontuar que, embora esparsos, há entendimentos de que a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos casos concretos deve se dar com parcimônia pelo julgador.

Conforme se depreende do julgamento do Recurso Especial n.º 1.406.245<sup>87</sup>, pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, a teoria que embasaria os julgados anteriores citados, em especial os da 3ª Turma – acima relatados – “reporta-se a danos que, em princípio, não são reparáveis nem calculáveis, muitos ostentando, ademais, feições de caráter patrimonial”.

O Ministro Luís Felipe Salomão, em seu voto, questiona se a nova modalidade de danos morais, utilizada na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já não estaria intrinsecamente ligada a outros institutos, tais como a perda de uma chance ou lucros cessantes.

De acordo com o entendimento do referido Ministro, em virtude das características da sociedade moderna, seria intrinsecamente esperado o desperdício de tempo na resolução de problemas advindos das relações de consumo.

No contexto do acórdão, o Ministro Luís Felipe Salomão entendeu que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor revela uma nova espécie de danos morais, entretanto, questiona ainda o Eminentíssimo Ministro se a questão de fundo da teoria, a perda de tempo, ou seja, o suposto dano existencial, já não seria a mesma fundamentação jurídica para a condenação da perda de uma chance.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.406.245 (2013/0205438-3)* [em linha]. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Recorrente: BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento. Brasília-DF, 24 de novembro de 2020. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120622147&num\\_registro=201302054383&data=20210210&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120622147&num_registro=201302054383&data=20210210&tipo=5&formato=PDF).

Como dito, o entendimento acima colacionado é minoritário no Brasil, sendo, atualmente, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor amplamente mencionada nas jurisprudências dos tribunais no Brasil.

Demais disto, há que se ressaltar que ainda existem julgamentos no Brasil que fundamentam seu entendimento no sentido de que a *via crucis* do consumidor para resolver problemas de consumo causados pelos fornecedores seria um mero aborrecimento do cotidiano.

Na verdade, trata-se de um resquício de um entendimento já ultrapassado em sua maioria jurisprudencial, sobretudo, após o cancelamento por unanimidade do Verbete Sumular 75<sup>88</sup>, conhecido popularmente como a “súmula do mero aborrecimento”, julgado pelo Órgão Especial do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, no processo administrativo 0056716-18.2018.8.19.0000, em 17/12/2018.

O Enunciado 75 da súmula de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aduzia que um simples descumprimento contratual ou legal não ensejaria dano moral, por se tratar de um mero aborrecimento, excepcionado em causas que violariam a dignidade da suposta vítima.

A decisão que cancelou a citada súmula menciona a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, ressaltando que o tempo do contratante não pode ser gasto e desperdiçado de forma inútil.

Com isso, a jurisprudência no Brasil só vem aumentando, no sentido de acolher a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo como fundamento expreso para a condenação a necessária reparação por dano moral – em sua maioria –, ou dano extrapatrimonial ou dano existencial.

Nesse ponto, note-se que a tarefa do julgador para quantificar a condenação relativa à reparação por danos extrapatrimoniais sofridos por alguém, de certa forma, é árdua, na medida em que há a necessidade de se aferir, caso a caso, as suas peculiaridades e especificidades. Por exemplo, o critério de valor econômico em que o julgador irá condenar uma grande empresa não poderá ser o mesmo critério utilizado em outro julgamento no qual a condenada seja uma pequena empresa, sob pena de falir esta e de nenhuma função punitiva exercer sobre aquela, conforme aduz Marcos Dessaune<sup>89</sup>.

De acordo com Paulo de Tarso Sanseverino<sup>90</sup>, citado por Marcos Dessaune, há uma grande dificuldade tanto na doutrina quanto na jurisprudência para estabelecer

---

<sup>88</sup> RODAS, Sérgio. Órgão Especial TJ do Rio de Janeiro cancela “súmula do mero aborrecimento”. *Conjur* [em linha]. 17 de dezembro de 2018 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/orgao-especial-tj-rio-cancela-sumula-mero-aborrecimento/>.

<sup>89</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 280.

<sup>90</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. V. Princípio da reparação integral: indenização no código civil. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 282-283 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, pp. 276-277.

critérios a fim de quantificar a reparação de um dano extrapatrimonial de forma justa para a vítima.

Segue Paulo de Tarso Sanseverino dizendo que, atualmente, a maioria dos julgadores tem tomado como base os seguintes critérios: as circunstâncias do evento danoso; e o interesse jurídico lesado.

Perceba-se que, quanto ao critério do interesse jurídico lesado, o julgador tem avaliado, sobretudo, qual a espécie do bem jurídico tutelado atingido pelo evento, bem como realizado uma pesquisa de casos semelhantes, levantando precedentes capazes de contribuir na árdua aferição do justo.

Já quanto às circunstâncias do evento danoso, segundo Paulo de Tarso Sanseverino, citado por Marcos Dessaune, são observados nos casos em concreto: a real dimensão do dano e suas consequências; a aferição de dolo ou culpa do ofensor; em qual medida a vítima concorreu para contribuir com o dano; a condição financeira do agente; e, por fim, as condições financeiras, sociais e políticas da vítima.

Conforme se extrai da leitura que se faz acerca das observações dos dois autores, o julgador deverá voltar seu olhar na perspectiva do agente e da vítima, para entender a real intenção de ambos, sobretudo, relativa ao dolo ou à culpa.

Note-se também que o arbitramento do valor da condenação merece maior cautela, pois, de certa forma, a natureza da condenação deverá ter a função punitiva e preventiva, a fim de que a conduta do agente ofensor não volte a acontecer.

Não é demasiado registrar que, no Brasil, há reiteradamente uma confusão acerca das nomenclaturas dos danos, em especial, quanto ao dano extrapatrimonial e dano moral.

De acordo com Marcos Dessaune<sup>91</sup>, o dano extrapatrimonial se trata de um gênero, enquanto o dano moral – em regra anímico – seria sua espécie. No entanto, a jurisprudência e parte da doutrina no Brasil tende a denominar o dano extrapatrimonial como dano moral.

Dessa forma, parte da jurisprudência ainda se vincula ao dano anímico, ou seja, considera que, para a caracterização do dano moral, seria necessária a dor, a humilhação, o atingimento da psique, para que se incorra, efetivamente, em uma possibilidade de condenação.

Nesse contexto, Paulo de Tarso Sanseverino<sup>92</sup>, citado por Marcos Dessaune, acredita que esse entendimento se deu pela demora da jurisprudência brasileira em aceitar uma possível condenação à indenização advinda de um dano extrapatrimonial.

---

<sup>91</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 282.

<sup>92</sup> SANSEVERINO, Ref. 90, pp. 27 e 189 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 283.

Além disso, entende o autor que são perfeitamente cumuláveis várias espécies de danos, de cunho patrimonial e extrapatrimonial, bem como a cumulação de espécies distintas de danos extrapatrimoniais, tais como dano estético e dano moral.

Concluindo esse assunto específico relativo à condenação por danos existenciais, na visão de Marcos Dessaune, o tempo é um bem jurídico importantíssimo, já que não é cumulativo e nem tampouco recuperável, e que, na verdade, significa a fração do tempo vital de um ser humano, de cunho personalíssimo. Logo, a condenação de sua violação deve se dar de forma que traduza a verdadeira a justiça.

Nesse enfoque, segundo Marcos Dessaune<sup>93</sup>, a não responsabilização – leia-se, não condenação – dos fornecedores que adotam a prática do desvio produtivo do consumidor traz inúmeras consequências à sociedade, dentre elas: um estímulo para que os fornecedores pratiquem tal conduta em detrimento do tempo vital do consumidor; a efetiva banalização do fato antijurídico imposto ao consumidor pelo fornecedor; o inevitável aumento do estresse, irritabilidade e frustração do consumidor, diante dos eventos danosos; e, por fim, a consumação de um resultado negativo para o consumidor, na medida em que seu tempo de vida foi efetivamente gasto de forma supérflua, impedindo-o de ter a liberdade para cumprir seu projeto de vida, sua rotina, podendo incluir trabalho, estudo, lazer, dentre outras atividades.

Em sua obra, Marcos Dessaune convida os leitores a pensar, quando cita Dante Alighieri<sup>94</sup>, que escreveu na Divina Comédia sobre a importância do tempo (Purgatório, Canto III, verso 78), *in verbis*: “Pois perder tempo desagrada mais a quem mais conhece o seu valor”.

### **3.4 A Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor no Direito lusitano**

Em Portugal, as relações de consumo encontram-se acolhidas e protegidas sob o manto da Constituição da República Portuguesa<sup>95</sup>, assim como da Lei de Defesa do Consumidor<sup>96</sup>.

Nos ordenamentos jurídicos tanto do Brasil quanto de Portugal, extrai-se que o fornecedor, em sua atividade empresarial, possui algumas missões básicas, tais como: fornecer um produto com padrão adequado, tanto no que se refere à adequação quanto à segurança; prestar informações claras; agir com boa-fé; não adotar práticas abusivas;

---

<sup>93</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 287.

<sup>94</sup> ALIGHIERI, Dante *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 289.

<sup>95</sup> PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* [em linha]. 1974 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

<sup>96</sup> PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 24/96* [em linha]. Lei de Defesa do Consumidor, 1996 [Consult. 10 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=726&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis).

não criar qualquer espécie de risco ou dano ao consumidor; sanar vícios; e reparar os danos causados pelo produto ou serviço, de modo espontâneo, célere e efetivo.

Dito isso, resta claro que o fornecedor no Brasil e em Portugal tem o dever legal de cumprir sua missão legalmente prevista, fornecendo produtos e serviços de qualidade ao consumidor, permitindo assim que o consumidor utilize seu tempo e competências a sua livre escolha.

Lamentavelmente, constata-se que, em ambos os países, muitos fornecedores não obedecem aos ditames legais nas relações de consumo, seja por despreparo, descaso ou má-fé.

Tal fato fica evidente quando o fornecedor impõe ao consumidor, ainda que inconscientemente, seu *modus solvendi* para a resolução de problemas causados por ele mediante o sacrifício deste.

Lembra Marcos Dessaune que, diante da manifesta imposição do fornecedor à resolução do problema causado por ele, o consumidor termina por ou assumir o prejuízo, ou buscar uma solução adequando-se ao procedimento determinado pelo fornecedor, o que não lhe é desejável.

Não é demasiado lembrar que nós, seres humanos, não somos capazes de realizar mais de uma atividade simultaneamente quando isso exige nossa presença em dois lugares diferentes. O que significa dizer que, para resolver os problemas advindos da relação consumerista, o consumidor deverá despende seu tempo, adiando ou eliminando atividades anteriormente planejadas, bem como assumindo custos materiais e deveres operacionais que, efetivamente, não são seus.

Desse modo, parece não ser razoável que, em um Estado de direito, permita-se a manutenção de condutas desleais e não cooperativas do fornecedor. Sobretudo, vale ressaltar que as leis se inspiram em valores humanistas e têm como vetor os direitos da personalidade, ainda mais quando se observa o estado de carência e vulnerabilidade do consumidor.

Nesse enfoque, o consumidor português, ao despende seu tempo existencial por imposição do fornecedor – recurso produtivo –, sofre lesão em sua dignidade, já que o bem tutelado, o tempo, encontra amparo no direito fundamental à vida e, por conseguinte, na dignidade da pessoa humana.

Em outros termos, o consumidor, ao despende seu tempo na resolução de problema causado pelo fornecedor, poderá sofrer lesão ao direito da personalidade, caracterizando um dano extrapatrimonial, segundo o entendimento de Marcos Dessaune, especificadamente, um dano existencial.

É conveniente lembrar que a prática abusiva do fornecedor, acrescido ao dano advindo dessa conduta ao consumidor, demonstra a relação de causalidade nos casos concretos.

Diante da relevância do tema abordado, já que observada a escassez, a intangibilidade e a irreversibilidade do tempo, alguns operadores do Direito em Portugal, ao conhecer a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, estão se debruçando sobre o assunto, a fim de, eventualmente, ampliar o espectro de proteção ao consumidor em terras lusitanas.

Há menção à teoria desenvolvida por Marcos Dessaune em artigos publicados na *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*<sup>97</sup> (n.º 91, de setembro de 2017) e na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*<sup>98</sup> (n.º 28, de dezembro de 2017).

De igual modo, o ilustre doutrinador Jorge Morais Carvalho<sup>99</sup>, em sua obra *Manual do Consumo*, 7ª edição, página 342, faz alusão expressa à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada por Marcos Dessaune.

Em 12 de janeiro de 2023, Marcos Dessaune, no blogue da Nova Consumer Lab, da Universidade Nova de Lisboa<sup>100</sup>, publicou um texto explicativo sobre a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, no qual fez apontamentos acerca da inovadora teoria, bem como explicitou que a questão de fundo consiste em uma resignificação e valorização do tempo do consumidor, demonstrando assim que o tempo é um bem jurídico que deve ser tutelado pelo Estado. Aproveitou a oportunidade para informar o crescente número de decisões no Brasil, até aquela data, que já haviam mencionado a citada teoria, sendo um total de 45.144 acórdãos, incluindo decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da manifesta tutela destinada ao consumidor, a parte vulnerável, há amplo respaldo jurídico em Portugal para a aplicação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em suas jurisprudências, seja pela proteção dada ao consumidor pela Lei Maior, seja pelo que consta na Lei de Defesa do Consumidor – Lei 24/96 de 31 de julho. Vejamos:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA:

Artigo 25.º Direito à integridade pessoal

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

Artigo 60.º Direitos dos consumidores

---

<sup>97</sup> DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: uma visão geral. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* [em linha]. 2017, n.º 91, pp. 99-113. [Consult. 14 fev. 2021]. Disponível em: <https://mail.google.com/mail/u/1/?tab=rm&ogbl&pli=1#inbox/QgrcJHrtsHzfDmFBwjJKVFqZLjtKXsDdPhl?projector=1&messagePartId=0.1>.

<sup>98</sup> DESSAUNE, Ref. 97, pp. 64-78.

<sup>99</sup> CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumo*. 7ª edição. Lisboa: Ed. Almedina, 2020. ISBN: 978-972-40-834007.

<sup>100</sup> DESSAUNE, Marcos. A inovadora “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor” desenvolvida no Brasil por Marcos Dessaune. *Nova Consumerlab* [em linha]. 12 de janeiro de 2023 [Consult. 22 jun. 2023]. Disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/a-inovadora-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-desenvolvida-no-brasil-por-marcos-dessaune/>.

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.<sup>101</sup>

LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei 24/96):

CAPÍTULO II

Direitos do consumidor

Artigo 3.º Direitos do consumidor

O consumidor tem direito:

a) À qualidade dos bens e serviços;

Artigo 4.º Direito à qualidade dos bens e serviços

Os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

Artigo 9.º Direito à proteção dos interesses económicos

1 - O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.

Artigo 12.º Direito à reparação de danos

1 - O consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.

2 - O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei.<sup>102</sup>

Tendo em vista a proteção do consumidor prevista nas leis lusitanas, extrai-se que o fornecedor deve prestar um serviço ou disponibilizar um produto de qualidade, com segurança, com proteção à saúde, prestar as informações devidas, bem como reparar os danos eventualmente causados ao consumidor.

De acordo com o narrado no Capítulo 1 deste trabalho científico, em que se tratou do tema “tempo”, percebe-se que há uma tendência mundial voltada à proteção desse bem, tão valioso para a vida moderna, já que tão escasso.

Fato é que, tanto em Portugal como no Brasil, a análise da temporalidade já está intrínseca no arcabouço jurídico positivado, na medida em que a contagem do interregno temporal pode criar ou suprimir direitos.

Note-se, portanto, que o tema “tempo”, para o Direito lusitano, já é extremamente relevante, entretanto, a proposta de Marcos Dessaune, em sua inovadora teoria, tem por objetivo buscar a tutela do tempo como bem jurídico de cunho constitucional, uma vez que, para o autor, o bem violado – o tempo do consumidor – está intrinsecamente ligado à vida, à proteção dos direitos da personalidade de um indivíduo, em resumo, à dignidade da pessoa humana.

Diversos são os movimentos mundiais no sentido de implementar políticas, costumes e criar leis que, efetivamente, ajudem o ser humano a desempenhar suas competências e atividades diárias de forma mais leve e com tranquilidade, sobrepondo-se à correria da vida moderna.

---

<sup>101</sup> PORTUGAL, Ref. 95.

<sup>102</sup> PORTUGAL, Ref. 96.

Relembre-se que a inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor aduz que o dano-evento (o desvio em si do consumidor) traz a consequência do dano-resultado, e este, segundo Marcos Dessaune, é de natureza existencial, pois viola a fração temporal de vida do consumidor, na medida em que a vítima se vê obrigada a cumprir o *modus operandi* do fornecedor, para tentar resolver um problema do produto ou do serviço causado originalmente pelo próprio fornecedor.

Na verdade, a conduta do fornecedor que impõe ao consumidor a escolha de algo distinto do que havia planejado anteriormente ao evento danoso constitui um grande prejuízo à vítima.

Em que pese ainda ser tímida a divulgação da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor em Portugal, tudo indica que, em breve, haverá um maior espectro de divulgação da citada teoria de Marcos Dessaune, já que este propõe uma mudança de paradigma, em especial, voltado para a proteção de interesses pessoais, quando violado por um evento danoso.

De modo que, conseqüentemente, o dano existencial seja reconhecido diante das lesões que sofre o consumidor nas relações de consumo, respaldado nos fundamentos constitucionais.

O ponto nodal da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor perpassa pelo interesse imaterial do ser humano, aqui tratado como consumidor, devendo ser tutelado e valorizado juridicamente, uma vez que amparado pela legislação cogente.

A teoria ora citada, certamente, ampliará o espectro da própria ciência do Direito lusitano, visto se tratar de uma matéria atual, influenciada por uma cultura jurídica estrangeira, mas que sobretudo se assemelha ao objetivo-fim que é a proteção da vítima-vulnerável.

Em que pese a teoria do desvio produtivo do consumidor ser aplicada no Brasil, sendo, portanto, este o local experienciado, importa dizer que o objetivo perseguido pelo autor, não importando o país, foi a valorização do ser humano, de seus direitos fundamentais e constitucionais, em especial, os direitos ligados à dignidade da pessoa humana.

Relembre-se, como dito nos capítulos anteriores, que, no Brasil, tradicionalmente, a condenação do agente ofensor pelo dano causado a título de desvio produtivo é nomeado como uma reparação por dano moral, havendo, porém, alguns casos expressos como reparação por danos existencial ou dano vital. No entanto, o nome em si da espécie de reparação na condenação, por desvio produtivo do consumidor, não guarda grande relevância, na medida em que o que de fato importa é a questão de fundo, ou seja, o tempo e as oportunidades perdidas pelo consumidor que devem ser reparadas.

Apenas merece destaque que o dano existencial se configura por uma lesão que ocasionou uma mudança de planos, de forma permanente ou temporária, à vítima, podendo ter reflexos, inclusive, nas áreas de competências do indivíduo, já que este poderá perder uma grande chance e oportunidade em sua vida.

Assim, em que pese o autor da teoria entender que o dano que o consumidor sofre é, na verdade, um dano existencial ou vital, devido ao entendimento não pacificado no que concerne à nomenclatura dos danos extrapatrimoniais – gênero e espécies –, o importante é que a jurisprudência a cada dia aumenta a menção à inovadora teoria, sendo assim muito aplicada nos julgamentos nacionais.

Dessa forma, mesmo que o Direito lusitano tenha como tradição na condenação por danos extrapatrimoniais nomear danos morais ou danos imateriais – melhor dizendo, classificar o gênero ou a espécie do dano extrapatrimonial com nomes distintos –, de igual forma, não impede a aplicabilidade da teoria, pois a necessária proteção deve ser a tutela do tempo do consumidor, quando desviado por culpa ou dolo do fornecedor.

Assim, considera-se que a violação ao arcabouço legal lusitano acima colacionado pode servir de arrimo para a proteção do tempo despendido pelo consumidor português para a resolução de problemas causados pelo fornecedor, nos casos concretos, eventualmente, submetidos aos tribunais portugueses, nos quais se configure o dano extrapatrimonial sofrido pela vítima-consumidora, podendo-se aplicar assim a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

## 4 TEORIA DA PERDA DA CHANCE

### 4.1 Conceito da Teoria da Perda da Chance

Antes de adentrar efetivamente na Teoria da Perda de uma Chance, vale conceituar a própria palavra “chance”, que, segundo o *Dicionário da Língua Portuguesa*, significa a possibilidade de algo acontecer, ou seja, a oportunidade dada a alguém<sup>103</sup>.

A Teoria da Perda da Chance, ou Perda de uma Chance, muito debatida no Direito, no campo da responsabilidade civil, aduz que o sujeito que elimina intencionalmente ou não uma oportunidade de um terceiro deverá responder por sua conduta omissiva ou comissiva.

Trata-se, dessa forma, de uma espécie de compensação jurídica decorrente de uma conduta lesiva do agente causador perpetrada à vítima, prejudicando-a por ter perdido uma oportunidade de se beneficiar ou de evitar um dano.

Em outros termos, a Teoria da Perda de uma Chance refere-se a uma busca judicial da vítima em virtude da perda de um benefício ou de se evitar o prejuízo a ela imposto, por uma negligência ou conduta inadequada de uma pessoa física ou jurídica, melhor dizendo, quando há a frustração da chance de obter dado benefício ou de evitar a própria perda.

Para Antônio Jeová Santos, trata-se de uma teoria que afirma que o dano será ressarcível quando, em decorrência de um ato ilícito de terceiro, houver a frustração da probabilidade de obter vantagens financeiras<sup>104</sup>.

Quando se trata de probabilidade, de acordo com Renata do Nascimento Silva, no campo das incertezas e dos riscos, a Teoria da Perda de uma Chance significa uma forma de concretização da incerteza, reparando-se, de certa forma, o conflito, mas não a incerteza<sup>105</sup>.

### 4.2 Aspectos gerais: origem e pressupostos da Teoria da Perda de uma Chance

Historicamente, os registros seguem relatando que a Teoria da Perda de uma Chance nasceu na Itália, tendo seu estudo se iniciado por volta de 1940, por meio do

---

<sup>103</sup> Chance: 1 Acaso favorável. 2 Uma ocorrência não prevista, não esperada; ensejo, oportunidade. 3 Condição do que é possível ou provável de acontecer: “Essas lutas só podem ser travadas com chance de vitória desmontando a ordem política e o sistema econômico vigentes” (CAG). MICHAELIS. *Verbete Chance* [em linha]. 2024 [Consult. 22 ago. 2023]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/chance>.

<sup>104</sup> SANTOS, Antônio Jeová. Dano moral indenizável. 2ª edição. São Paulo: Lejus, 1999 *apud* COSTA, Fabiana Lima. *Responsabilidade Civil – Teoria da Perda de uma Chance* [em linha]. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010 [Consult. 30 mar. 2023]. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_22010/fabianacosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/fabianacosta.pdf).

<sup>105</sup> SILVA, Renata do Nascimento. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: estudo comparativo jurisprudencial entre o Direito brasileiro e o português*. Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2016 [Consult. 10 set. 2023]. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf).

Professor Giovanni Pacchioni. Mas foi na França que passou efetivamente a ser adotada pela Jurisprudência, sendo chamada de *perte d'une chance*<sup>106</sup>. Segundo os estudos sobre a Teoria da Perda de uma Chance e conforme destaca Júlio Vieira Gomes, as raízes doutrinárias da aludida teoria estão na França, sendo que, a partir daí, os demais ordenamentos jurídicos, tais como o da Itália e o da Espanha, começaram gradativamente a se expandir, vindo a jurisprudência a reconhecer e fortalecer os conceitos da Teoria em 1950<sup>107</sup>.

O que se sabe é que há registros desde o século XIX das discussões acerca da teoria *Perte D'une Chance*, época em que ainda era vista com muitas restrições, na medida em que esbarrava em polêmicas quanto à prova de um resultado final concreto.

Atualmente, percebe-se que sua aplicabilidade ainda é muito controversa em vários países, mas não há como negar que representa um instrumento importante de reparação da vítima para o Direito, especialmente, quando falamos de responsabilidade civil, contratual e extracontratual.

Sucedede que é possível encontrar referências à Teoria da Perda de uma Chance em um julgado da Corte de Apelação de Limoges, do ano de 1896, no qual o pedido de indenização de um dono de cavalo foi julgado improcedente. Nesse caso, o proprietário do animal teria se insurgido contra uma companhia de transportes, porque o animal não teria chegado a tempo para participar de uma corrida. A Corte entendeu que não era devida a reparação, tendo em vista que não havia comprovação de que o cavalo, efetivamente, seria o vencedor<sup>108</sup>.

Os casos em que se aplicam a Teoria da Perda de uma Chance, normalmente, ocorrem na seara da responsabilidade civil, por meio de ações indenizatórias, nas quais cumpre demonstrar claramente alguns requisitos e elementos basilares para seu acolhimento, tais como: a probabilidade do benefício ou evitação do prejuízo deve ser real, e não mera possibilidade, nem meras expectativas.

Não obstante, a mencionada teoria não impõe necessariamente que o benefício ou a ausência de prejuízo seja certo e determinado, bastando que a conduta comissiva ou omissiva resulte na possibilidade da perda de uma efetiva chance, sendo a certeza da probabilidade uma das características principais na aferição para a aplicação da referida teoria.

---

<sup>106</sup> PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile Italiano, parte seconda: Diritto delle obbligazioni. V. IV. Delitti e Quase Delitti, Padova: Cedam, 1940, pp. 109-115 *apud* SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012 *apud* SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da Perda da Chance como solução para o “se” Indenizável. *Revista da EMERJ* [em linha]. v. 12, n. 48, 2009 [Consult. 3 jan. 2024]. ISSN: 22368957. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista48/revista48\\_sumario.htm](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista48/revista48_sumario.htm).

<sup>107</sup> GOMES, Júlio Vieira. Sobre o dano da perda de chance. *Direito e Justiça*, Lisboa, vol. XIX, 2005, p. 21. *Apud* LOVATO NETO, Renato. *Perda de Chance no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022, p. 7. ISBN 9788551920312.

<sup>108</sup> Henri e Leon Mazeaud *apud* HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 16. ISBN: 97888502153769.

A verdade é que, por inexistência de requisitos e características taxativas para a aplicação da teoria em um determinado caso, não há como obter uma análise concreta, como ocorre na matemática.

Logo, verifica-se que a aplicabilidade da Teoria da Perda da Chance é analisada caso a caso, verificando-se a probabilidade e estatística, servindo assim de apoio para o julgamento, sobretudo na fase de quantificação da indenização.

Sob a ótica da probabilidade e estatística, a análise dar-se-á com base na probabilidade de ocorrência desse evento, e a efetiva probabilidade da não ocorrência do mesmo evento. Pelos ensinamentos de Piero Calamandrei<sup>109</sup>, percebe-se que a probabilidade se torna de suma importância para a Teoria da Perda de uma Chance.

Nesse quesito, Renato Lovato Neto faz destaque ao ilustre jurista Piero Calamandrei, trazendo menção a sua obra *Opere Giuridiche*, de 1966, na qual defende que, na Perda da Chance, a indenização seria devida e apurada, naquela época, a partir da massificação do cálculo probabilístico. Contudo, tal entendimento foi bastante criticado, especialmente por Sérgio Novaes Dias, na medida em que aquela solução defendida certamente geraria resultados injustos, posto que vinha tratando casos distintos como se fossem idênticos<sup>110</sup>.

Assim, pelo estudo das estatísticas e probabilidades, é possível obter um valor aproximado do dano. Vale afirmar que o recurso da estatística e o estudo das probabilidades proposto por Calamandrei permitem demonstrar se, antes da ocorrência do evento danoso, já existiria uma real possibilidade com conteúdo patrimonial positivo para a vítima e se, após o tal evento, ela foi subtraída.

Melhor dizendo, é certo que há uma frustração da expectativa nos casos em que a Teoria da Perda da Chance é analisada, contudo, para que haja a sua devida aplicação, verificar-se-á se aquela oportunidade, declarada pela vítima, realmente se daria caso os fatos seguissem o seu curso normal, ou seja, sem o evento danoso.

A vítima que sucumbiu ao prejuízo ou perdeu um benefício deverá provar que o agente causador do dano, efetivamente, agiu de forma imprudente, negligente ou contrária ao esperado pelo homem médio.

De igual forma, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente deverá ser provada nos autos, uma vez que a ação ou omissão da pessoa física ou jurídica causadora do dano, irrefutavelmente, deverá estabelecer a conexão com a perda da chance da vítima.

---

<sup>109</sup> Estudo de Vivian de Almeida Sieben Rocha – 2010, p. 15 *apud* BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues, CORREIA, Alexandre Adriano e GONÇALVES, Fábio Enrique. (IN)Aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance no Direito brasileiro e comparado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* [em linha]. Ano 2, n.º 3, 2016 [Consult. 11 nov. 2023]. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016\\_03\\_0497\\_0518.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0497_0518.pdf).

<sup>110</sup> LOVATO NETO, Ref. 107, p. 65.

No entanto, nesse requisito, a avaliação da “causa-efeito/dano” não há como ser rigorosa, pois, caso contrário, nessas situações de perda de uma chance, oportunidade ou benefício, o julgador pode se deparar com a inviabilidade da proteção da pessoa humana.

O prejuízo mensurável ou concreto que a vítima sofreu pela perda de uma chance deverá ser provado nos autos da ação, a fim de que não seja considerado hipotético ou imaginário.

Assim, verifica-se que não se trata aqui de indenizar uma situação meramente hipotética, advinda de mera suposição, mas caberá a reparação por uma chance real, séria e muito razoável.

Na verdade, a conceituação da teoria, no âmbito da responsabilidade civil, mostra-se bastante complexa numa primeira abordagem, na medida em que a sua própria natureza jurídica não está pacificada.

Entretanto, não há como negar que, dado o aumento do volume de distribuição de ações com pedidos de reparação civil, ante os conflitos envolvendo diversos direitos da personalidade humana, que anteriormente não vinham sendo tutelados por lacuna na legislação, novas teorias e institutos tomaram força.

No Brasil, percebe-se que a doutrina vinha em total desconhecimento da teoria por um grande período, isto é, por quase todo o século XX<sup>111</sup>, e que diversos são os posicionamentos quanto à natureza jurídica da teoria, havendo entendimento, inclusive, como sendo espécie de lucro cessante (os chamados prejuízos indiretos) ou de dano emergente (os chamados prejuízos diretos), previstos no artigo 402º da lei civil, como aduz José de Aguiar Dias<sup>112</sup>.

Segundo Renato Lovato Neto, a publicação dos primeiros estudos sobre a Teoria da Perda da Chance no Brasil ocorreu apenas no fim da década de 1990, com destaque para a obra de Sérgio Novaes Dias, a primeira tentativa sobre a abordagem da complexidade do tema por um jurista brasileiro<sup>113</sup>.

Alguns doutrinadores tratam a Teoria da Perda da Chance como uma modalidade de dano moral, a exemplo de Antônio Jeová dos Santos<sup>114</sup>.

A conceituação pode ir além do que se entende por uma teoria. Nesse sentido, para Flávio Tartuce<sup>115</sup>, a perda de uma chance pode ser vista como uma nova categoria de dano. Contudo, nesse sentido, vê com ressalvas, porque, para ele, na maior parte

---

<sup>111</sup> LOVATO NETO, Ref. 107, p. 41.

<sup>112</sup> DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721 *apud* SAVI, Ref. 106 *apud* SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>113</sup> LOVATO NETO, Ref. 107, p. 1.

<sup>114</sup> SANTOS, Ref. 104, p. 110 *apud* SAVI, Ref. 106, p. 39 *apud* SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>115</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021, p. 516. ISBN: 978-85-309-93108.

dos casos apresentados, os danos figuram hipotéticos e/ou eventuais, contrariando o que se extrai dos artigos 186.º e 403.º da legislação civil brasileira.

Aprofundando-se no tema, importante ressaltar que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance não se dá de forma equânime em vários países, pois diversos são os sistemas jurídicos mundiais, bem como não se vislumbra sua aplicação somente no campo da responsabilidade médica.

Na Inglaterra, por exemplo, percebeu-se a necessária aplicação da citada teoria no ano de 1911, no sistema da *Common Law*, uma vez que, nesse sistema, os países se baseiam mais na jurisprudência, ficando muito conhecido o caso de *Chaplin v. Hicks*, no qual a autora se viu impedida pelo réu de participar da fase final de um concurso de beleza em que concorreria a 12 prêmios<sup>116</sup>.

Na Itália, segundo pesquisa de Sergio Savi, o estudo vinha das aludidas indagações:

[...] um jóquei que deverá montar um cavalo de corrida que lhe foi entregue pelo proprietário não chega, por sua culpa exclusiva, a tempo de participar do Grande Prêmio; um pintor envia pelo correio um quadro a uma exposição, mas, por culpa do correio ou de outros, o seu quadro é destruído ou não entregue a tempo de participar da exposição; um advogado deixa transcorrer *in albis* o prazo para interpor um recurso de apelação, privando seu cliente da possibilidade de obter a reforma ou a cassação da sentença que lhe foi desfavorável.<sup>117</sup>

Considerando que,

[...] em todas essas hipóteses as vítimas – o proprietário do cavalo, o pintor e o cliente do advogado – teriam sem dúvida razão para se queixar (...) havendo controvérsias se as vítimas teriam interesse jurídico para ajuizar uma ação de indenização, tendo em vista que se poderia falar em um dano certo.<sup>118</sup>

Nos Estados Unidos, como país da *Common Law*, a Teoria da Perda de uma Chance também é adotada nos tribunais e pelos operadores do Direito, sendo vislumbrada como uma teoria de “causalidade probabilística”; aplicada especialmente nos casos de erros e negligências médicas, todavia, tomou tal força que foi abraçada em análise de outros conflitos<sup>119</sup>.

No Direito americano, segundo Rafael Peteffi, há uma regra estabelecendo uma fórmula geral para fazer a avaliação da porcentagem da perda de uma chance<sup>120</sup>.

Na Austrália, a Teoria da Perda de uma Chance tem mais sua aplicabilidade na responsabilidade contratual do advogado.

---

<sup>116</sup> SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN: 9788522475353 *apud* OLIVEIRA, Marcello Faria de. Teoria da Perda de uma Chance: uma análise sob o ponto de vista do Direito comparado. *Jus Brasil* [em linha]. 2016 [Consult. 3 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-da-perda-de-uma-chance/307943983>.

<sup>117</sup> SAVI, Ref. 106 *apud* SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>118</sup> SAVI, Ref. 106 *apud* SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>119</sup> BRASILINO, CORREIA e GONÇALVES, Ref. 109.

<sup>120</sup> BRASILINO, CORREIA e GONÇALVES, Ref. 109.

### 4.3 Aplicação da Teoria da Perda de Chance na doutrina, na lei e na jurisprudência – na França

Nos estudos sobre a teoria na França, para parte da doutrina, valendo menção a Nuno Santos Rocha, Rafael Peteffi da Silva e Rui Cardona Ferreira, a origem da teoria se deu entre o final do século XIX e o início do século XX, quando a Corte de Cassação deferiu a indenização pela perda da oportunidade da parte, em demanda judicial que alegava a conduta negligente por obra de um oficial contratado<sup>121</sup>.

Por volta dos anos 1960, em um julgado envolvendo erro de diagnóstico, a Corte de Cassação, na reapreciação de um recurso, entendeu que havia ocorrido a perda de uma chance devido à conduta de médico que poderia e deveria agir de outro modo. Entendeu a referida Corte que “Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade”<sup>122</sup>.

Nessa seara, isto é, no contexto da responsabilidade civil por conduta médica, há quem defenda que, nesse caso, a perda de chance não apresenta qualquer especialidade, pois que, na verdade, representa a manifestação de uma causalidade parcial e não um dano autônomo<sup>123</sup>.

Na França, a jurisprudência é aplicada partindo-se de um entendimento de que se trata de um “desaparecimento da probabilidade de um evento favorável”.

Nessa linha, a Corte Francesa faz a seguinte abordagem: “A reparação pela perda de oportunidade, que deve ser medida pela oportunidade perdida, não pode ser igual à vantagem que essa oportunidade teria proporcionado se tivesse se concretizado”<sup>124</sup>.

Melhor dizendo, não há como igualar a reparação pela perda de uma oportunidade ou chance – que será avaliada e medida pela chance perdida – com os resultados distintos (perda de uma oportunidade x vantagem que se teria se o evento tivesse se concretizado).

Com o tempo e a própria evolução da teoria no citado país, o conceito de “probabilidade” foi substituído por “possibilidade”, razão pela qual importante constatar a certeza da perda da chance, para que esta possa ser indenizável, ficando a critério do juiz julgar, no caso concreto, o grau de probabilidade para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance.

Demais disso, para que o ofensor seja condenado ao pagamento de uma indenização com base na Teoria da Perda de uma Chance da vítima, esta deverá

---

<sup>121</sup> HIGA, Ref. 108. ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 24. ISBN: 9789724055688. SILVA, Ref. 116, p. 11.

<sup>122</sup> SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>123</sup> BORÉ, Jacques. L'indemnization pour les chances perdues; une forme d'apreciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *Juris-Clauser Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23.

<sup>124</sup> DALLOZ ACTU ÉTUDIANT – décision do Com. 17 de novembre/2021, n.º 20-12.954. “La réparation d'une perte de chance, qui doit être mesurée à la chance perdue, ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.»

provar, efetivamente, a possibilidade que teria, caso não tivesse sofrido o dano pelo agente causador, de obter um benefício ou evitar um dano.

Como dito acima, a Teoria da Perda de uma Chance é amplamente aplicada na França em casos de responsabilidade civil contratual (falha na prestação de serviço, por exemplo) ou extracontratual (casos de erro).

No ordenamento jurídico francês, não há artigos específicos tratando diretamente da matéria, mas há, pois, uma referência negativa, quanto ao impedimento de aplicação para indenização por perda de chance, especialmente, nos casos de ruptura de negociações pré-contratuais (artigo 1112.º, al. 2, do Código Civil)<sup>125</sup>.

Na verdade, o aludido artigo advém do resultado da reforma de 2016 da parte de obrigações do Código Civil Francês, no qual houve a codificação da jurisprudência do “arrêt Manoukin”, que aduz acerca da impossibilidade de indenização por perda de chance nos casos de ruptura abusiva de negociações pré-contratuais. Abaixo trataremos de forma pormenorizada da citada jurisprudência, uma vez que de extrema importância, na medida em que esse julgamento foi determinante para o início da aplicação da Teoria da Perda da Chance nos tribunais da França.

Vale dizer que, apesar da citada negativa inserida no artigo 1112.º, al. 2, do Código Civil Francês pela reforma de 2016, essa é a única limitação contida no ordenamento francês, o que nos leva à interpretação, melhor dizendo, à conclusão, a contrário senso, de que a Teoria da Perda de uma Chance poderá e deverá ser reconhecida pelo julgador em outros casos.

Como já anunciado acima, a perda de uma chance é, de fato, um tipo de prejuízo em que, no caso concreto, para a jurisprudência francesa, caberá à vítima provar a existência da possibilidade da perda da chance.

Nesse ponto, repise-se que a vítima deverá trazer aos autos a probabilidade concreta de que teria êxito ou de não existência do prejuízo, bem como o nexo de causalidade entre o fato e o dano, para que assim possa o julgador ter certeza da possibilidade, ou melhor, do prejuízo em decorrência do evento danoso, para que este, de fato, seja reparável.

Na verdade, quanto ao valor da indenização nos casos de perda da chance a ser reparada pelo ofensor à vítima, a jurisprudência francesa considera que o *quantum* deverá ser sempre proporcional ao valor integral que seria devido, caso não tivesse

---

<sup>125</sup> Este artigo é o resultado da reforma de 2016 da parte de obrigações do código civil francês, em que houve a codificação da jurisprudência do “arrêt Manoukin”, que determina a impossibilidade de indenização por perda de chance em caso de ruptura abusiva de negociações pré-contratuais. <https://www.definition-juridique.fr/perde-de-chance/>. Artigo 1112-1, primeiro parágrafo, do Código Civil Francês: “*Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cete dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*” Artigo 1112-2, do Código Civil Francês: “*Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions dudroit commun.*”



juridicamente, na medida em que uma pessoa não pode ser indenizada pela perda de ganhos de origem ilícita.

O jurista Patrick Linginbé<sup>127</sup>, em artigo publicado no website francês *Village Justice*, explica muito bem o que é e como é concebida a Teoria da Perda de uma Chance. Para esse jurista, a aludida teoria é um conceito que foi abraçado pela Corte de Cassação da França em 1975, materializando-se como sendo a carência de uma razoável probabilidade sobre a ocorrência de um fato positivo, ou ainda da não ocorrência de uma situação negativa. Concluindo que a perda da chance está numa posição intermediária entre um dano certo e um dano incerto, aquele passível de reparação e este irreparável.

Ainda em seu artigo, como se vê, traz o conceito estabelecido pela jurisprudência relativo aos critérios e requisitos para a sua aplicabilidade, características e situações de casos concretos, assim como Léa Boluze.

Como já mencionado, não há quaisquer dúvidas de que a Teoria da Perda da Chance tem seu conceito estabelecido pela jurisprudência francesa e que foi incorporada à responsabilidade civil, fazendo alusão ao artigo 1240.º do Código Civil, alterado pelo artigo 2.º do Decreto n.º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, na reforma do direito contratual, do regime geral e da prova das obrigações<sup>128</sup>.

Como exemplo, traz à baila o Recurso n.º 74-92118, apreciado pela Câmara Criminal da Corte de Cassação, de 18 de março de 1975, que determinou alguns critérios sobre o dano, na medida em que impôs que este deve ser certo e direto, esclarecendo ainda que nada impede que seja atual ou futuro, todavia, não poderá ser acolhido o dano hipotético; contudo, podendo apresentar caráter de probabilidade suficiente. Na decisão, ficou claro que a perda de chance resulta na privação de uma potencialidade, evidenciando caráter de probabilidade razoável, e que o dano sofrido deve anular a probabilidade de sobrevir um episódio positivo ou negativo<sup>129</sup>. Esse mesmo julgamento encontra-se mencionado no artigo científico de Léa Boluze.

Outro caso a que se deu importância, analisado pela ótica da perda da chance, foi o de um criador de cavalos de corrida, vítima de lesões involuntárias causadas por terceiro, cuja responsabilidade se viu declarada, que alegou sua incapacidade para treinar uma égua para participar das provas de corridas.

---

<sup>127</sup> LINGIBE, Patrick. Peut-on être indemnisé en cas de perte de chance? *Village Justice* [em linha]. 20 nov. 2018 [Consult. 5 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/peut-etre-indemnisé-cas-perte-chance,30015.html>.

<sup>128</sup> Qu'est-ce que la perte de chance ? La perte de chance est une notion dégagée par la jurisprudence. Elle a ensuite été intégrée dans le domaine de la responsabilité civile de l'article 1240 du Code civil modifié par l'article 2 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

<sup>129</sup> Dans son arrêt du 18 mars 1975, la chambre criminelle de la Cour de cassation, n° de pourvoi 74-92118, a déterminé certains critères.

Neste foram feitas algumas considerações que o levaram a crer que a Corte desrespeitou o princípio do “desaparecimento da probabilidade de um evento favorável”, isto é, positivo, na medida em que os juízes decidiram que somente os danos pessoais e diretos podem ser indenizados, pelo período da incapacidade para o trabalho; bem como sobre a impossibilidade de fazer o cálculo dos danos com base num relatório da corrida, posto que consubstanciado em incertezas.

Se o elemento dano, para a Teoria da Perda de uma Chance, tem caráter direto e certo, uma vez evidenciado o desaparecimento, em razão do evento danoso, da probabilidade de uma situação favorável, a vítima deverá assim ser indenizada e o responsável obrigado a compensá-la pelos danos sofridos, independentemente se a chance perdida causou uma lesão pecuniária, moral ou física.

Não há como negar que a doutrina e jurisprudência francesas tomam como exigência para a concretização da perda de uma chance o caráter de ser real e séria (ou grave), significando que a probabilidade da situação alegada deve ser real e verdadeira e a chance demonstradamente perdida. Dessa forma, os juízes são levados à reflexão referente ao tempo que separa o dano e a situação favorável esperada, bem como às diligências realizadas pelo lesado antes do dano.

Nessa toada, razoável a avaliação das condições em que a perda de uma chance será objeto de reparação.

Fato é que a perda da chance será indenizável se atender às características impostas pela lei e pela jurisprudência, mas tendo em mente que a indenização estará limitada ao montante correspondente à oportunidade perdida, sendo imperiosa a distinção entre a reparação total decorrente do evento favorável perdido e aquela pela perda da chance de um benefício. Vale dizer que, nesses casos em que se contempla a perda de uma chance, a indenização não será igual ao benefício que se teria caso o evento perdido tivesse ocorrido. Essa é a linha de pensamento de Léa Boluze.

Assim, aquele que causa a perda da chance da ocorrência de um evento deve, em consequência, pagar uma indenização à vítima para compensar a perda da chance, todavia, esses danos devem representar um percentual do benefício esperado e não sua integralidade.

Ao tratar das questões pré-contratuais, dá inicialmente destaque ao que dispõe a lei, isto é, ao fato de que todos têm o direito de contratar ou não, livremente, pelo que a descontinuidade das discussões que antecedem a celebração de um contrato não pode ser condenada.

Nesse contexto, esclarece-se que havia, em tempo passado, uma divergência dentro da Corte de Cassação entre a Terceira Câmara Cível (que se posicionava favoravelmente à indenização pela perda da chance) e a Câmara Comercial (cujo

posicionamento seguia em contrário, isto é, pelo não cabimento de qualquer indenização pelo desfazimento de negociações pré-contratuais). A divergência foi resolvida em 28 de junho de 2006, no Recurso n.º 04-20040, em que a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Cassação finalmente aderiu ao posicionamento da Câmara Comercial, adotando o seguinte entendimento: não é cabível a reparação pela perda de uma chance em decorrência de rescisão de acordos pré-contratuais<sup>130</sup>.

No referido recurso, apontou-se que, ao condenar uma empresa ao pagamento de uma indenização à empresa lesada, a Corte dispunha de dados suficientes para avaliar o dano à vítima, que seria a perda de uma chance pela falta da vantagem resultante da exclusão do programa previsto.

Entretanto, firmou-se o entendimento de que a perda da chance na obtenção dos benefícios esperados para a celebração de um contrato, ainda em fase pré-contratual, não é indenizável.

Dessa forma, poder-se-á concluir que, entendendo o tribunal ser impossível a compensação da empresa lesada pelos benefícios que poderiam advir da celebração do contrato, a perda de oportunidade não é aplicável no caso de ruptura das negociações pré-contratuais.

No artigo científico da já mencionada Léa Boluze, verifica-se o mesmo detalhamento quanto à explicação<sup>131</sup> da perda de uma chance, aplicada no campo da responsabilidade civil. Afirma-se que a perda da chance sucede do afastamento de uma oportunidade que seria dada à vítima, mas é suprimida em razão do dano sofrido. Nesse sentido, entende-se que deve existir a supressão atual e certa de uma eventualidade favorável.

Como inúmeras vezes já reiterado, há que se ressaltar que o dano deve ser certo e direto, seja atual ou futuro.

Em outra perspectiva, a perda da chance pode ser entendida como uma situação intermediária, melhor dizendo, estaria entre os danos certos e que podem ser indenizáveis, e aqueles hipotéticos e aleatórios, que não dão origem à reparação<sup>132</sup>.

Para uma melhor compreensão acerca da teoria e para não haver qualquer confusão sobre de qual dano o caso concreto está tratando, vale exemplificar algumas situações do cotidiano, tais como:

---

<sup>130</sup> *Dans un arrêt rendu le 28 juin 2006, de pourvoi: 04-20040, la troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est finalement rattachée à la position de la chambre commerciale.*

<sup>131</sup> BOLUZE, Léa. Perde de chance: conditions et indemnisation. *Capital* [em linha]. Atualizado em 10/02/2021 às 10h13 [Consult. 6 mar. 2023]. Disponível em: <https://www.capital.fr/votre-argent/perde-de-chance-1393598>.

<sup>132</sup> BOLUZE, Ref. 128: *“L’indemnisation ne peut jamais être égale à l’avantage qui aurait été tiré si l’événement manqué s’était réalisé (Cass. Civ.1., 9 avril 2002, n° 00-13.314). On peut présenter la perte de chance comme une situation intermédiaire entre le dommage certain indemnisable et le dommage incertain qui lui n’est pas indemnisable, car trop hypothétique ou aléatoire.”*

- Nos contratos bancários e financeiros em que não se pode confundir a perda da chance com a perda dos próprios rendimentos, como na situação em que o cliente do banco autoriza a compra de ações por um determinado valor fixo e, em seguida, o valor das ações sofre aumento, o que lhe garantiria vantagens, mas o banco deixa de efetuar a operação. Nesse exemplo, de fato, o cliente perde os ganhos que se dariam com o aumento posterior dos valores na bolsa, mas não uma simples chance de ganhar;
- Uma pessoa, vítima de uma falha na viação, que não consegue realizar uma prova ou ir a uma entrevista de emprego em decorrência dessa falha, não poderá ser ressarcida. Mas, na verdade, a perda da chance de passar na prova ou em um concurso, ou de obter uma promoção, ou ainda de comparecer numa entrevista de emprego, constitui uma perda reparável, ainda que incerta a vitória nas hipóteses elencadas (no concurso, na prova ou na entrevista), na medida em que impossível saber que, de fato, o resultado ocorreria;
- Nos compromissos contratuais, em que, por exemplo, a empresa transportadora não entrega a tempo da corrida o cavalo, que dela iria participar, ao proprietário do animal, cometendo assim uma grave falha que subtrai do dono a chance de ver o seu animal ganhar o prêmio;
- O erro do médico que dá causa à perda da chance da recuperação, ou até mesmo à sobrevivência da vítima.

Cumprido entender que a compensação pela perda de uma chance será sempre parcial, devendo o seu respectivo valor ser calculado com base naquele que teria sido deferido à vítima em caso de dano futuro, porém inevitável. Seguindo-se nessa linha, muitos juízes fazem a respectiva análise considerando primeiro a avaliação de todo o dano sofrido, para após chegarem à fração relativa ao dano decorrente da perda da chance.

Não é demais dizer que, ainda que pequena a perda da chance, esta será indenizável, quando certamente forem cumpridos todos os critérios de exigência, sendo sua existência negada quando ausente qualquer probabilidade de ocorrência do evento esperado (Corte de Cass. Câmara Com., 13 de maio de 2014, n.º 13-15.516)<sup>133</sup>.

Assim, nos termos dos artigos acima descritos, pode-se aferir que, para a doutrina e, conseqüentemente, seguindo o entendimento da jurisprudência, não há na lei francesa artigos específicos que tratem diretamente da matéria, havendo como única referência o não reconhecimento pelo Código Civil da indenização por perda de chance

---

<sup>133</sup> BOLUZE, Ref. 128: "A noter: la perte de chance même faible est indemnisable. Son existence ne peut être écartée qu'en caractérisant l'absence de toute probabilité de réalisation de l'événement attendu" (Cass. Com., 13 mai 2014, n°13-15.516).»

nos casos de ruptura de negociações pré-contratuais, conforme artigo 1112.<sup>o</sup>, al. 2<sup>134</sup>, conforme dito acima.

Relembre-se que o artigo supracitado resulta da consolidação da jurisprudência da Corte de Cassação, conhecida como “arrêt Manoukin”, e foi incorporado pela reforma da Teoria Geral das Obrigações do Código Civil Francês, de 2016<sup>135</sup>.

Como já anunciado outrora, repise-se que, apesar de uma determinação negativa contida no Código Civil relativa à impossibilidade de pedido de indenização, essa é a única limitação prevista na lei francesa, o que, por interpretação contrária, nos leva à conclusão de que há plena possibilidade para a aplicação da Teoria da Perda da Chance em outras hipóteses.

### 4.3.1 Jurisprudência da França

Assim, no que tange à jurisprudência dos tribunais, o Direito francês é unânime no reconhecimento da Teoria da Perda de uma Chance como causa de indenização à vítima que sofreu o dano.

Dessa forma, o indivíduo que sofreu o prejuízo pela perda de uma chance pode recorrer à justiça francesa para a apreciação e eventual satisfação de pedidos causados pelo desaparecimento de uma oportunidade positiva ou a impossibilidade de evitar um fato negativo.

A jurisprudência francesa, segundo estudos, desde o começo da década de 1990, utiliza majoritariamente a Teoria da Perda de uma Chance nas situações em que se discute a falha ou ruptura no dever de informar<sup>136</sup>.

Frente a esse entendimento, a teoria desenvolvida na França, *la perte d'une chance*, tem sua aplicação nos casos em que o agente ofensor praticou um evento danoso que, conseqüentemente, provocou a frustração de uma chance à vítima, que deixou de obter algum proveito ou mesmo de evitar uma perda.

Rafael Peteffi aponta, em sua obra, três acórdãos de 1996 e 1997, em que a Corte de Cassação se manifestou sobre a aplicação da Lei n.º 84.610 de 1984 (que trata do dever de informação das federações esportivas sobre a contratação de seguros pelos atletas), no tocante à Teoria da Perda de uma Chance. Vale salientar que a decisão final da Corte de Cassação foi de cassar aquela que inicialmente condenou a Federação Francesa de Handball pelos danos físicos sofridos por um atleta filiado, fundamentando-se na Teoria da Perda de uma Chance de que a vítima poderia ter optado por não contratar um seguro mais completo<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> DEFINITION de la perte de chance. *Definition-juridique* [em linha]. [s.d.] [Consult. 16 mar. 2023]. Disponível em: <https://www.definition-juridique.fr/perde-de-chance/>.

<sup>135</sup> Efetuada pelo Decreto n.º 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016.

<sup>136</sup> SILVA, Ref. 116, p. 165.

<sup>137</sup> SILVA, Ref. 116, p. 165.

As decisões mais icônicas da justiça francesa que, efetivamente, consagram a aceitação da perda de uma chance como causa indenizatória são os casos de *arrêt Manoukin* e o *arrêt Chronopost*, pois foram julgamentos que ensejaram uma série de comentários jurídicos acerca da matéria.

Diz-se isso porque, no julgamento dos Recursos n.º J00-10.243 e n.º B00-10.949, pela Câmara Comercial, Financeira e Econômica do Tribunal de Cassação, manteve-se a condenação da empresa Stuck ao pagamento de uma indenização à empresa Alain Manoukin no valor de 400.000 francos, devido à ruptura unilateral das negociações e evidente má-fé dos sócios da empresa Stuck, uma vez que os ajustes sobre a alienação das ações da empresa Stuck pareciam evoluir. E na medida em que novos prazos e novas condições eram acordados entre as partes (Manoukin e Stuck) e uma nova minuta estava sendo providenciada com a concordância da empresa que fora condenada<sup>138</sup>.

Resumindo o aludido caso, os acionistas da empresa Alain Manoukin resolveram reclamar uma indenização da Stuck, bem como dos sócios da empresa Cúmplices, em razão dos danos oriundos da ruptura das negociações iniciadas na Primavera de 1997 com a Stuck, alegando má-fé dos acionistas desta, tendo em vista que as ações que a Manoukin visava adquirir foram objeto de uma promessa de cessão à Cúmplices, quando ainda se discutia a minuta de alienação das ações que compunham o capital da Stuck, significando que os acionistas desta tinham, ao mesmo tempo, realizado acordo paralelamente com a Cúmplices.

A empresa condenada – Stuck – alegava contrariedade com a sua condenação, ressaltando a liberdade nas contratações e a possibilidade de desfazimento das negociações pré-contratuais, salvo nos casos de abuso. Alegava ainda não ter sido evidenciado tal comportamento contrário à boa-fé contratual, assim como não ter sido comprovada por parte da empresa Alain Manoukin as diligências necessárias para o cumprimento das condições que haviam sido negociadas, não se podendo, dessa forma, atribuir culpa à outra parte, o que resultava em clara violação dos artigos 1.382.º e 1.383.º do Código Civil.

A sociedade Alain Manoukian levou à baila, em seu recurso contra a sentença que fixou a indenização em 400.000 francos, que aquele que interrompe, de forma abrupta e unilateral, as negociações relativas à alienação das ações de uma empresa deve compensar a vítima por esta conduta lesiva pela perda da chance na obtenção dos

---

<sup>138</sup> Tribunal de Cassação - Câmara Comercial. Número de Recurso: 00-10.243, 00-10.949, Publicado no boletim Solução: Rejeição. Audiência pública de quarta-feira, 26 de novembro de 2003, Decisão impugnada: Tribunal de Apelação de Paris, 1999-10-29, de 29 de outubro de 1999, Presidente: Sr. Tricot, Relator: Sr. Petit, Advogado-Geral: Sr. Lafortune. *Cour de cassation - Chambre commerciale, n.º de pourvoi: 00-10.243, 00-10.949 Publié au bulletin, Solution: Rejet. Audience publique du mercredi 26 novembre 2003. Décision attaquée: Cour d'appel de Paris, 1999-10-29, du 29 octobre 1999. Président: M. Tricot, Rapporteur: M. Petit, Avocat général: M. Lafortune.*

benefícios esperados com a operação do referido negócio, se tivesse sido celebrado o contrato, não merecendo importância se as empresas não chegaram ao acordo definitivo.

Nesse contexto, a empresa Alain Manoukin acrescentou ainda que deveriam considerar a perda da chance que sofreu de obter vantagens e benefícios com a concretização e exploração do negócio, e que o tribunal, ao fixar a indenização dos danos sofridos, deveria levar em conta os gastos efetuados durante a negociação, bem como com os estudos preliminares realizados por ela, restando violado o artigo 1.382.º do Código Civil.

Pode-se concluir da decisão que rejeitou os recursos das empresas que as situações que representam uma falta cometida no exercício do direito de rescindir unilateralmente as negociações pré-contratuais não são a causa do dano, que consiste na perda da oportunidade de obter os benefícios que poderiam ser esperados com a realização do contrato.

Isso posto, na ausência de uma negociação definitiva, verificou-se que os danos sofridos pela empresa Alain Manoukian correspondiam apenas aos gastos efetuados com os ajustes pré-contratuais e aos estudos preliminares realizados, e não exatamente aos ganhos que poderia esperar receber, em caso de celebração do contrato, com a exploração do negócio, ou mesmo com a perda da chance de obter esses ganhos.

No tocante à decisão, o tribunal entendeu por bem não responsabilizar a Cúmplices, contrariando as razões do recurso da Alain Manoukin, nas quais aduzia que o comprador deveria indenizar a empresa lesada pelo fracasso das negociações, uma vez que a garantia da alienação pela promessa realizada constituiu para o vendedor e para o lucro do comprador um motivo para interromper repentinamente as negociações, mesmo que estivessem prestes a ser concluídas, sem risco para ele.

Nesse caso, o tribunal observou que, nos termos da promessa de transferência realizada entre os acionistas da Stuck e a empresa Cúmplices, estes possivelmente seriam obrigados a pagar a um terceiro pela rescisão indevida das negociações, uma vez que foram beneficiados pelas manobras cometidas pelos acionistas daquela, mas ao final considerou não caracterizada a culpa da Cúmplices com relação à Alain Manoukian.

Não havendo elementos e comprovações suficientes para demonstrar a culpa da Cúmplices, isto é, não havendo como afirmar que esta tenha utilizado de meios escusos ou desleais para obter a cessão das ações que compõem o capital da sociedade Stuck, menos ainda que tinha ciência do progresso das negociações entre a Manoukian e a Stuck, o Tribunal decidiu de forma correta que esta sociedade não tinha

responsabilidade perante a empresa que acabou perdendo a chance de concretizar o contrato, já que é imperioso demonstrar a culpa do agente que praticou o ato lesivo.

E não havendo comprovação da má-fé, não haveria como falar em responsabilização.

Por toda a exposição extraída do julgamento dos recursos no caso conhecido como *Arrêt Manoukin*, certo é que a perda de uma chance pode ser verificada nos casos de responsabilidade extracontratual<sup>139</sup>.

Em outro recurso de igual importância e destaque na jurisprudência da França, qual seja, o Recurso n.º 02-18.326 de abril de 2005, envolvendo a empresa Chronopost, que estaria obrigada a fazer a entrega de uma solicitação da sociedade (parte lesada) para a participação em concurso, mas falhou em seu serviço, poder-se-ia utilizar a abordagem da Teoria da Perda de uma Chance – *perte d'une chance*<sup>140</sup>.

Verificou-se que a conduta da Chronopost, denominada “erro excepcional de entrega”, representou, na verdade, negligência gravíssima e, por essa e outras razões, anulou-se a decisão de 1º grau.

Restou provada, no caso, a conduta indevida da Chronopost, na medida em que admitiu o erro e reconheceu a sua responsabilidade por escrito, em carta de 2 de junho de 1999. Assim, a Chronopost foi condenada ao pagamento de uma indenização no valor correspondente a 100.000 francos, destacando-se a evidente conduta negligente e grave desta, que decorreu da inexecução do contrato de transporte nas formas ajustadas.

Na discussão, a empresa responsável pelo transporte do pedido da parte lesada alegou que o dano reclamado pela sociedade era imprevisível, afirmando, por fim, que a alegada perda de uma chance nas razões da vítima não restou demonstrada. Alegou ainda que presta um serviço de mensagens rápidas e dentro dos prazos definidos, assim havendo rapidez na realização de seus serviços, sendo, inclusive, condição essencial do contrato ofertado.

Da análise do caso exposto, concluiu-se que a empresa lesada demonstrou, por meio de documentos, que o pedido foi entregue à transportadora e que, na apresentação do certificado da cidade de Calais de julho de 1999, o valor de sua oferta licitatória era o mais baixo. Assim, se não tivesse sido impedida de participar daquela

---

<sup>139</sup> *Arrêt Manoukin Cour de cassation - Chambre commerciale N° de pourvoi: 00-10.243, 00-10.949. Publié au bulletin, Solution: Rejet. Audience publique du mercredi 26 novembre 2003. Décision attaquée: Cour d'appel de Paris, 1999-10-29, du 29 octobre 1999. Président: M. Tricot, Rapporteur: M. Petit, Avocat général: M. Lafortune. LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIERE ET ECONOMIQUE.*

<sup>140</sup> *Arrêt Chronopost Cour de cassation - Chambre mixte, N° de pourvoi: 02-18.326, Publié au bulletin Solution: Cassation partielle. Audience publique du vendredi 22 avril 2005 Décision attaquée: Cour d'appel de Paris, 2002-05-24, du 24 mai 2002 Premier président :M. Canivet, Rapporteur: M. Garban assisté de Mme Sainsily, greffier en chef. Premier avocat général: M. de Gouttes. Avocats: Me Le Prado, la SCP Claire Le Bret-Desaché. Texte intégral RÉPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS LA COUR DE CASSATION, siégeant en CHAMBRE MIXTE, a rendu l'arrêt suivant.*

licitação pelo erro grave da Chronopost, teria reais e sérias oportunidades de ganhar aquele concurso licitatório, do qual foi privada.

Nessa linha de raciocínio, o Tribunal de Cassação entendeu pela anulação parcial da sentença, rejeitando a exceção suscitada pela empresa transportadora, e reconhecendo a desistência do primeiro recurso por parte da Chronopost.

Vale esclarecer que, ao cassar e anular a sentença, em parte, o Tribunal de Apelação de Paris determinou a recomposição do processo, devolvendo o caso ao Tribunal de Recurso de Paris, mas com outra composição.

No segundo recurso de cassação, reconhecendo a perda da chance de obter um resultado favorável com a participação de empresa lesada na licitação perdida, o tribunal fixou a indenização de 100.000 francos, a título de dano sofrido pela vítima, mas rejeitando o excedente.

Ora, de fato, a *perte d'une chance* pode ser evidentemente vislumbrada, visto que não restaram dúvidas quanto ao atraso na entrega do pedido, objeto da contratação com a empresa condenada à indenização. Esclarece-se que o pacote deveria ser entregue no máximo até o dia 25 de maio de 1999, contudo, chegou à cidade de Calais em 26 de maio de 1999.

No acórdão ora suscitado, fez-se menção aos artigos 1.150.º do Código Civil, ao 8º, inciso II, da Lei n.º 82-1.153/82, e ao 1.º e 15.º do contrato instituído pelo decreto de 4 de maio de 1988<sup>141</sup>.

Não podemos fugir muito da jurisprudência, porque, como já relatado, os entendimentos, conceitos e aplicabilidade da Teoria da Perda de Chance partem principalmente da própria jurisprudência, valendo assim fazer menção a outras decisões acerca da matéria que validam o direito da vítima que se viu prejudicada pela perda de uma real chance. Vejamos:

1- Dano por Perda da Chance no caso de erro na obrigação de informação: decisão do dia 27 de setembro de 2023, proferida pela Corte de Apelações de Riom (RG n.º 22/00131), em que aduz que,

[...] no caso de ações fundamentadas em falha na obrigação de informação, o dano causado pela perda da chance de não ter contratado (ou seja, se a vítima tivesse sido mais bem informada, não teria contratado um determinado serviço que veio a gerar um dano) é configurado na data da conclusão do contrato que deu origem à demanda.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> *Donne acte à la société Chronopost de son désistement du premier moyen; Attendu, selon l'arrêt attaqué que la société D... France (la société D...) ayant décidé de concourir à un appel d'offres ouvert par la ville de Calais et devant se clôturer le lundi 25 mai 1999 à 17 h 30, a confié à la société Chronopost, le vendredi 22 mai 1999 l'acheminement de sa candidature qui n'est parvenue à destination que le 26 mai 1999; que la société D... a assigné la société Chronopost en réparation de son préjudice; que cette dernière a invoqué la clause limitative d'indemnité pour retard du contrat-type "messagerie"; Sur le second moyen: Vu l'article 1150 du Code civil, l'article 8 paragraphe II de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 et les articles 1er, 22-2, 22-3 du décret 99-269 du 6 avril 1999, applicable en la cause (...).*

<sup>142</sup> «en cas d'actions fondées sur un manquement à l'obligation d'information, le dommage consistant en une perte de chance de ne pas contracter se réalise à la date de la conclusion du contrat litigieux, de sorte que la prescription de l'action tendant à voir réparer ce dommage commence à courir au jour de la conclusion dudit contrat.» [https://www.courdecassation.fr/decision/6515185fc6a2a3831863e9f5?search\\_api\\_fulltext=perte%20de%20chance%20](https://www.courdecassation.fr/decision/6515185fc6a2a3831863e9f5?search_api_fulltext=perte%20de%20chance%20)

2- Dano pela perda da chance de pagamento de um seguro de vida e o não recebimento do salário pelo empregado – decisão de 27 de setembro de 2023 pela Corte de Apelação de Versailles – RG n.º 22/1363, em ação em que ficou caracterizada a falha do empregador na obrigação de informar à previdência social<sup>143</sup>.

No caso, o empregado pedia uma indenização por atraso no pagamento de benefícios previdenciários adicionais, indicando que permaneceu sem remuneração por um período e que, por isso, sofreu danos decorrentes da renúncia de um contrato de seguro de vida e da subscrição de um empréstimo familiar. Em contrapartida, veio o empregador argumentando que informou imediatamente a situação do empregado à assistência social e que o empregado não provou ter sofrido qualquer prejuízo. Asseverou que o empregado violou seus deveres de cuidado.

Nessa situação, o empregado fundamentou seu pedido comprovando que fez resgates parciais de um contrato de seguro de vida e a subscrição de um empréstimo familiar de 10 mil euros, com o intuito de poder arcar com suas despesas na ausência de recursos durante aquele período.

Seguindo o posicionamento jurisprudencial, demonstradas as provas relativas à perda da chance do empregado, que se viu impedido de proceder a esses resgates e subscrições, em razão do não cumprimento das obrigações devidas pelo empregador, concedeu-se a indenização ao empregado no valor de 2.000 euros, quantia a ser paga pela empresa Project SI.

Na seara médica, cumpre fazer referência à recente decisão do Tribunal de Cassação<sup>144</sup>, Decisão n.º 22-18.867 de 13.09.2023, na qual a parte condenada ao pagamento de uma indenização por perda de chance requereu ao Tribunal Superior a reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Apelação de Aix-en-Provence de 12 de maio de 2022. Nessa demanda, houve, inicialmente, a condenação de médico ao pagamento de indenizações à vítima pelo erro praticado, ficando caracterizados os danos causados à vítima, oriundos do erro do profissional, que a impediram de retornar ao mercado de trabalho, retirando-lhe, em consequência, a chance de obter ganhos salariais. Entretanto, a Corte Superior resolveu anular aquela decisão, que reconheceu o dano pela perda de chance, porque houve falha probatória da vítima, na medida em que não merecia credibilidade o argumento de que havia perdido a chance de retornar

---

*&op=Rechercher%20sur%20judilibre&date\_du=&date\_au=&judilibre\_jurisdiction=all&previousdecisionpage=0&previousdecisionindex=0&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=2.*

<sup>143</sup> Cour de Cassation. 27 septembre 2023. Cour d'appel de Versailles. RG n.º 22/01363. Disponível em: [https://www.courdecassation.fr/decision/6515187ec6a2a3831863ea8e?search\\_api\\_fulltext=perte%20de%20chance%20&op=Rechercher%20sur%20judilibre&date\\_du=&date\\_au=&judilibre\\_jurisdiction=all&previousdecisionpage=0&previousdecisionindex=3&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=5](https://www.courdecassation.fr/decision/6515187ec6a2a3831863ea8e?search_api_fulltext=perte%20de%20chance%20&op=Rechercher%20sur%20judilibre&date_du=&date_au=&judilibre_jurisdiction=all&previousdecisionpage=0&previousdecisionindex=3&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=5).

<sup>144</sup> FRANÇA. Cour de cassation - Première chambre civile. *Arrêt de la Cour de Cassation, Première Chambre Civile, du 13 septembre 2023* [em linha]. 2023 [Consult. 11 mar. 2024]. Disponível em: [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS\\_LIEUVIDE\\_2023-0913\\_2218867&ctxt=0\\_YSR0MD1wZXJ0ZSBkZSBjaGFuY2XCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNIYXJjaA%3D%3D#dispositif](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2023-0913_2218867&ctxt=0_YSR0MD1wZXJ0ZSBkZSBjaGFuY2XCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNIYXJjaA%3D%3D#dispositif).

ao mercado de trabalho, já que se encontrava havia 20 anos afastada do trabalho (antes da conduta do médico).

Mas fato é que, ainda que anulada a decisão que concedeu a indenização à vítima, verifica-se o reconhecimento da Corte Superior Francesa dos conceitos da Teoria da Perda de uma Chance.

Impende trazer aqui a crítica da *Office National D'Indemnisation Des Accidents Médicaux* (Oniam) ao primeiro acórdão por ter concedido uma indenização de 30.420 euros pela perda de chance, levando-se em conta rendimentos profissionais atuais, os quais não podem ser entendidos como benefícios de uma vítima de erro médico que nem sequer trabalhava, nem mesmo estava inscrito como candidato a uma vaga de emprego havia 20 anos.

Fato é, por tudo o que já foi observado no presente artigo científico, pelo que diz a doutrina e a própria jurisprudência da França, que a vítima deve demonstrar ser séria e real a chance que entende perdida, e que não há como aplicar a Teoria da Perda de uma Chance em situações hipotéticas.

Dessa forma, como não caracterizados os elementos concretos que permitissem demonstrar que a vítima procurava trabalho, ou se preparava para procurá-lo na data do acidente, assim como verificado que a vítima não apresentou quaisquer documentos de empregadores, com o objetivo de deixar certo que havia a chance de obter um emprego no seu setor de atividade, pode-se concluir que o Tribunal de Apelação não julgou acertadamente o caso.

Ao considerar a perda de oportunidade de voltar ao trabalho com base na alegação da vítima de que ela havia “pensado” em ingressar no mercado de trabalho, o Tribunal de Apelação violou o artigo L. 1142-1.º do Código de Saúde Pública, assim como o Princípio da Reparação Integral.

Nesse contexto, com base em fundamentos insuficientes para caracterizar a existência do dano que se pretendeu indenizar, o Tribunal de Recurso não forneceu base legal para a sua decisão.

Por essas razões, alinhando que, na ausência de qualquer documento que comprovasse a perspectiva, no momento do fato lesivo, de retomada ao trabalho, após a paralisação de sua atividade profissional durante 20 anos, o pedido de reparação apresentado pela vítima com base na Teoria da Perda de uma Chance de ganhos profissionais atuais só pôde ser rejeitado.

## 4.4 Aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Europa

A aplicação da Teoria da Perda de uma Chance na Europa pode variar de acordo com os países, uma vez que os sistemas jurídicos são distintos, mesmo como membros da União Europeia.

Isso porque há países em que sua aplicação se restringe à responsabilidade civil decorrente de negligência profissional, como erros médicos, atuações de advogados, dentre outros.

Já em outros países europeus, a viabilidade e requisitos para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance se dá de forma muito restrita.

Por sua vez, há países europeus em que a Teoria da Perda de uma Chance só é aceita quando a possibilidade da oportunidade for irremediavelmente provada pela suposta vítima, bem como o nexo causal entre a conduta negligente comissiva ou omissiva e a efetiva perda de uma chance.

Veja-se que, na Itália, a Teoria da Perda de uma Chance tem sido admitida pelos tribunais em vários campos, especialmente no Direito de Trabalho, contudo, exigindo-se para a sua própria existência um grau de probabilidade da vantagem pertinente<sup>145</sup>.

Verifica-se assim a aplicação da teoria no Direito do Trabalho, visando, sobretudo, ao ressarcimento dos prejuízos causados aos trabalhadores nas hipóteses especialmente de frustração na progressão da carreira profissional. Outrossim, vem sendo ampliada a outras matérias e situações, como nas relações comerciais, quando há a frustração da possibilidade de prosseguir nos acordos, bem como a frustração da oportunidade de sucesso em processos de contratação pública ou da possibilidade de sobrevivência<sup>146</sup>.

Ressalta-se que, na Itália, existem nas mais variadas obras sobre a Teoria da Perda de uma Chance a afirmação de que a primeira decisão favorável à compensação pela “*perdita di chance*” data de 1983, quando a *Corte di Cassazione* condenou uma empresa a indenizar alguns candidatos que concorriam a uma vaga de emprego pela perda dessa possibilidade, salientando que, apesar de terem participado das primeiras

---

<sup>145</sup> PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* [em linha]. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Centro de Direito Biomédico (CDB), Coimbra Editora, 2008 [Consult. 22 out. 2023]. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf) *apud* PORTUGAL. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. *Processo 5105/12.2 TBXL.L 1.S1* [em linha]. 2ª Secção, Relator Tomé Gomes, data do acórdão: 0.07.2015, pp. 193-194 [Consult. 6 set. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e932fffb25ab867680257e8100375246?OpenDocument>.

<sup>146</sup> Conforme ALCOZ, Luis Medina: *Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades*, *Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 30, 2009, pp. 31-74, p. 38; PEDRO, Ref. 145, pp. 192-193 *apud* LEITÃO, Antonio Pedro Santos. *Da perda de chance - problemática do enquadramento dogmático* [em linha]. Dissertação em Ciências Jurídico Civilísticas. Menção em Direito Civil, julho 2016, Universidade de Coimbra [Consult. 22 jun. 2023]. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20-%20Perda%20de%20Chance1.pdf>.

provas na etapa de seleção, foram indevidamente impedidos de realizar as provas seguintes<sup>147</sup>.

No aludido processo, o juiz de primeiro grau acolheu a pretensão dos autores, aduzindo que o direito destes merecia ser admitido, sob a condição de que passassem nas provas que não puderam realizar. O tribunal, no entanto, entendeu pela reforma da sentença, argumentando que o dano decorrente da perda de uma chance não seria indenizável nesse caso, pois que considerado meramente potencial. Ocorre que veio a Corte de *Cassazione* e reformou a decisão do tribunal, confirmando a decisão de 1ª instância.

A Corte de Cassação Italiana se posiciona da seguinte forma: os critérios indispensáveis, de seriedade e certeza, da oportunidade perdida, somente seriam alcançados se o lesado demonstrasse claramente que tinha, pelo menos, 50% de probabilidade de obter o benefício esperado, isto é, que a conduta do ofensor suprimiu 50% das chances daquele de alcançar sua pretensão. Paralelamente, no Brasil, apenas a título de informação, Sérgio Savi aponta igual posicionamento ao da Corte de Cassação Italiana, defendendo que somente em casos em que for possível demonstrar uma mínima probabilidade de 50% de resultado esperado é que, teoricamente, poder-se-á aceitar uma reparação em virtude da perda de uma chance.

Na Espanha, após grande controvérsia, a maioria dos doutrinadores passou a entender que o dano advindo da perda de uma chance teria uma nova natureza, ou seja, uma nova categoria, contudo, sua aplicação deve se dar com justeza e com a motivação judicial adequada, de acordo com o que aduzem Mariano Yzquierdo Tolsada<sup>148</sup>, Álvaro Yerga Luna<sup>149</sup> e Maria del Carmem Gonzáles Carrasco<sup>150</sup>, todos citados por Maria Malta Fernandez em sua obra.

Nos ordenamentos de origem anglo-saxônica, a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade da reparação pela perda de chance em vários casos, estabelecendo, para tanto, patamares probabilísticos distintos. No entanto, as doutrinas austríaca, alemã, suíça, grega e dos países escandinavos não têm reconhecido a figura da reparação em

---

<sup>147</sup> SAVI, Ref. 106, p. 20. PEDRO, Ref. 145, pp. 193-194.

<sup>148</sup> Nesse sentido é o entendimento de Mariano Yzquierdo Tolsada: "...distinta del lucro cesante o ventaja o beneficio fiscal esperado, distinta del daño moral y distinta también del daño material (por más que quepa encajarlo con frecuencia como una especie de subclase de este último). Y dado este carácter tan proteico, no es difícil apreciar que se trata de un daño que tiene sus propias pautas de valoración". YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad Civil Extracontractual. Madrid: Dykinson, 2001, p. 651. ISBN 84-8155-725-0. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 164.

<sup>149</sup> Destaca o valor de facilitação probatória: LUNA YERGA, Álvaro. Oportunidades Perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria. INDRET, Revista para el Análisis del Derecho, 2/2005, Barcelona, Maio de 2005, p. 15. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 164.

<sup>150</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, Maria del Carmen. Pérdida de oportunidad procesal: motivación de la identificación y valoración del daño y del nexo causal. Comentario a la STS de 13 julio 2017", Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, num.107/2018, p. 9. ISSN 0212-6206. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 164.

decorrência da perda de uma chance, de acordo com a obra de Maria Malta Fernandes<sup>151</sup>.

Na obra de Rute Teixeira Pedro, a Teoria da Perda de uma Chance encontra-se amparada nos princípios dos contratos comerciais internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (Unidroit), segundo os quais:

- 1 – Só há dever de reparar o prejuízo, ainda que futuro, que possa ser determinado com razoável grau de certeza;
- 2 – A perda de uma expectativa pode ser reparada na medida da probabilidade da sua realização;
- 3 – O prejuízo cujo valor não possa ser determinado com suficiente certeza será avaliado discricionariamente pelo tribunal.<sup>152</sup>

## 4.5 Aplicação da Teoria da Perda de uma Oportunidade em Portugal

Após a Teoria da Perda de uma Chance surgir na França, no século XIX, seu acolhimento se deu em vários ordenamentos jurídicos, tais como o da Itália, Inglaterra, Bélgica, Espanha, Holanda, Portugal, Estados Unidos, Brasil, Argentina, Canadá, dentre outros, conforme aduz Luís Medina Alcoz, citado por Maria Malta Fernandes<sup>153</sup> em sua obra.

A partir de 2006, os tribunais começaram a aplicar a citada teoria como base de suas fundamentações e, segundo Maria Malta Fernandes<sup>154</sup>, até hoje há divergências entre doutrinadores e a própria jurisprudência lusitana, acerca do efetivo reconhecimento da Teoria da Perda de uma Chance em Portugal, sobretudo a ensejar a indenização advinda por um dano decorrente do ato lesivo.

Desde já, esclareça-se que a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance em Portugal não é aceita em todos os ramos do Direito, sendo sua utilização, de certa forma, mais restrita à responsabilidade civil.

Aliás, em Portugal, o termo “chance” não é muito utilizado, apesar de a palavra fazer parte do dicionário português. Por sua vez, é melhor dizer: Teoria da Perda de uma Oportunidade<sup>155</sup>.

Dentro das diversas teses, discorre Maria Malta Fernandes<sup>156</sup> que, quanto à doutrina, há diversos posicionamentos acerca da aplicação da Teoria da Perda de uma

---

<sup>151</sup> FERNANDES, Ref. 35, p. 176.

<sup>152</sup> PEDRO, Ref. 145, p. 197. PORTUGAL, Ref. 141.

<sup>153</sup> MEDINA ALCOZ, Luís, Hacia una nueva teoría de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades, Revista de Responsabilidad y Seguro, Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil e Seguro, n.º 30, Segundo Trimestre, 2009, ISSN 1887-7001. Ideia que também se desenvolve em MEDINA ALCOZ, Luís. La Teoría De La Pérdida de Oportunidad –Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado, 1.º ed., Thomson Civitas, 2007, p. 181. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 169.

<sup>154</sup> FERNANDES, Ref. 35, p. 122.

<sup>155</sup> MENEZES, Sara Lemos. *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme* [em linha]. Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2013 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13401/1/Tese Sara Lemos de Meneses.pdf>.

<sup>156</sup> FERNANDES, Ref. 35, pp. 50, 52, 68.

Chance em Portugal, sendo explicitada em sua obra a seguinte divisão: posições de negação; posições de admissão restrita; e posições de admissão plena.

Dessa forma, conforme aduz a citada autora, com a divisão de posicionamentos acima descritos em sua obra, já se pressupõe a grande controvérsia acerca do tema sugerido neste trabalho científico.

Vale dizer, desde já, que, no sistema jurídico português, ainda há uma tendência a aplicar a Teoria do Resultado Útil Perdido, em vez da Teoria da Perda de uma Chance.

Esclareça-se que a aplicação da Teoria do Tempo Útil Perdido se dá em casos em que o dano, efetivamente, ocorreu por conta da conduta do agente causador, não havendo que se falar, nesses casos, de probabilidade de uma chance perdida.

Melhor dizendo, a aplicação da Teoria do Tempo Útil Perdido ocorre quando a vítima prova nos autos que o dano de fato ocorreu em virtude de um ato lesivo contra ela perpetrado.

O termo “Perda de Chance” não é muito apreciado pela doutrina, nem pela jurisprudência, não apresentando um contexto preciso, melhor dizendo, comum a todas as aplicações nas diferentes áreas do Direito, uma vez que pode ser encontrado em diversos sentidos.

Notadamente, podendo ser encontrado como sendo o dano advindo da lesão de um bem ou interesse jurídico, pela ausência de manifestação oportuna e devida; como dano correspondente à perda de uma oportunidade na finalização de um negócio, pelo fracasso das negociações; dano pela perda de oportunidade na realização de um negócio que visava a um determinado processo negocial; dano decorrente da não obtenção de vantagens pecuniárias ou patrimoniais que poderiam, em tese, ter sido obtidas se não fosse a conduta ilícita do ofensor, mas cuja obtenção se encontrava dependente de um elevado grau de probabilidade<sup>157</sup>.

Os tribunais portugueses, em regra, aplicam a Teoria da Perda de uma Chance a casos específicos, em especial, ligados à responsabilidade profissional.

Nesse ponto, vale destacar que a referida aplicação prescinde da demonstração de que, de fato, a oportunidade perdida era razoavelmente esperada, acrescida à imperiosa prova do nexos de causalidade entre a conduta negligente do profissional e o dano, o que caracterizaria a efetiva perda da chance.

Deve-se mencionar *decisum* do Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra, que se posicionou de forma unânime pelo não acolhimento do recurso interposto no Processo n.º 1579/15-8T8CBR-C1, em que se discutiu a perda de oportunidade em razão da

---

<sup>157</sup> FERREIRA, Rui Cardona e ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I - Conceitos, Fontes, Formação*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2005 *apud* MENEZES, Ref. 155.

conduta do advogado, que deixou de recorrer de sentença prolatada em outra ação, na qual o autor dessa foi condenado<sup>158</sup>.

No contexto, foi aduzido que

[...] a figura da *perda de chance* não está conceptualizada na lei e conecta-se com o facto de alguém ser lesado no direito de obter uma vantagem futura, ou de não ser lesado, por facto de terceiro, sendo que esse facto pode fundar na responsabilidade contratual ou extracontratual. Não se confundindo com a perda de expectativa, pois aqui há uma esperança (com forte carga subjectiva) de um direito, por ter havido um percurso que a ele conduziria com forte probabilidade, sendo uma situação a inserir na dogmática da responsabilidade pré-contratual. É que, na *perda de chance*, não se busca, efectivamente, a indemnização pela perda do resultado querido, mas antes pela oportunidade perdida, como um direito em si mesmo. Deve estar demonstrado – como matéria de facto da exclusiva competência das instâncias – a causalidade naturalística entre a conduta – activa ou omissiva – e a *perda de chance* alegada (Cf. Ac. STJ, de 09.12.2014, Relator: Sebastião Póvoas; também, a dissertação de Mestrado da Dra. Patrícia Cordeiro da Costa – “Dano de Perda de Chance e a sua perspectiva no Direito Português”; Mestre Rui Cardona Ferreira, in “A Perda de Chance revisitada [A propósito da Responsabilidade do Mandatário Forense]”, Sep. ROA, 73, IV, Out-Dez 2013; Dra. Sara Lemos Meneses “Perda de Oportunidade: Uma Mudança de Paradigma ou um Falso Alarme” e Prof. Júlio Gomes, “Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade ou perda de chance”, in II Seminário dos Cadernos de Direito Privado”, n.º especial, 2, Dezembro, 2012. O que não sai, no caso, demonstrado.

De igual modo, vale destacar que a perda de chance não se confunde com perda de expectativa, pois nesta há uma esperança de um direito, por se ter percorrido um caminho que se seguiria com forte probabilidade.

No aludido acórdão, entendeu-se que não ficou provado que o eventual recurso naquela ação, que deixou de ser interposto pelo advogado, seria julgado procedente, pelo que não foi demonstrada a causalidade entre a conduta do advogado e o dano concreto e determinado. O que se faz concluir e afirmar o carácter indispensável da demonstração do nexa causal, isto é, a prova de que aquela conduta do ofensor deu causa àquele dano.

Restou salientado ainda que, na perda da oportunidade, verifica-se uma situação omissiva (representando o “deixar de fazer”) que, por não ter ocorrido, poderia razoavelmente permitir à vítima uma situação jurídica que a beneficiasse; imaginando-se a situação que ocorreria sem a falha na conduta do agente, não podendo constituir um dano presente (imediatamente ou mediato) nem um dano futuro (por ser eventual ou hipotético), sendo, nessa hipótese, relevante apenas se provado que o prejudicado teria o direito não fosse a chance perdida.

E mais uma vez não afastada a necessidade de restar provado que o lesado alcançaria o seu direito, não fosse a perda da oportunidade.

Acrescido ao acima pontuado, a lesão que causou a perda da chance fez nascer um dano certo, com a efetiva perda atual de uma possibilidade séria e não, simplesmente, uma expectativa de resultado futuro.

---

<sup>158</sup> PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 1579/15-8T8CBR.C1* [em linha]. Relator Antônio Carvalho Martins. Mandato Forense. Dano da Perda da Chance. Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra – Coimbra [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/C7BB86C3ABD8455A802580B800443D0C>.

Em que pese a Teoria da Perda de uma Chance poder ser utilizada em diversas áreas do Direito, a aplicação em Portugal da citada teoria, nos casos concretos, se dá em matérias específicas, relativas às atividades laborais, tais como as desempenhadas por médicos e advogados.

Como demonstrado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 29.04.2010, do Relator Exmo. Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, a perda de chance é tratada como uma nova figura jurídica, mais aplicada nos estudos da responsabilidade civil, destacando-se principalmente na seara médica<sup>159</sup>.

Na seara médica, pode ser observada, em especial, a perda de chance por falta de informação, que tem acolhida quando o paciente experimenta uma lesão em razão de não ter sido adequadamente informado sobre a conduta do profissional, que por isso não teve a oportunidade de tomar outro tipo de decisão, que não viesse a lhe causar o dano suportado.

De fato, nos estudos da responsabilidade médica, diz-se que o consentimento informado é um instrumento que permite verificar o respeito pelo paciente. É claro que o objetivo principal do dever de informação e esclarecimento do médico é dar ao paciente uma opção consciente, isto é, uma escolha com responsabilidade ante a conduta a ser adotada pelo profissional, ciente de todas as despesas e consequências e, principalmente, dos seus riscos<sup>160</sup>.

Em contrapartida, em julgado do Supremo Tribunal de Justiça português, restou entendido que, muito embora o termo de consentimento e informação fornecido pelo médico se apresente genérico, o fato de estar inserida a informação de que “o doente não deve hesitar em solicitar mais informações ao médico, se não estiver completamente esclarecido”, significa dizer que o paciente abdicou do seu direito de ser informado detalhadamente. Nesse caso, o pedido de indenização do paciente foi negado<sup>161</sup>.

E como já anunciado outrora, na doutrina portuguesa, a discussão acerca do tema “perda de chance” ou “perda de oportunidade” ainda não encontrou um caminho para a unanimidade de entendimento.

Para a constatação de tal afirmação, relevante destacar alguns autores que aceitam o ressarcimento do dano por perda da chance, mas que procuram delimitar os seus contornos e requisitos, muito bem lembrados no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.07.2015 do Relator Tomé Gomes:

---

<sup>159</sup> Prof. Sínde Monteiro – “Aspectos Particulares da Responsabilidade Médica” *apud* “Direito de Saúde e Bioética”, Lex, 1991 *apud* PEDRO, Ref. 145, pp. 169 e ss. *apud* PORTUGAL, Ref. 145.

<sup>160</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 2015, p. 408. ISBN: 9789723223095.

<sup>161</sup> PORTUGAL. *Acórdão 3925/07.9TVPR.T.1.S1* [em linha]. Relator João Bernardo, acórdão de 09.10.2014 [Consult. 22 out. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>.

Carneiro da Frada<sup>162</sup> considera “a perda de oportunidade um dano em si, como que antecipando o prejuízo relevante em relação ao dano final (apenas hipotético...), para cuja ocorrência se não pode asseverar um nexo causal suficiente”. [...] sustenta que a perda daquela oportunidade pode desencadear responsabilidade contratual [...] porém tudo dependerá da possibilidade de individualizar a violação de uma norma cujo fundamento seja claramente a salvaguarda da chance. Além disso, entende que para a valoração do dano, é indispensável um juízo de probabilidade.<sup>163</sup>

Faz crer que a perda de uma chance é um dano autônomo, já que dito que representa um “dano em si”, e que ocorre quando não se pode demonstrar suficientemente o nexo de causalidade e que a quantificação do dano fará parte do juízo de probabilidade.

O aludido autor diz ainda que há que considerar o caráter preventivo da responsabilidade civil, acrescida do entendimento da responsabilização do dano àquele que aumentou o risco de sua ocorrência, havendo aqui inversão do ônus da prova relativamente à causalidade, exigindo-se do ofensor o dever na demonstração de que o prejuízo não decorreu dela ou de que, no caso concreto, o dano se teria produzido apesar dessa violação.

Assim, para Carneiro de Frada, nos casos de perda de chance, deve-se considerar a inversão do ônus da prova, exigindo daquele que violou o dever contratual a prova de que o dano ocorreria de qualquer forma.

Rute Teixeira Pedro<sup>164</sup> entende a perda de chance como “categoria de dano autônomo, ou seja, como diverso do prejuízo decorrente da perda do resultado por ela proporcionado”, e que deve ser provada com o grau de verossimilhança exigido em termos de consistência ou seriedade.

Nesse aspecto, a autora faz a distinção entre a certeza no que diz respeito à inviabilização definitiva do resultado possível, pela qual se obtém o dano certo, e a verificação concreta desse resultado, que é, por natureza, incerta<sup>165</sup>. Dessa forma, constatada a existência de uma chance real e séria, e provada a sua perda como decorrência de uma conduta ilícita, deve-se partir para a questão da dificuldade na determinação do *quantum* reparatório, propondo assim uma avaliação baseada na utilidade econômica que seria alcançada com a verificação do resultado final e na probabilidade de o alcançar.

Conforme cita Maria Malta Fernandes<sup>166</sup>, Rute Teixeira Pedro efetivamente defende a Teoria da Perda de uma Chance, contudo, entende que sua aplicação deverá se dar apenas na responsabilidade civil do médico.

---

<sup>162</sup> FRADA, Carneiro da. *Direito Civil, responsabilidade civil – o método do caso*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 104-105 *apud* PORTUGAL, Ref. 145, pp. 193-194.

<sup>163</sup> PORTUGAL, Ref. 145, pp. 193-194.

<sup>164</sup> PEDRO, Ref. 145, pp. 192-198. PEDRO, Rute Teixeira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 221 e ss *apud* PORTUGAL, Ref. 145, pp. 193-194.

<sup>165</sup> PEDRO, Ref. 145, pp. 192-198. PEDRO, Ref. 164, pp. 221 e ss *apud* PORTUGAL, Ref. 145, pp. 193-194.

<sup>166</sup> PEDRO, Rute Teixeira. A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas ações relativas à responsabilidade civil do profissional médico – dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pro damnato. *Revista do CEJ*, 1º Semestre 2011, número 15, Dossiê Temático Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, p. 52. *Apud* FERNANDES, Ref. 35, p. 59.

De outro lado, poder-se-ão encontrar doutrinadores que defendem não se tratar a perda de oportunidade, efetivamente, de um dano autônomo. Estes aludem que o regime legal da responsabilidade civil impõe a certeza na identificação do dano, bem como do respectivonexo de causalidade com a situação danosa, como pressuposto da obrigação de indenizar.

A exemplo desse posicionamento, Júlio Vieira Gomes afirma que a “mera perda de uma chance” não tem, em geral, o potencial para fundamentar uma pretensão indenizatória<sup>167</sup>.

Conforme cita Maria Malta Fernandes<sup>168</sup>, Júlio Vieira Gomes entende ser precipitada a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, sobretudo por, segundo ele, ter contradições com o Código Civil e a responsabilidade civil, em especial, as teorias da causalidade e da diferença.

De forma objetiva, para Maria Malta Fernandes<sup>169</sup>, a parte da doutrina que se opõe à Teoria da Perda de uma Chance fundamenta seu posicionamento por conta da falta de suporte normativo português, o que traz, conseqüentemente, aos jurisdicionados grande insegurança jurídica, na medida em que há, segundo eles, uma dificuldade de estabelecer o nexode causalidade entre o fato e o dano.

A Professora Margarida Lima Rego, em seu artigo sobre *Decisões em ambiente de incerteza: Probabilidade e Convicção na formação das decisões judiciais*, ao discorrer sobre probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais, faz crer que, na sociedade jurídica, há a consciência de que o juiz não atinge, em alguns casos, a verdade absoluta, pelo que sua convicção fica atrelada ao juízo de probabilidade, salientando que a lei portuguesa faz menção à prudente convicção do magistrado, tal como quando se trata da perda de uma oportunidade. Essa forma de pensar tem tido sucesso nos tribunais portugueses<sup>170</sup>.

Aqui, nesse ponto, é importante destacar a relevância da convicção do juiz, isso porque, por exemplo, numa condenação de um profissional da saúde, responsabilizado por uma falha ou erro em sua conduta, seja num procedimento ou mesmo no atendimento ou diagnóstico do paciente, a decisão pode vir a lhe causar enorme

---

<sup>167</sup> GOMES, Ref. 107. *Apud* PORTUGAL, Ref. 141, pp. 193-194.

<sup>168</sup> GOMES, Ref. 107. *Apud* FERNANDES, Ref. 35, p. 62.

<sup>169</sup> FERNANDES, Ref. 35, p. 50.

<sup>170</sup> REGO, Margarida Lima. *Decisões em ambiente de incerteza (Probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais)*. *JULGAR* [em linha]. n.º 21, 2013 [Consult. 11 set. 2023]. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/07-M-Lima-Rego-Probabilidade-e-convic%C3%A7%C3%A3o.pdf>. “A autora debruça-se as decisões judiciais aventando que o juízo de convicção do julgador da matéria de facto não é mais do que um juízo de probabilidade sobre a verdade ou falsidade de certas proposições. Neste sentido, procura-se refletir sobre o papel que desempenha — ou poderia desempenhar — o raciocínio probabilístico quer, em geral, na formação da convicção do julgador da matéria de facto, quer, mais especificamente, na fixação do montante de uma indemnização. Porque se afinal a permissão de uma decisão *ex aequo et bono* não deve ser interpretada como criando um espaço de arbitrariedade, antes abrindo a porta a um processo decisório não assente em regras e princípios estritamente jurídicos, então deveria admitir-se, em pleno, a formulação de juízos probabilísticos designadamente quando está em causa um dano de perda de oportunidade ou de chance.”

prejuízo de ordem patrimonial, bem como danos irreversíveis na sua honra e credibilidade.

Certo é que a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance não tem a capacidade de afastar todas essas consequências, entretanto, pode minimizá-las, na medida em que o julgamento se faz pelo juízo de probabilidades.

Por outro lado, pode-se concluir que, num caso cuja decisão for improcedente, desconsiderar as reais e sérias chances da vítima de evitar os prejuízos suportados é como ignorar a evolução da responsabilidade civil que privilegia a defesa dos interesses da vítima.

Da análise jurisprudencial, poder-se-á chegar à conclusão de que a perda de chances nos casos chamados de processuais não constitui um dano autônomo, na medida em que se opõe aos princípios de certeza do dano e da causalidade adequada, ressalvados os casos em que a prova permita com elevado grau de probabilidade ou verossimilhança concluir que a vítima obteria certo ganho ou benefício não fosse a chance perdida<sup>171</sup>.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo parece mais permissiva no que diz respeito à admissibilidade da reparação do dano por perda de chance, ao considerar essa oportunidade perdida como um dano autônomo e atual, defendendo que a respectiva perda de oportunidade de um benefício não é uma mera expectativa, mas um dano certo, tal como enxergando o montante indenizatório com referência à vantagem econômica final, que poderia ter sido obtida e a probabilidade que o lesado teria de alcançá-la.

Entrementes, quanto ao direito do consumidor em Portugal, que é pautado na proteção dos consumidores, garantindo para que sejam resguardados seus direitos nas relações de consumo, a utilização da Teoria da Perda de uma Chance ainda é limitada.

Vale dizer que, no âmbito do direito do consumidor em Portugal, as questões discutidas nos tribunais são ligadas a uma reparação ao consumidor, em decorrência de um ato lesivo efetivamente produzido nas relações comerciais, notadamente abusivas.

A vítima consumidora nos tribunais portugueses tende a exigir indenizações em danos concretos e não por oportunidade perdida.

---

<sup>171</sup> PORTUGAL, Ref. 145, pp. 193-194. Acórdão do STJ, de 29/04/2010, relatado pelo Exmo. Juiz Conselheiro Sebastião Póvoas, no processo n.º 2622/07.0TBPNF.P1.S1[14], de 9/02/2006 (06B016), a considerar a exigência de alegação e a demonstração de que "há uma forte probabilidade de a oportunidade se não voltar a repetir ou mesmo se perdeu definitivamente"; de 6/03/2007 (07-A138) e de 16/06/2009 (1623/03.1TCLRS. S1), a afastarem, na prática, a perda de *chance* por, tratando-se de casos de concursos públicos, dependeram de juízos de discricionariedade e de manifesta álea, tornando imprevisível a ocorrência do dano e assim afastando o nexo causal; de 22/10/2009 (409/09.4YFLSB).

Como dito acima, a utilização da Teoria da Perda de uma Chance na jurisprudência de Portugal se dá, principalmente, em casos ligados à responsabilidade profissional.

Não obstante essa afirmação, verifica-se a aplicação da Teoria da Perda de Oportunidade (termo de preferência pelos portugueses), em casos sob a ótica da responsabilidade extracontratual, como em demandas que envolvem, por exemplo, acidentes em vias públicas.

Nesse contexto, cumpre mencionar o entendimento jurisprudencial recentemente adotado, de relatoria do Exmo. Jorge Arcanjo, no processo 2133/16.2 T8CTB.C, com publicação em 18 de fevereiro de 2020, destacando-se o sumário do referido acórdão “Perda de Chance. Responsabilidade Civil. Dano Biológico. Indenização”, em que, por unanimidade, decidiu-se pela revogação parcial da sentença<sup>172</sup>.

No referido acórdão, a discussão levada ao tribunal decorreu das consequências atribuídas a um motorista de um automóvel (Réu) que colidiu com um motociclista (Autor) numa via. Na ocasião, o motociclista lesado alegou a responsabilidade exclusiva daquele motorista e que sofreu sérios danos de ordem financeira e não patrimoniais, enquanto o motorista do automóvel, mesmo admitindo a sua responsabilidade no acidente, impugnou os prejuízos elencados pelo motociclista. Na sentença, em que os pedidos do autor foram julgados parcialmente procedentes, o motorista do automóvel foi condenado ao pagamento de indenizações a diversos títulos, como: danos patrimoniais atuais, patrimoniais futuros decorrentes da perda da capacidade de ganho, bem como não patrimoniais. E ambos recorreram da sentença.

Nessa ordem, ficou a cargo do tribunal reapreciar as questões de todos aqueles danos elencados e que foram objeto das indenizações devidas pelo réu da ação. Aqui, o que mais interessa é o dano patrimonial pela perda de oportunidade e os danos não patrimoniais (porque traz a figura do dano existencial).

E, mais uma vez, o tribunal fez questão de destacar que a questão do dano decorrente da perda de uma oportunidade/chance, na responsabilidade civil, tem sido objeto de vastas dissertações doutrinárias e jurisprudenciais; assim como que a jurisprudência é predominantemente favorável à reparação pela referida teoria, mas sendo vista como um dano autônomo.

Considerando a prova de que, nesse caso, o autor de fato era um praticante do motociclismo desde criança, participante de diversas provas valendo prêmios em dinheiro desde muito cedo, restou evidente a chance real e séria perdida, isto é,

---

<sup>172</sup> PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º 2133/16.2T8CTB.C1* [em linha]. Relator Jorge Arcanjo. Perda de Chance. Responsabilidade Civil. Dano Biológico. Indenização, pb. 18.02.2020, Unanimidade, Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco – JC Cível de Castelo Branco. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ef1c8a56b3040248025851800410177?OpenDocument&Highlight=0>.

cumprido nesse aspecto um dos requisitos necessários ao acolhimento do pleito e ao reconhecimento da perda de oportunidade.

Sendo assim, em razão das lesões claramente comprovadas, o motociclista ficou impossibilitado de praticar sua atividade desportiva, em consequência, de obter prêmios em dinheiro, resultando na perda de chance.

Evidente a perda da chance ao tratar dos danos patrimoniais nessa demanda, mas parece haver uma lacuna sobre o tema quando tratado o dano extrapatrimonial, talvez porque seja a perda da chance tratada como um dano autônomo.

Sobre o dano existencial, como categoria de dano extrapatrimonial, é preciso abrir um espaço para falar de seu surgimento e importância, ressaltando que é aceito especialmente no mundo jurídico italiano e foi referido no julgamento acima estudado, mas não sem antes dizer que a indenização pelos danos não patrimoniais não tem por escopo reconstruir o evento que existiria se não houvesse a interrupção do mesmo por uma conduta lesiva, mas sim reparar a vítima, apresentando da mesma forma um caráter de sanção. Fato é que a função reparatória não deve corresponder ao fim de enriquecimento injustificado por parte da vítima, contudo, deve, no caso concreto, proporcionar a esta a obtenção dos benefícios e vantagens equivalentes aos que perdeu.

E quanto a todas as possíveis classificações e distinções do dano, elemento tão importante para a responsabilidade civil, reitera-se que a doutrina e a jurisprudência há muito tem explanado sobre os modos de expressão do que se entende como não patrimonial, fazendo a devida distinção das dores físicas e morais sofridas pela vítima; do dano estético, do dano de afirmação pessoal, daquele dano indiferenciado que considera a inclusão social do lesado nas suas diversas realidades, o prejuízo da saúde em geral, em consequência, a sua longevidade.

De acordo com o entendimento de Nuno Santos Rocha, como cita Maria Malta Fernandes<sup>173</sup>, a teoria em comento trata-se de uma “nova espécie de dano”, de modo que o enfrentamento das demandas judiciais perquiridas não deve se limitar à análise de bens corpóreos, mas sim às demais categorias de bens que efetivamente integram o patrimônio jurídico do ofendido.

De modo que não há óbice à interpretação do caso concreto para que configure a perda da chance como um dano autônomo, passível de ser avaliado economicamente e reparado, na medida em que a plasticidade é, efetivamente, reconhecida ao conceito de dano, segundo Nuno Santos Rocha<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> ROCHA, Ref. 121, p. 101. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 71.

<sup>174</sup> ROCHA, Ref. 121, p. 101. Apud FERNANDES, Ref. 35, pp. 72-73.

Nesse contexto, identifica-se uma preocupação maior com a categoria do dano moral, pois, estando nele abrangidas outras manifestações que a lesão provoca no ofendido, não se pode apenas vinculá-lo a uma simples perturbação emocional.

Foi seguindo nesse raciocínio que a doutrina e a jurisprudência italianas começaram a enxergar o “dano pessoal” abrangendo todos os danos que ocorrem na estrutura psicossomática da pessoa e, recentemente, passaram a adotar o conceito de dano existencial, a fim de ver envolvidos aqueles danos que, não sendo estritamente morais, causam lesões não patrimoniais.

Na toada da mudança que o Direito sofre a todo momento, com a evolução da sociedade (ou não evolução), parece que estamos diante da construção de um novo modo de encarar o dano pessoal, que diz respeito à própria natureza e existência do ser humano, adentrando no caráter psicossomático das lesões.

É com essa visão que o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco se posicionou da seguinte forma:

[...] na verdade, essa concepção é a que melhor se adequa à natureza e finalidade da indenização pelos danos extrapatrimoniais/pessoais, pondo o enfoque na vítima, com implicações na (re)valorização compensatória, maximizada pelo princípio da reparação integral.<sup>175</sup>

Conforme conclui Maria Malta Fernandes<sup>176</sup>, especificadamente quanto à doutrina, as posições ainda são divergentes, entretanto, há uma minoria contrária à indenização decorrente da Teoria da Perda de uma Chance, já outros que permanecem intermediários e, por fim, doutrinadores favoráveis à reparação, dentre estes a citada autora, pois entende ser necessária uma resposta à realidade jurisprudencial. E continua afirmando que não seguir essa tendência jurídica seria uma espécie de negação da necessidade exegética de integrar o dano da perda de uma chance no direito dos danos.

Segue a autora afirmando que admitir a citada teoria seria uma espécie de “emancipação do dano da perda de chance”, contudo, sem se afastar dos pressupostos

---

<sup>175</sup> A indenização pelos danos não patrimoniais não visa reconstituir a situação que existiria se não ocorresse o evento, mas sim compensar o lesado, tendo também uma função sancionatória sobre o lesante. E se a indenização não tem o propósito de enriquecer injustificadamente o lesado, deve, no entanto, proporcionar-lhe a obtenção de satisfações equivalentes ao que perdeu”, como sugerem Mazeaud et Mazeaud (Responsabilité Civile, vol. 1º, pág. 313). A doutrina e a jurisprudência têm teorizado sobre os modos de expressão do dano não patrimonial, distinguindo-se, como mais significativos, o chamado “*quantum doloris*”, ou seja, as dores físicas e morais sofridas no período de doença e de incapacidade temporária; o “dano estético”, o “prejuízo de afirmação pessoal”, dano indiferenciado que respeita à inserção social do lesado, nas suas variadas vertentes, o prejuízo da “saúde geral e longevidade, que valoriza os danos irreversíveis na saúde e bem-estar, o “*pretium juventutis*”. Embora sem rigor sistemático, é patente uma preocupação superadora da tradicional categoria de dano moral, “ampliando o seu espectro, de molde a abranger outras manifestações que a lesão provoca na pessoa, e já não a simples perturbação emocional, a dor ou o sofrimento. Na doutrina e jurisprudência italianas começou a emergir na década de setenta a noção de dano pessoal”, incorporando todos os danos que lesam a estrutura psicossomática do ser humano, e mais recentemente com a definição conceitual de dano existencial, visando abarcar os danos que não sendo estritamente morais originam consequências não patrimoniais. Pretende-se, assim, erigir um novo modelo centralizado no “dano pessoal” que afecta a estrutura ontológica do ser humano, entendido como entidade psicossomática e sustentada na sua liberdade, correspondendo a duas únicas categorias de danos: o “dano psicossomático” e o “dano ao projecto de vida”, com consequências extrapatrimoniais. Na verdade, esta concepção é a que melhor se adequa à natureza e finalidade da indenização pelos danos extrapatrimoniais/pessoais, pondo o enfoque na vítima, com implicações na (re)valorização compensatória, maximizada pelo princípio da reparação integral.

<sup>176</sup> FERNANDES, Ref. 35, pp. 79-80.

da responsabilidade civil, quais sejam, “nexo de causalidade (...), mas entre esse facto e a perda da chance de obter tal resultado”<sup>177</sup>.

Conforme narra Maria Malta Fernandes<sup>178</sup>, a conceituação de dano na norma jurídica de diversos países sofreu grande alteração nos últimos anos, a fim de se adequar aos novos comportamentos sociais e sofridos pelo indivíduo-vítima. Motivo pelo qual se faz necessário um esforço do Poder Legislativo, nesse sentido, a fim de preencher as lacunas, de forma a integralizar a norma jurídica e mitigar as angústias e necessidades dos jurisdicionados.

## 4.6 Aplicação no Brasil

Notadamente, a Teoria da Perda de uma Chance teve sua primeira aplicação em julgados da corte brasileira em 29 de agosto de 1991<sup>179</sup>, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, certamente, sob a influência da palestra de François Chabas, realizada em 23 de maio de 1990, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, conforme cita em sua obra Maria Malta Fernandes.

Posteriormente, o grande caso que efetivamente deu ensejo à ampla aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, também citado por Maria Malta Fernandes, ocorreu em 8 de novembro de 2005<sup>180</sup>, ao ser julgado o caso de uma concorrente de um programa televisivo de perguntas e respostas. Ao final, já na última pergunta para ganhar o valor de um milhão de reais, diante das opções de respostas apresentadas, a concorrente desistiu e garantiu a metade do prêmio. Ocorre que, posteriormente, foi verificado que todas as respostas apresentadas pelo programa estavam erradas, de modo que a ação proposta concorrente foi julgada procedente, sob a fundamentação de que a requerente nunca poderia ganhar o prêmio final, já que a possibilidade de ganhar havia lhe sido retirada.

A Teoria da Perda de uma Chance é amplamente aplicada nos tribunais pátrios, sobretudo, no campo da responsabilidade civil, mas ainda não há previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, podendo extrair-se apenas dos entendimentos jurisprudenciais e da própria doutrina.

---

<sup>177</sup> FERNANDES, Ref. 35, p. 80

<sup>178</sup> FERNANDES, Ref. 35, p. 102.

<sup>179</sup> A decisão sufragada pelo TJRS no acórdão de 29 de agosto de 1991 aplicou a “perda de chance” no caso em que houve falta de atuação processual por parte do mandatário que em representação da vítima que pleiteando pensão por falecimento ao órgão estadual competente (à época Instituto Nacional de Previdência Social, atualmente Instituto Nacional de Seguridade Social), não terá aquele causídico tomado a providência processual cabível, o que levou o tribunal a considerar que o profissional causou à ofendida uma perda de chance. LOVATO NETO, Renato. Perda de Chance no Direito Brasileiro e Português. Dano da Perda de Chance e sua Perspetiva no Direito Português. Dissertação de Mestrado em Direito Privado, Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Escola de Direito, Porto, 2014, p. 45. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 168.

<sup>180</sup> LOVATO NETO, Ref. 179, p. 46. Apud FERNANDES, Ref. 35, p. 168.

Frente a essa questão da ausência de previsão legal no Brasil, há na Câmara dos Deputados projeto de lei sendo debatido para incluir no Código Civil brasileiro a possibilidade da reparação civil por perda de chance ou oportunidade, mas o texto ainda está sendo analisado<sup>181</sup>.

No projeto apresentado à Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Ricardo Ayres, faz-se menção à doutrina brasileira que caracteriza a Teoria da Chance Perdida como uma quarta categoria de dano. Nesse projeto, o Deputado Ricardo Ayres defende que a Teoria da Perda de uma Chance deva ser contemplada e normatizada no Código Civil brasileiro, levando-se em conta que vem sendo aceita nas fundamentações das decisões da Justiça.

A proposta de inclusão da possibilidade de reparação civil por perda de oportunidade tramita em caráter conclusivo, devendo ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

#### **4.6.1 A Teoria da Perda de uma Chance na doutrina brasileira**

Sobre o tema, três obras relevantes merecem destaque, as dos civilistas Rafael Peteffi da Silva, Daniel Amaral Carnaúba e Sérgio Savi.

Sérgio Savi, em *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*, faz clara associação entre os limites técnicos e os problemas concretos relativos à responsabilidade civil por perda de uma chance; evidencia pesquisa jurisprudencial; estabelece os requisitos necessários e os fundamentos legais e as possibilidades interpretativas para o acolhimento da teoria na realidade brasileira<sup>182</sup>.

Ainda, em sua obra, Sérgio Savi entende que, se não houver a reparação do indivíduo quando demonstrada a perda de uma chance séria e verdadeira, haverá inegável sentimento de injustiça. Destaque-se:

[...] a perda de uma chance, por sua vez, na grande maioria dos casos, será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para indenização desta espécie de dano.<sup>183</sup>

##### **Alguns juristas brasileiros afirmam que**

[...] a reparação das chances perdidas tem fundamento nos artigos 186.º (que trata do ato ilícito, como sendo toda e qualquer ação ou omissão, seja voluntária, por negligência ou imprudência que venha a violar o direito e causar dano a terceiro, ainda que exclusivamente de ordem moral) e 927.º do Código Civil de 2002 (que também trata do ato ilícito vinculando-o à obrigação de indenizar) e é reforçada pelo princípio da reparação integral dos danos, consagrado no artigo 944.º do CC/22 (que fala da extensão do dano).<sup>184</sup>

<sup>181</sup> BRASIL. Projeto inclui no Código Civil possibilidade de reparação civil por perda de oportunidade. *Agência Câmara de Notícias* [em linha]. Reportagem de Murilo Souza, Edição de Ana Chalub, 11 de abril de 2023 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/940299-projeto-inclui-no-codigo-civil-possibilidade-de-reparacao-civil-por-perda-de-oportunidade>.

<sup>182</sup> SAVI, Ref. 106, p. 115.

<sup>183</sup> SAVI, Ref. 106, p. 109 *apud* BRASILINO, CORREIA e GONÇALVES, Ref. 109.

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.757.936/SP* [em linha]. 3ª Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j.20.08.2019 [Consult. 20 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859217204/inteiro-teor-859217215>. Art. 186 do CC/22 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente

Aduz Rafael Peteffi Silva que os tribunais brasileiros, em alguns casos, vêm tratando as hipóteses de perda de uma chance como dano de natureza patrimonial<sup>185</sup>.

Como se sabe, essa teoria ainda é muito recente no Brasil e, como “novidade”, acaba esbarrando em diversas controvérsias e posicionamentos de juristas e doutrinadores, não havendo, até o presente momento, um alinhamento unânime sobre sua natureza jurídica.

E como uma “novidade”, fez parte de debate na V Jornada de Direito Civil, na qual chegou-se ao Enunciado n.º 444:

A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.<sup>186</sup>

Então, considerando o que restou registrado no Enunciado n.º 444 da V Jornada de Direito Civil, no que se refere à questão de a chance perdida não poder ficar limitada a percentuais apriorísticos, vale acrescentar que existem alguns autores com entendimento bastante contrário que vêm sendo adotados nos julgados, melhor dizendo, que defendem que a aplicação de um limite mínimo de probabilidade é uma solução inadequada, levando-se em consideração os mais variados interesses<sup>187</sup>.

Nesse ponto, relevante apontar a afirmação de Flávio da Costa Higa sobre a questão acima destacada, que aduz não ser possível, por exemplo, acreditar que um paciente que tenha à sua disposição um tratamento que lhe proporcione apenas 30% de chance de cura não terá direito a qualquer reparação, se essa chance lhe for retirada por conduta do ofensor<sup>188</sup>.

Na doutrina brasileira, fato é que, havendo o desaparecimento de uma oportunidade de ganho em favor do lesado, tem-se a chamada Perda da Chance Clássica. E, nesta, há sempre a certeza quanto à autoria do evento que frustrou a oportunidade<sup>189</sup>.

Frise-se que a relevância da teoria e de sua aplicabilidade nasce de uma grande lacuna na lei e da necessidade de oferecer uma resposta justa nas situações em que a diferença do que é possível, provável ou verossímil é difícil de estabelecer.

---

moral, comete ato ilícito.” Art. 927, CC/22 “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Art. 944, CC/22 “A indenização mede-se pela extensão do dano.” Parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

<sup>185</sup> SILVA, Ref. 116, p. 125 *apud* COSTA, Ref. 104.

<sup>186</sup> Enunciado n. 444 – V Jornada de Direito Civil. Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Comissão de Trabalho. Responsabilidade Civil. Coordenador da Comissão de Trabalho Paulo de Tarso Sanseverino. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/362> *apud* TARTUCE, Ref. 115.

<sup>187</sup> CARNAÚBA, Daniel Amaral. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013, p. 125 *apud* SILVA, Ref. 105.

<sup>188</sup> HIGA, Ref. 108, p. 87 *apud* SILVA, Ref. 105.

<sup>189</sup> NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações – introdução à responsabilidade civil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 669 *apud* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1254141, proc. 2011/0078939-4* [em linha]. Relatora Min. Nancy Andrigui, j. 04/12/2012 [Consult. 3 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865276892/inteiro-teor-865276902>.

Nesse ponto, não é demais evocar a citação do Professor Dr. Kazuo Watanabe, da Universidade de São Paulo, e membro fundador e Diretor Presidente do Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão:

Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E conclui: “quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade”.<sup>190</sup>

Nos tribunais, ainda que complexa, a teoria tem sido aplicada e bastante mencionada pelas diversas jurisprudências. No campo do Direito da responsabilidade civil, no Superior Tribunal de Justiça, ressalte-se o que o Exmo. Ministro Luís Felipe Salomão aduziu em seu voto no julgamento do Recurso Especial n.º 1.540.153/RS, quando definiu a perda de uma chance como “uma técnica decisória criada para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante de lesões a interesses aleatórios”<sup>191</sup>.

Já no julgamento do Recurso Especial n.º 1.308.719, o Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques enfatizou que “o objeto da reparação é a perda da possibilidade de obter um ganho como provável, sendo necessário fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo”.

No Brasil, a parte que porventura tenha sido prejudicada por negligência de terceiro poderá requerer uma compensação pelos danos causados, desde que a chance supostamente perdida seja de certa forma concreta. E, quando se pensa em “de certa forma concreta”, impossível afastar-se do juízo da possibilidade, do juízo da probabilidade e do campo das incertezas.

Nesse ponto, imperioso mencionar grande ponderação do Dr. Paulo Maximilian:

Diante de situações incertas (será que isso ocorreria? Será que aquilo daria certo? Havia chance de ele se tornar um campeão?) caberá ao julgador (munido sempre do senso de razoabilidade), buscar nos conceitos de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, a “resposta” – ou a melhor presunção – sobre o contexto fático alegado nos autos, pois, como dito no início, “aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza absoluta”.<sup>192</sup>

Não obstante a inicial necessidade da evidência do dano lesivo em si, não há uma imposição inafastável, acerca de uma razoável possibilidade do benefício esperado ou da evitação do prejuízo.

Essa conclusão pode ser observada em um caso envolvendo um candidato que passou apenas na 1ª etapa da 1ª fase de um concurso público, tendo sido reprovado

---

<sup>190</sup> WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2ª edição. São Paulo: CEBPEJ, 1999, p. 127 *apud* SCHONBLUM, Ref. 106.

<sup>191</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.540.153/RS* [em linha]. 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.17.04.2018, Dje 06.06.2018 [Consult. 12 mar. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/595923770/inteiro-teor-595923777>.

<sup>192</sup> SCHONBLUM, Ref. 106.

em exame psicotécnico. Nesse julgamento, a Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela não aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, visto que o candidato foi aprovado somente na 1ª fase do certame, não havendo como estimar se aquele indivíduo teria obtido classificação dentro da quantidade de vagas no final de todo o processo<sup>193</sup>.

Nas situações e conflitos que envolvem erro médico, em que se vincula a responsabilidade do hospital ou do próprio médico, e alegações de perda de chance de uma oportunidade por desídia de um advogado, constata-se que não é fácil chegar a uma conclusão da responsabilização, já que o Direito não faz parte das ciências exatas. E, nessa hipótese, difícil chegar à convicção de que aquela chance era real, verdadeira e concreta.

E aqui vale mencionar o conceito de erro médico na abordagem de Décio Policastro:

Para a generalidade das pessoas, ao ser verbalizada a expressão erro médico, forma-se na mente a ideia de uma falha cometida pelo médico. Porém, no cotidiano da prática médica, nem todo mal resultado está diretamente associado a um erro do médico ou a um ato do prestador de serviços. Às vezes surgem no doente intercorrências imprevisíveis, sem que a causa possa ser atribuída ao atendimento médico em seu estrito significado. Uma terapia pode estar certa e a resposta decepcionar. Uma intervenção cirúrgica pode redundar em fracasso, embora realizada com aplicação rígida das técnicas disponíveis. Um medicamento pode ter sido o melhor indicado na posologia correta e produzir reação inesperada. Um serviço hospitalar pode ter sido modeladamente prestado e suceder infecção ao paciente em razão do seu próprio estado de saúde.<sup>194</sup>

Não há mesmo como imaginar que todos os resultados não satisfatórios no campo da medicina sejam resultados efetivos de erro médico. Mas o médico deve atender seu paciente, isto é, aquela pessoa que estiver aos seus cuidados, com o maior zelo possível, utilizando-se de todos os meios e instrumentos que estiverem ao seu alcance, objetivando sempre a preservação da vida.

Seguindo-se a esse raciocínio, a Juíza Dra. Grácia Cristina Moreira do Rosário ensina que um diagnóstico ou uma conduta equivocados do médico, de fato, pode levar à perda de uma chance da vítima, dificultando ou impedindo o paciente de evitar os riscos resultantes do consagrado erro, por exemplo, quando o profissional não tiver agido de forma diligente, quando havia meios para tal<sup>195</sup>.

---

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial 1.120.911/RS* [em linha]. Relator Ministro Castro Meeira, j. 17.03.2011 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/18659637/inteiro-teor-18659638>.

<sup>194</sup> POLICASTRO, Décio. *Erro Médico e suas consequências jurídicas*. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 1 *apud* KANIAK, Vanessa. A Teoria da Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e sua aplicabilidade pelos Tribunais. *Jus Brasil*, 2016 [Consult. 8 out. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-de-cura-ou-sobrevivencia-e-sua-aplicabilidade-pelos-tribunais/378604161>. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0145.04.141528-5/001*. Juiz de Fora, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes, j. 31.05.2006

<sup>195</sup> ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* [em linha]. Vol. 11, pp. 43-167, 2008 [Consult. 15 out. 2023]. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista43/Revista43\\_167.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf).

É possível encontrar na jurisprudência a distinção entre diagnósticos como evidentes, delicados e difíceis. Naqueles (evidentes), o erro é considerado uma falta, enquanto nestes (delicados e difíceis), não são revelados sequer como erro<sup>196</sup>.

Dessa forma, a responsabilidade civil do médico, no tocante à Teoria da Perda de uma Chance, pode ser alegada quando evidente a sua intervenção de forma errada, quando poderia, é claro, ter agido de forma diversa, ocasionando ao paciente a perda da possibilidade de cura.

Sob essa ótica, entram aqui aqueles casos em que o câncer de um paciente não foi diagnosticado precocemente por um médico, quando seria capaz de fazê-lo.

Como já anunciado outrora, nos casos de difícil demonstração do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do profissional da saúde e a lesão suportada pelo paciente, admite-se que a condição que implica reparação é a perda de uma chance de um resultado favorável no tratamento.

Impende ainda esclarecer que, na seara da responsabilidade civil do médico, não se vislumbra somente o chamado “erro médico”, visto que a falta de informação desse profissional diante do paciente pode gerar a privação de escolha sobre qual melhor conduta a adotar para o bem de sua vida e saúde.

Por essa razão, em especial, e por outros motivos, nos casos em que os julgados envolvem situações de erro médico, a Teoria da Perda da Chance não é pacificamente aceita. Há, pois, quem a coloque em confronto com o que dispõe o artigo 403.º do Código Civil (CC)/02<sup>197</sup>, isto é, que exclui a possibilidade de reparação dos chamados danos indiretos, adotando, dessa forma, a Teoria do Dano Direto e Imediato no Direito Civil.

Contudo, como bem assevera Flávio Tartuce, os juízes tendem a acatar mais a responsabilidade dos médicos e hospitais nos alegados casos de “erro médico” do que a dos advogados e seus respectivos escritórios nas lides envolvendo perdas de uma chance. Para esse doutrinador, não é dado aos advogados o mesmo grau de compreensão oferecido para os médicos<sup>198</sup>.

Tal fato pode se dar em face do que diz o Estatuto do Advogado – Lei 8.906/94, em seu artigo 32.<sup>0199</sup>, bem como o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90<sup>200</sup>, que aludem que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é subjetiva. No Estatuto do Advogado, a prática do ato resta vinculada ao dolo ou culpa do profissional,

---

<sup>196</sup> ROSÁRIO, Ref. 195.

<sup>197</sup> Art. 403 do CC/02 “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.”

<sup>198</sup> TARTUCE, Ref. 111.

<sup>199</sup> Lei 8.906/94, artigo 32, caput: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.”

<sup>200</sup> Lei 8078/90, artigo 14, parágrafo 4º: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

enquanto, na Lei do Consumidor, a responsabilidade dos profissionais liberais é verificada quando se fala em culpa do agente.

Na responsabilização do advogado, é certo que a atividade exercida por ele é considerada de meio e não de resultado, porém, se o advogado é negligente em sua atuação profissional, por exemplo, perdendo prazos processuais, a perda de uma chance pode ser aplicada, caso sendo essa chance real e séria.

O advogado tem a obrigação de prestar seus serviços de forma adequada e diligente, todavia, não há uma obrigação de êxito na causa, de onde se pode concluir que merece responder por sua desídia no processo em que cause dano ou a perda de uma chance ou oportunidade ao seu cliente.

Ocorre que, assim como na jurisprudência, não há na doutrina uma unanimidade sobre esse entendimento, qual seja, sobre a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance e responsabilização do advogado.

Para Rui Stoco, autor de do *Tratado de Responsabilidade Civil*, não é cabível a imputação de responsabilidade ao advogado adotando a Teoria da Perda de uma Chance, pois defende que “não se pode saber o íntimo da convicção do juiz natural nem fazer um juízo de valor sobre a possibilidade de qual seria a decisão não alcançada”<sup>201</sup>. Para esse jurista e doutrinador, o advogado é prestador de um serviço especial e indispensável, diferenciando-se de todos os demais prestadores, em razão da atividade que exerce.

Não obstante esse posicionamento, outros doutrinadores entendem ser cabível a responsabilização do advogado, adotando-se a Teoria da Perda de uma Chance, valendo exemplificar o posicionamento de Sergio Cavalieri, que faz a seguinte referência: no caso de um advogado que perde o prazo para a interposição do recurso contra uma sentença, a indenização não se dará pelo benefício que o cliente do advogado teria auferido com a vitória da causa, mas pela chance perdida, isto é, por não ter podido sequer disputar, uma vez que o objeto da reparação é a perda da oportunidade de ver o recurso apreciado e julgado<sup>202</sup>.

#### **4.6.2 A Teoria da Perda de uma Chance na jurisprudência brasileira**

Nesse tópico, vale de início salientar que foi o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o pioneiro no reconhecimento da teoria na seara médica, no julgamento da Apelação Cível n.º 592020846, em 16 de fevereiro de 1993<sup>203</sup>. E que, possivelmente, a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça com relação à teoria se deu em

---

<sup>201</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª edição: São Paulo, RT 2004 *apud* COSTA, Ref. 104.

<sup>202</sup> CAVALIERI FILHO, Ref. 22, p. 78.

<sup>203</sup> LOVATO NETO, Ref. 107, p. 43.

1990, conforme entendimento de Flávio da Costa Higa e Rafael Peteffi da Silva, num caso em que a empresa discutia a necessidade de concorrência pública para a instalação de postos de gasolina ao longo de uma determinada estrada, a qual não ocorreu, e que teria plenas condições de vitória<sup>204</sup>.

Desde já, importante fazer alusão à decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento pelos Ministros Antônio Carlos Ferreira – Relator, Marco Buzzi, Luís Felipe Salomão, Raul Araújo Filho e Maria Isabel Gallotti, dos Embargos de Declaração opostos em acórdão proveniente do Recurso Especial, em que se vê imputada ao advogado a responsabilidade pela frustração de cliente na possibilidade de ser aprovada num concurso público, bem como nomeada ao cargo pretendido<sup>205</sup>.

Na análise da Egrégia 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, fez-se menção à aplicação da Teoria da Perda de uma Chance em caso em que o advogado perde prazo para contestar, desde que haja prova suficiente, efetiva e real da possibilidade do êxito na demanda<sup>206</sup>.

Na abordagem do Exmo. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, houve manifesta ressalva de que não é só o fato de o advogado perder um prazo que ensejará automaticamente a responsabilidade com base na teoria. Nesse caso específico, houve uma completa análise das chances reais de vitória na causa, de onde se pôde concluir pela aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance, bem como pela condenação daquele advogado.

Os tribunais brasileiros têm levado em conta a necessidade da ampliação da reparação ao campo da possibilidade do ganho provável, diante de situações que não se podem ignorar, nas quais não se evidencia a responsabilidade direta do agente no dano final.

Embora existam muitos contrapontos, certo é que a Teoria da Perda da Chance vem sendo cada vez mais reconhecida e aplicada nas ações cíveis em que se discute o dever de indenizar decorrente, por exemplo, de erro médico. Segue-se a Ementa:

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.<sup>207</sup>

No acórdão acima, em que se discute o caso da redução das possibilidades de cura, em que a vítima faleceu e a culpa foi imputada ao médico, vislumbrou-se a Teoria

---

<sup>204</sup> LOVATO NETO, Ref. 107, p. 43.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial: 1321606 MS, 20110237328-0* [em linha]. 4ª Turma, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, publicado 08.05.2013 [Consult. 12 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23280614>.

<sup>206</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1190180RS* [em linha]. 4ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 22.11.2010 [Consult. 12 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866588417/inteiro-teor-866588421>.

<sup>207</sup> BRASIL, Ref. 189. Rel. Min. Nancy Andrighi - pb. no informativo n.º 513 do Superior Tribunal de Justiça: “O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho [...]”.

da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sendo o recurso provido parcialmente e o valor da indenização sofrendo proporcional redução.

No julgamento do referido caso, aduziu-se que, de um lado, havendo a certeza do agente causador da lesão e, do outro, a incerteza no que diz respeito à extensão do dano, torna-se possível a aplicação do critério de ponderação da Teoria da Perda de uma Chance na fixação do *quantum* indenizatório. Assim, havendo notadamente o óbito nessas situações, a incerteza está na contribuição do médico para esse resultado, na medida em que o prejuízo devido pelo óbito do paciente teve como causa direta a própria doença. Mas, seguindo-se a linha de que a perda de uma oportunidade representa uma espécie de autônoma indenização, a teoria pode ser trazida aos conflitos nos quais não for possível apurar a responsabilidade direta do ofensor pelo resultado final. E, certamente, que o profissional da saúde não responderá pelo resultado final, isto é, pelo óbito, cabendo-lhe a responsabilidade somente pela chance de que ele privou o paciente.

No Recurso Especial, cuja ementa mereceu realce, a Teoria da Perda de uma Chance não é tratada como uma divagação, muito pelo contrário, resta clara a intenção do julgador de utilizá-la concretamente como um instrumento para a devida apuração da responsabilidade civil, conforme se pode observar de importante explanação da Exma. Ministra Nancy Andriahi:

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência denexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.

Não merece qualquer dúvida que o Superior Tribunal de Justiça, no caso apontado como erro médico, em que veio a falecer o paciente em razão da conduta indevida daquele profissional, mesmo constando que este não pode ser responsável diretamente pelo resultado final, considerou a perda da chance uma espécie autônoma de

reparação, porém ressaltando que a chance deve ser verdadeira e concreta, e dizendo que não houve afronta ao artigo 403.º do Código Civil brasileiro<sup>208</sup>.

Em julgado diverso, no qual se tratava de um conflito em que a vítima havia perdido a chance de continuar vivendo em sua residência em razão da perda do prazo da interposição de recurso por seu advogado, a Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, julgou correta a condenação do advogado recorrido, no dever de compensar aquela. Restou assim entendido que a perda do prazo recursal pelo advogado retirou da recorrente a chance de continuar morando em sua casa<sup>209</sup>.

Outrossim, ainda que pese uma certa resistência nesses conflitos judiciais envolvendo advogados, melhor dizendo, resistência à condenação destes baseada na Teoria da Perda de uma Chance, conforme demonstrado, não foi afastada a possibilidade de aplicação da Teoria da Perda de uma Chance pelo órgão máximo – Superior Tribunal de Justiça.

Muito se ressalta aqui o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, nem poderia deixar de ser diferente, afinal, a partir de seus julgados é que nascem as jurisprudências e súmulas no Brasil. Vale também ser mencionado neste trabalho científico os julgados dos tribunais de 1ª instância dos diversos estados brasileiros em que a Teoria da Perda de uma Chance pôde ser aplicada em várias áreas do Direito. Veja-se:

1. Tribunal de Justiça do Paraná<sup>210</sup> - em que houve o julgamento de um médico, que foi culpabilizado ao escolher um tratamento diverso do consenso da comunidade científica, uma vez que não se utilizou do melhor tratamento possível e disponível, resultando em sérias e concretas chances perdidas pelo paciente. Indenização mantida;
2. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>211</sup> - no julgamento da Apelação Cível n.º 000.5800-37.2016.8.19.0036, sob a ótica do Direito do Consumidor, considerando que o laudo pericial comprovou a perda da chance de ser identificada a doença do filho do autor, em consequência, a perda da chance de que os médicos avaliassem a atitude correta que poderia ser adotada, sendo assim retirada do menor a chance de obter um melhor diagnóstico. Ressaltado que, no caso concreto, o que se indeniza na responsabilidade por perda de uma chance é a própria chance perdida. E, como a chance passa a

---

<sup>208</sup> Artigo 403 do CC/22: “Ainda que a inexecução resultante 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.”

<sup>209</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp.1079185/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04/08/2009 *apud* TARTUCE, Ref. 111, p. 984.

<sup>210</sup> BRASIL, Ref. 189.

<sup>211</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 000.5800-37.2016.8.19.0036* [em linha]. 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Milton Fernandes de Souza, j.06/02/204 [Consult. 12 jun. 2023]. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.20.0>.

ser, no caso, o bem juridicamente tutelado, sua privação indevida merece ser reparada.

Importante destacar que ficou claro que, na hipótese acima mencionada, em razão de a relação jurídica existente entre as partes estar fundamentada e regulada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), e do fato de que a empresa ré, levando-se em conta o conceito de fornecedor, é responsável pelos danos causados aos consumidores decorrentes de defeitos relativos à prestação dos serviços, independente da existência de culpa, fundada na Teoria do Risco do Empreendimento, a demora na entrega do resultado do exame do filho do autor ensejou o agravamento do quadro clínico e o óbito da criança<sup>212</sup>.

Evidente assim a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance nas relações de consumo reguladas pela Lei 8.078/90;

3. Tribunal de Justiça São Paulo – Apelação Cível. 1026884-51.2020.8.26.0001. 31ª Câmara Cível – Seção de Direito Privado. Registro: 2021.0000805279. Relator Desembargador Adilson de Araújo. Ementa: Apelação. Ação de rescisão contratual cumulada com pedidos de cobrança e indenização pela perda de uma chance. Prestação de serviços de consultoria jurídica e ou administrativa para atuação junto a órgão de trânsito. Comprovação de perda real da chance. Indenização respectiva devida. Sentença reformada. Apelação provida.
4. Tribunal de Justiça de São Paulo – Apelação Cível 0121832-74.2012.8.26.011, Relator Des. Carlos Alberto Garbi, DJESP 18.10.2016 – acolheu-se a indenização pela “frustração que sofreu o autor pela impossibilidade de participar do sorteio”, na ação em que o autor viu frustradas suas chances de vencer o concurso promovido pela ré, porque se viu impedido de cadastrar o produto para concorrer<sup>213</sup>.

Na esfera do Direito de Família, a Teoria também encontra espaço, posto que não é difícil verificar em algumas relações afetivas e de cunho patrimonial certas condutas comissivas ou omissivas que resultam na perda de uma oportunidade ou benefício, que seria favorável caso não fosse interrompido o seu curso normal, conforme se vê na obra *A Teoria da Perda de uma Chance nas relações de família*, do jurista Cristiano Chaves de Farias.

Como bem afirmado pelo autor, com a concretização de uma proteção avançada sobre o direito da pessoa humana, crescem as hipóteses de cabimento indenizatório,

---

<sup>212</sup> RIO DE JANEIRO, Ref. 211.

<sup>213</sup> TARTUCE, Ref. 111.

consequentemente, crescem o grau e o volume das ações por reparações civis decorrentes da violação dos diferentes contextos e elementos da personalidade humana.

Assim, verifica-se que, existindo novos bens e interesses tutelados, há, por consequência, um aumento na quantidade e possibilidades de situações que visam à reparação de danos. E, seguindo-se a essa necessidade e evolução, os tradicionais pressupostos e limites da responsabilidade civil, como os seus clássicos pressupostos de conduta, culpa, dano (patrimonial e/ou extrapatrimonial) e nexos de causalidade, começam a ser novamente questionados em face da existência de novas situações, que antes não conseguiam estar tuteladas e garantidas efetivamente mediante a ótica do direito clássico de reparação de danos.

Nessa toada, cumpre destacar importante consideração feita por Cristiano Chaves em seu artigo para o Instituto Brasileiro de Direito de Família (Ibdfam):

[...] possível suscitar a mitigação do duro conceito de nexos causal exigido pelo art. 403 do Código Civil, permitindo que sejam indenizáveis determinados danos injustos ainda que não decorrentes de maneira direta e imediata da conduta pressuposta. Isto porque, inexoravelmente, exigir um rigoroso nexos de causalidade para toda e qualquer indenização pode inviabilizar a proteção avançada da pessoa humana. É nesse desenho que surge a teoria da perda de uma chance, cuja aplicabilidade ao Direito de Família aqui se defende com contornos bem definidos, adequando-se às peculiaridades deste ramo cuja base fundante é o afeto.<sup>214</sup>

Desse modo, ainda que não vislumbrada num caso concreto, a perda da chance de obter alimentos futuros é admitida, quando o devedor da prestação (o alimentante) é vítima de ato ilícito que impossibilita o cumprimento da obrigação. Para Rafael Pettefi, existem dificuldades práticas em aceitar, num caso concreto, a caracterização da perda da chance na obtenção de alimentos futuros na situação em que o alimentante (isto é, o devedor dos alimentos) morre vítima de um ilícito praticado por terceiro, que claramente inviabiliza o cumprimento ao pagamento das prestações alimentícias<sup>215</sup>.

É certo que as características especiais das relações de natureza familiar não admitem a aplicação das simples regras da responsabilidade civil, submetendo-a a um maior controle, a fim de assegurar a natureza peculiar e existencial das relações de Direito de Família.

E exatamente por isso, a aplicação das regras da responsabilidade civil, inclusive a Teoria da Perda de uma Chance, no âmbito do Direito de Família, depende da existência de um ato ilícito devidamente comprovado. Significa dizer que a simples violação de um dever decorrente da relação familiar, como exemplo o dever de afeto, não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano.

Aquele que se sentiu prejudicado, desde que comprove a razoável chance perdida em decorrência da conduta comissiva ou omissiva do agente causador do dano, poderá

<sup>214</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família. *IBDFAM* [em linha]. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>.

<sup>215</sup> FARIAS, Ref. 214, p. 166.

buscar uma reparação nos Tribunais de Justiça do Brasil, salientando-se que essa reparação será admitida independentemente se vista como dano moral, material ou mesmo como uma categoria de dano autônomo.

Nas relações familiares, considerando que, muitas das vezes, a chance perdida pode não ter caráter econômico (o que dificulta, sem dúvida, o cálculo da reparação), tem-se como base para a avaliação da reparação a probabilidade de êxito na configuração da relação frustrada, devendo o juiz apoiar-se nos critérios semelhantes àqueles adotados para o arbitramento de um dano moral.

Por tudo o que já foi levado a estudo, a mitigação dos conceitos clássicos da responsabilidade civil e o reconhecimento da existência de novas possibilidades de indenização e novas espécies de danos nos levam à Teoria da Perda de uma Chance, que consagra a reparação de determinados danos que, sob aquela linha clássica conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, mas que, por violarem a dignidade da vítima e perturbarem a vida social do lesado, merecem ser indenizados como resultado das garantias constitucionais.

Faz-se necessário reiterar que, para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, no âmbito do Direito de Família, impende comprovar (a cargo da vítima) a seriedade e probabilidade da vantagem perdida, sob a ótica da razoabilidade, isto é, só os danos sérios e prováveis poderão ser indenizáveis, não podendo se considerar os remotos, hipotéticos ou os imaginários.

Ainda que pese ser a perda da chance considerada por muitos um dano autônomo, e assim contextualizada no projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados que visa incluir a reparação civil por perda de chance no Código Civil brasileiro, cumpre deixar claro que, assim como ela pode resultar na minimização dos efeitos de uma condenação, para Sérgio Savi, pode ser uma agravante do dano moral, na medida em que não representa automaticamente um dever de indenizar, visto que os pressupostos para sua validação, tal como ser a chance de obter a vantagem perdida séria e real, devem ser comprovados<sup>216</sup>.

Conclui-se que a perda de uma oportunidade pode explicar a razão de não se poder limitar os danos, assim como não deve limitar os interesses imateriais ao dano moral, devendo ser visto com muito mais abrangência.

Para Rafael Peteffi, “os prejuízos oriundos de quebras de expectativa ou confiança, quebra de privacidade, estresse emocional, risco econômico, perda de uma chance e perda de escolha já são considerados plenamente reparáveis”<sup>217</sup>. E realmente os são, como verificado nos diversos julgamentos que brotam nos tribunais.

---

<sup>216</sup> SAVI, Ref. 106, p. 56.

<sup>217</sup> SILVA, Ref. 116, p. 74.

Não se torna errado dizer que o atual modelo da responsabilidade civil vem levando em conta que as dificuldades advindas da impossibilidade de aferição exata só podem ser consideradas em benefício da vítima e não em prejuízo dela<sup>218</sup>.

É nessa toada que a Teoria da Perda de uma Chance vem sendo reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, com apoio no Princípio da Reparação Integral, baseada no artigo 944.º do Código Civil, que dispõe: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

O que se vislumbra, dos entendimentos jurisprudenciais, até o presente momento, é que a chance do ganho, isto é, do benefício pretendido mas perdido, não terá o mesmo valor do próprio dano. Tal consideração é de suma importância quando chegada a etapa da valoração da indenização nas demandas judiciais.

Segue, dessa maneira e mais justo, o entendimento de que, uma vez procedente o pleito indenizatório pela chance perdida ou subtraída, o valor será calculado proporcionalmente à perda da oportunidade<sup>219</sup>.

Nesse aspecto, surge o entendimento de que os juízes devem examinar o prejuízo que decorre da concretização da chance perdida, razão pela qual a reparação será, em consequência, menor que aquela que seria se houvesse a certeza total do dano.

Na seara criminal, poder-se-á verificar a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, mas com parcimônia. Apura-se que a referida teoria é invocada em alguns julgados, ainda que seus conceitos e pressupostos estejam atrelados ao Direito Civil.

Em um caso concreto, cujo julgamento se deu no ano de 2022 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, em que se abordava a violência doméstica, considerando a valoração do testemunho da vítima nos crimes ocorridos no âmbito da violência doméstica e familiar, bem como a insuficiência de outras provas, entendeu-se pela aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance, pelo que se deu a reforma da sentença<sup>220</sup>.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul posicionou-se no sentido de que, havendo a materialidade do ato ilícito e sendo ele incontroverso nos autos, é plenamente possível a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance no Direito Processual Penal, mas com as devidas ressalvas. Nesse caso, levou-se em conta que, no processo penal, cabe à vítima fazer todas as provas necessárias ao convencimento do juiz, mas que, nos casos em que se estabelece exatamente o conflito entre a “presunção de inocência”

---

<sup>218</sup> SILVA, Ref. 116, p. 76.

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1254141PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Dje, 20.02.2013. Apud TARTUCE, Ref. 111, p. 985.

<sup>220</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RS. *Apelação Criminal: APR 5002419-45.2017.8.21.0035* [em linha]. Sapucaia do Sul, j.25.03.2022 – Relator Des. Luciano André Losekann, pub. 01.04.2022 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1813823390>.

e a prova suficiente para a condenação, a Teoria da Perda de uma Chance tem que ser invocada.

Resta claro que, no Direito Processual Penal, a Teoria da Perda de uma Chance é suscitada exatamente quando da análise dos meios de absolvição diante da possibilidade e não da produção de provas, nessa situação, pelo Estado.

Dessa forma, em razão da necessária certeza para a condenação do réu e da Perda da Chance de produção de prova por parte do Estado, o réu fora absolvido.

Poder-se-á destacar ainda a aplicabilidade da teoria no âmbito da Justiça do Trabalho, como exemplo, no caso do empregado que perdeu a chance de ser promovido por merecimento a outra função em razão de ter sido indevidamente demitido, na medida em que a dispensa indevida rompeu a chance séria, real e razoável daquele empregado de obter favoravelmente uma ascensão salarial<sup>221</sup>.

Destaque-se ainda o caso em que o trabalhador, tendo participado do processo seletivo da empresa e exame pré-admissional, bem como recebido comunicado de que assinaria o contrato de trabalho a partir de determinada data, foi surpreendido com a decisão da empresa de não efetivar o contrato. Nesse caso, não há a dúvida de que houve a perda de uma chance daquele trabalhador em obter outros empregos, uma vez que a empresa fez com que o lesado deixasse de buscar outros empregos, no aguardo da contratação prometida<sup>222</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento sobre a possibilidade da aplicação da Teoria da Perda de uma Chance nas relações trabalhistas, nas hipóteses em que a oportunidade perdida for incontestável e quando houver a frustração do direito da outra parte por ato unilateral do agente causador da oportunidade perdida.

Em 2020, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho determinou que o Centro de Ensino Superior de Brasília Ltda. (Cesb) indenizasse um professor de psicologia no valor de R\$ 67 mil reais por danos materiais e morais, entendendo que a dispensa do professor, que ocorreu no início do segundo semestre do ano letivo pela entidade, representou a perda de uma chance, uma vez que a demissão, da forma como foi, isto é, durante o ano letivo, veio a dificultar a recolocação do professor no mercado do trabalho<sup>223</sup>.

É certo que os danos reclamados pelo empregado, nas relações de trabalho, não envolvem somente os atos injustos de demissões ou do não ressarcimento das garantias constitucionais e trabalhistas (como férias, décimo terceiro, Fundo de Garantia

---

<sup>221</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR – 118200-31.2009.5.05.0019, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, pub. 05.10.2012 apud TARTUCE, Ref. 111, p. 986.

<sup>222</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR – 69200-79.2006.5.12.0049, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, julgamento 20.06.2012, 6ª Turma, publicação em 29.06.2012 – apud TARTUCE, Ref. 111, p. 986.

<sup>223</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Professor de psicologia receberá indenização pela perda de uma chance. *Notícias do TST* [em linha]. Processo RR 1789.71.2016.5.10.0001 [Consult. 12 maio 2023]. Disponível em: <https://tst.jus.br/-/professor-de-psicologia-receber%C3%A1-indeniza%C3%A7%C3%A3o-pela-perda-de-uma-chance>.

por Tempo de Serviço – FGTS). Vários são os contextos que podem gerar a propositura de uma ação no âmbito do Direito de Trabalho, que poderá ter como resultado a condenação do empregador ao pagamento de uma indenização a título de diversas espécies de dano, como de ordem patrimonial e extrapatrimonial, inclusive decorrente da perda de uma chance.

É nessa linha de raciocínio que faz todo o sentido trazer como exemplo o julgamento do Recurso Ordinário do Tribunal de Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul, que se posicionou reconhecendo, inicialmente, a existência do dano existencial como sendo espécie de dano imaterial, e, no caso concreto, que o trabalhador sofreu danos e limitações em relação à sua vida social, isto é, fora do contexto de trabalho, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador. Nessa situação, a reclamação decorreu da prestação pelo empregado de diversas horas extras que excederam o limite permitido legalmente, mas de maneira tão excessiva que violou o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como o direito a ter a sua vida social<sup>224</sup>.

Traz-se à discussão o dano existencial nesse ponto, posto que há muitos elementos e conceitos que se misturam à Teoria da Perda de uma Chance.

Para o professor Júlio César Bebber, o dano existencial está associado a tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida, representando o seu projeto de vida, incluindo aspirações e projetos para o futuro e a realização de escolhas. Afirma ainda que qualquer evento injusto que venha a frustrar esse projeto de vida, impedindo, em consequência, a sua efetiva realização e obrigando o indivíduo a ter que ressignificar o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial<sup>225</sup>.

Amaro Alves Almeida Neto vai mais longe na conceituação e na caracterização do dano existencial, dizendo que, no que se refere à vida de relação, o dano está caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que venham a impedir outrem de desfrutar total ou parcialmente dos prazeres da vida e favorecidos pelas várias formas de atividades, de lazer e extralaborativas, como a prática de esportes, o turismo, o cinema, o teatro, entre outras. E que essa privação, ainda que parcial, alcança definitivamente o estado de ânimo do trabalhador lesado, assim como o seu relacionamento social e profissional. Reduzindo, dessa forma, suas chances de adaptação ou crescimento no trabalho, refletindo negativamente no seu desenvolvimento econômico e financeiro<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. *R.O 105.14.2011.5.04.0241* [em junho]. Relator Desembargador José Felipe Ledur, 1ª Turma. Diário eletrônico da justiça do trabalho, Porto Alegre, 03 de junho de 2011 [Consult. 12 maio 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/1115766739>.

<sup>225</sup> BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr* [em linha]. São Paulo, vol. 73, n.º 1, janeiro de 2009, p. 28 apud ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abril/junho de 2013.

<sup>226</sup> ALMEIDA NETO, Ref. 32, p. 52 apud ALVARENGA e BOUCINHAS FILHO, Ref. 225.

## **5 CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS DAS TEORIAS DA PERDA DA CHANCE E DA TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR**

Neste capítulo, será feita uma visita aos pontos já abordados deste estudo científico, com o fim de cotejar de forma mais próxima os aspectos convergentes e divergentes da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e da Teoria da Perda de uma Chance, de forma a rememorar alguns conceitos doutrinários e jurisprudenciais, comparativamente entre Portugal e Brasil.

Este estudo científico não tem a pretensão de chegar a uma conclusão a respeito das possíveis convergências e divergências entre as duas teorias, mas sim convidar e instigar o leitor a uma análise acerca da possível proximidade de ambas as teorias.

Obviamente, sabe-se que são duas teorias distintas, inclusive, em regra, com aplicação em searas diferentes, visto que, na Teoria da Perda de uma Chance, sua linha de atuação é voltada à Responsabilidade Civil, enquanto o Desvio Produtivo do Consumidor navega pelo Direito do Consumidor.

No entanto, como a configuração, ou melhor, a aplicabilidade das teorias decorre de uma conduta lesiva de terceiro que trouxe à vítima, efetivamente, uma grande perda de cunho existencial, já que inserida no espaço-tempo vital do ofendido, vislumbra-se neste ponto a proximidade de conceitos.

Rememorando o que foi abordado neste estudo científico, foram tratadas questões relativas ao “tempo” no Capítulo 1, com o fim de passear brevemente sobre alguns pensamentos acerca desse tema de tão difícil abordagem e conclusão.

Ressalta-se que não é intenção deste estudo científico se aprofundar nas questões filosóficas, físicas ou históricas do fenômeno “tempo”, mas tão somente demonstrar a dificuldade da análise do tema, bem como sua relevância como bem jurídico a ser tutelado, uma vez que o tempo não pode ser repostado ou acumulado na vida de um ser humano, quando perdido.

Note-se ainda que a perda do tempo, a perda de uma oportunidade, ou melhor, de uma possibilidade inserida na fração de vida de um ser humano, pode acarretar reflexos para toda a sua existência, na medida em que perder a oportunidade de algo, de fazer algo, de criar algo, dentre outras possibilidades, poderá trazer prejuízos incalculáveis para o indivíduo.

O tempo como bem é de extrema relevância, já que escasso nos dias de hoje, motivo pelo qual deve ser tutelado e protegido juridicamente, de forma a garantir o maior bem do indivíduo, seu efetivo tempo de vida.

Nesse contexto, foi percebido o quanto o fator “tempo”, enquanto fração de vida do indivíduo, é relevante e imperioso para a caracterização das duas teorias estudadas.

Diga-se ainda que o tempo, de certa forma, é um pressuposto original nas duas abordagens conceituais das teorias.

Para a caracterização da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a perda do tempo do consumidor, obrigado a se desviar de seu projeto original para resolver problemas ocasionados pelos fornecedores, impõe ao consumidor vulnerável um prejuízo sem medida, uma vez que este tempo gasto não poderá ser repostado em sua fração de vida, podendo, inclusive, ter consequências para o resto de sua existência, pois as perdas de possibilidades e de liberdade para exercer sua livre escolha são flagrantes.

Comparativamente, a perda de uma chance sofrida por um indivíduo, dentro de seu tempo de vida, traduz-se em um prejuízo inimaginável, na medida em que as consequências podem se dar de diversas formas, tanto de cunho patrimonial como extrapatrimonial.

Perceba-se que a perda de uma chance ou oportunidade em decorrência de uma atitude lesiva de um terceiro – tal qual acontece no desvio produtivo do consumidor – poderá macular a existência da vítima, ou melhor, representar efetivamente um dano existencial na vida do indivíduo, vez que, faticamente, tal oportunidade ou possibilidade poderá nunca mais estar disponível para o ofendido.

Assim, concluiu-se no Capítulo 1 que o “tempo”, de fato, é um bem de grande relevância para o indivíduo, sendo imperioso que seja tutelado juridicamente, já que inserido no contexto existencial, ligado aos direitos fundamentais e, sobretudo, à dignidade da pessoa humana.

Acresça-se ainda que, para este estudo científico, o cotejo da figura do “tempo de vida” do ser humano foi de fundamental importância, pois se tratou do elo basilar entre as duas teorias – Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e a Teoria da Perda de uma Chance –, a fim de que se identificasse a real interseção entre elas, em especial, a interrupção, ou seja, o esvaziamento de uma possibilidade para o ofendido, por conta de uma conduta lesiva praticada por um terceiro ofensor.

No Capítulo 2, abordou-se o conceito de dano em seus diversos aspectos, sobretudo o que importa para este trabalho científico, o dano extrapatrimonial, em especial, o dano existencial, ou, por alguns chamado, dano vital.

Inicialmente, foram abordadas as inúmeras possibilidades de caracterização de danos, sendo, posteriormente, subdivididos em dano patrimonial e extrapatrimonial.

Para fins deste estudo, o dano extrapatrimonial foi o mais desenvolvido, na medida em que a matéria ora tratada versa sobre o dano existencial e o dano moral.

Foi explanado que o dano extrapatrimonial seria uma espécie de gênero, enquanto o dano existencial e o dano moral seriam espécies decorrentes do gênero.

Assim se desenvolveu o capítulo, aduzindo acerca de alguns reflexos na vida de um ser humano, quando eventualmente exposto a um dano.

De forma breve, foram demonstradas as diversas vertentes sobre a aplicação do dano existencial e moral, no Brasil e em Portugal.

Quanto ao dano existencial, foi exposto, de forma concisa, que seu nascedouro e evolução se deu primeiramente na Itália, tendo após se disseminado pelo mundo, embora ainda se tenha esparsa menção nas jurisprudências do mundo, possivelmente, por se tratar de um conceito novo.

No Brasil, tradicionalmente, as decisões dos Tribunais de Justiça referentes às condenações por danos extrapatrimoniais são nomeadas maciçamente como uma reparação por danos morais, e não danos existenciais. Segundo Paulo de Tarso Sanseverino, citado por Marcos Dessaune<sup>227</sup>, essa prática possivelmente se dá em virtude da demora do reconhecimento pelo país da necessária reparação por eventual dano extrapatrimonial sofrido pela vítima.

Por fim, no Capítulo 2, foi traçada uma breve análise sobre a interseção do dano existencial, tanto para a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor quanto para a Teoria da Perda de uma Chance, de forma a demonstrar a consequência fática da lesão danosa dentro da fração de vida da vítima. Melhor dizendo, em decorrência do dano-evento, a vítima teve subtraída sua possibilidade de escolha ou de oportunidade, traduzindo-se, assim, em um evidente dano existencial.

Já no Capítulo 3, foi explanado sobre a inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, criada por Marcos Dessaune, que, de forma conceitual e resumida, aduz sobre a imposição do *modus operandi* do fornecedor ao consumidor, que se vê obrigado a adotar procedimentos para a resolução de problemas de consumo decorrentes originalmente da falha na prestação de serviço ou produto.

A base da citada teoria discorre sobre a imputação ao consumidor da responsabilidade que seria originalmente do fornecedor, compelindo-o assim a se desviar de seu tempo produtivo para resolver um problema de consumo, sofrendo, conseqüentemente, um dano de ordem existencial, já que sua possibilidade de livre escolha para a realização do que bem quisesse foi mitigada.

Note-se que a conduta do fornecedor, para o criador da inovadora teoria, é um fato antijurídico com conseqüências irreparáveis, pois viola a dignidade da pessoa humana, com reflexos na vida e escolhas da vítima.

---

<sup>227</sup> SANSEVERINO, Ref. 90, pp. 27 e 189 *apud* DESSAUNE, Ref. 8, p. 283.

Portanto, a proposta do autor da teoria sugere que haja uma ressignificação do efetivo “tempo” do consumidor, erguendo-o para a categoria de bem jurídico a ser tutelado, e não como antes visto, ou seja, o fato – evento-danoso – como um mero aborrecimento.

A abrangência da teoria em diversos campos do Direito tem demonstrado que a essência do tema é deveras importante, visto que a percepção do julgador no Brasil vem sendo alterada, perpassando pela proteção aos direitos fundamentais de um ser humano que, eventualmente, foram violados, por conta de interesses escusos e muitas vezes econômicos do fornecedor, o que, de certa forma, antes da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, não seria visto como um evento danoso, e sim um mero aborrecimento do cotidiano.

Como dito no Capítulo 3, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor já desfruta de grande relevância no Brasil e, conforme pesquisa relatada por Marcos Dessaune<sup>228</sup>, em junho de 2021, a quantidade de decisões citando a teoria, nos colegiados em 2ª instância, perfazia 19.827 (dezenove mil e oitocentos e vinte e sete) acórdãos.

Além disso, foi exposto que a jurisprudência nacional acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor vem abrangendo não só os casos de competência do Direito do Consumidor, mas também, por analogia, casos inerentes ao Direito Administrativo e ao Direito do Trabalho, cujo fundamento basilar contido nos julgados seria a perda do “tempo” do cidadão-contribuinte e do empregado, respectivamente, na resolução de questões criadas pela Administração Pública e pelo empregador, conforme expõe Marcos Dessaune<sup>229</sup>.

Nesse enfoque, concluiu-se que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor tem como seu ponto nodal a perda definitiva da fração de tempo de vida do consumidor, compelido a se adequar ao procedimento ditado pelo fornecedor para resolver questões de consumo originalmente causadas pelo próprio fornecedor, sob pena de amargar um prejuízo pelo defeito ou vício do produto ou serviço.

O Capítulo 4 abordou os aspectos e conceitos relevantes à Teoria da Perda de uma Chance, trazendo um breve comparativo entre sua aplicação no Brasil e na Europa.

De forma sucinta, foi explanada a origem e o conceito da citada teoria, bem como sua aplicação, em especial, na França, país de sua origem.

Conforme esclarecido, a Teoria da Perda de uma Chance, reconhecida também como Teoria da Perda de uma Oportunidade, ou somente Perda da Chance, aduz que aquele que lesar ou ofender outrem, subtraindo-lhe uma chance ou oportunidade, séria

---

<sup>228</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 319.

<sup>229</sup> DESSAUNE, Ref. 8, pp. 313-314.

e concreta, deverá responder por sua conduta, independentemente se comissiva ou omissiva.

Na citada teoria, o que se pretende é a reparação pela perda de um benefício que seria alcançado se não houvesse aquela conduta interruptiva e inadequada do agente ofensor. Isto é, não tem como fundamento a compensação do benefício em si, mas tão somente a perda da oportunidade de alcançar uma vantagem favorável, caracterizada pela frustração da probabilidade do ganho.

A Teoria da Perda de uma Chance caminha em evolução especialmente no âmbito da responsabilidade civil, entretanto, como se viu por grandes pesquisas, adentra no Direito do Trabalho, no Direito de Família (no Brasil) e até no Direito Penal (caso encontrado e mencionado anteriormente na jurisprudência brasileira), tendo assim sua aplicabilidade, nesse momento, muito mais abrangente do que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor.

Pontue-se ainda que, para a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance em um caso concreto, é imposta a certeza da probabilidade de que o benefício ou vantagem esperada seria alcançado, caso não ocorresse a interrupção daquela oportunidade pela conduta do ofensor.

Ainda que, com muita resistência por alguns doutrinadores e juristas espalhados pela Europa e no Brasil (conforme identificado e relatado em capítulo anterior), a Teoria da Perda de uma Chance tem grande relevância nos casos de responsabilidade médica, em que se discute “erro médico”, bem como naqueles envolvendo conduta profissional dos advogados, uma vez que há muita dificuldade na análise dos eventos que se dão, ou seja, trata-se de uma linha limítrofe da certeza e incerteza dos acontecimentos e da vida.

Na França, certamente por ter sido o país de origem de sua efetiva aplicação pelos tribunais, a Teoria da Perda de uma Chance encontra-se muito mais evoluída e com conceitos pacificados, entretanto, seja nos países europeus, seja no Brasil, certo é que a indenização pela perda de uma chance não poderá ser igual ao ganho ou resultado final, sendo assim, não há, nos casos em concreto, uma compensação à integralidade do fato perdido.

Nesse contexto, restou evidente que, no Brasil, a perda de uma chance pode ser vista muito como uma modalidade autônoma de indenização, podendo ser a referida teoria invocada nos conflitos em que não se puder apurar a efetiva responsabilidade direta do agente pelo resultado final (entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado em capítulo anterior).

Pelo que foi abordado no Capítulo 4, particularmente do estudo doutrinário, sobre a Teoria da Perda de uma Chance e o dano existencial, poder-se-á entender que, se

este se encontra relacionado a tudo que uma pessoa planejou fazer com a sua vida, projetando verdadeiramente suas escolhas como realizações para o futuro, e aquela está relacionada a uma frustração de uma oportunidade séria e real decorrente de uma conduta injusta ou ilícita, podendo essa chance frustrada referir-se a um projeto de vida e de sobrevivência, é possível a comunhão entre os dois conceitos, ainda que a maior parte da jurisprudência veja ambos como dano autônomo<sup>230</sup> (conceito de dano existencial abordado pelo professor Júlio César Bebbber).

A respeito de todo o exposto nos capítulos anteriores, o presente capítulo faz um compêndio de informações, a fim de demonstrar a junção, ou melhor, a convergência e, por outro lado, a contraposição – leia-se, divergência – entre a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e a Teoria da Perda de uma Chance.

Com o objetivo de traçar o ponto de intersecção entre as duas teorias abordadas neste estudo científico, foi ressaltado o dano existencial, por alguns chamado de dano vital, sendo exatamente este o cruzamento entre as teorias, já que ambas perpassam pela figura da “fração do tempo de vida” frustrada pelo ofendido, em decorrência da perda da oportunidade de uma livre escolha ou perda de uma possibilidade, que se deu em decorrência de uma lesão de terceiro.

Na verdade, para visualizar a convergência entre as teorias aqui estudadas, deve-se analisar o evento-danoso – nas duas hipóteses – como um fenômeno que originalmente se deu em decorrência da parte mais forte, ou seja, daquele que possuía o poderio na relação jurídica, adotou uma conduta comissiva ou omissa que violou seu dever legal obrigacional e acarretou um prejuízo à parte mais fraca.

Melhor dizendo, o agente ofensor, na hipótese em concreto, deveria ter agido de forma distinta, responsabilizando-se, sob pena de causar um mal grave a outrem-vítima, entretanto, omitiu-se ou não cumpriu o que deveria ter feito.

Nesse passo, para a configuração tanto da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor como da Teoria da Perda de uma Chance, podem-se constatar algumas intersecções entre ambas, sendo estes pontos os convergentes para a análise deste estudo científico.

Vale dizer que as convergências abaixo relatadas, na verdade, são premissas que se fundem, já que constituem um ato contínuo de aplicabilidade *sui generis*, de forma a graduar a conduta do ofensor que, efetivamente, praticou um ato antijurídico contra alguém.

A primeira convergência entre as teorias a ser abordada é sobre o tempo perdido em face de uma frustração real e verdadeira, pois se verifica que, em ambas as teorias, a conduta do agente, seja ele fornecedor nas relações de consumo, seja qualquer outra

---

<sup>230</sup> BEBBBER, Ref. 225, p. 28 Apud ALVARENGA e BOUCINHAS FILHO, Ref. 225.

pessoa agindo por omissão ou comissão, fere direta ou indiretamente a perda de um tempo vital e indenizável da vítima.

Nesse ponto, tal conclusão decorre do entendimento de que a chance ou oportunidade, suscitada na Teoria da Perda de uma Chance, também pode abranger o próprio tempo, significando que o tempo pode ser a própria oportunidade perdida, como visto nos conflitos em que se discutiram “erro médico”, em consequência, dano existencial; naqueles enfrentados por trabalhadores que se viram obrigados a extrapolar as horas extras praticadas na relação empregatícia; em algumas relações familiares e até mesmo nas relações pré-contratuais.

Vale dizer que a consumação do delito, ou melhor, do evento-danoso, ocorre no momento em que a prática lesionante é intencionada em desfavor da vítima, que sucumbirá, conseqüentemente, a um futuro evento-resultado.

Melhor dizendo, de forma abstrata, em um determinado momento, a vítima é atingida por uma conduta danosa, comissiva ou omissiva, praticada por um terceiro-ofensor, tendo sido consumada na fração do segundo específico na vida da ofendida, e que, a partir desse movimento, trouxe à realidade da ofendida o efetivo evento-resultado, que lhe trará grande prejuízo.

De forma que o agente ofensor, ao empreender a sua atitude em desfavor da vítima, a parte mais fraca na relação jurídica, pratica nesse momento a consumação da lesão, independente da motivação e da consequência. Sendo esta, portanto, uma (importante) convergência entre a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e a Teoria da Perda de uma Chance.

Além disso, constate-se que a parte forte da relação jurídica, ao violar seu dever original, independente da motivação, repita-se, causou no momento do ato – consumação da lesão – uma espécie de corte no tempo vital da vítima, pois, a partir desse momento, o prejuízo foi consumado, na medida em que a vítima amargará futuramente o dano-resultado, podendo se dar de diversas formas, tais como uma alteração em sua rotina, por conta de um desvio de sua programação, ou pior, uma alteração em seu projeto de vida, podendo ainda corresponder a uma perda definitiva de uma oportunidade, com consequências inimagináveis, sendo, portanto, esse outro aspecto de convergência entre as teorias.

Outro ponto de convergência, sem dúvida, se dá em função do atingimento do bem tutelado da vítima, em especial, o incorpóreo, que diz respeito a uma diversidade de bens inerentes à pessoa, de forma a alterar o comportamento humano, causando, a depender do bem que foi violado, um grande sofrimento, angústia, aflição, dor no âmago, desequilibrando assim o bem-estar do lesionado.

Logo, essa última convergência trata-se da configuração do dano extrapatrimonial – gênero – suportado pela vítima, que poderá ser nomeado em sua espécie como violação ao dano moral – em regra, dano anímico – ou dano existencial – também chamado de dano vital.

No que diz respeito à natureza jurídica do Desvio Produtivo do Consumidor, que, na verdade, trata-se do dano-evento que acarreta um dano-resultado (ambos juridicamente tutelados pelo Direito), conforme aduz Marcos Dessaune<sup>231</sup>, há que relembrar que o dano-resultado, que o autor da teoria nos revela na hipótese, trata-se do dano existencial, já que esse desvio produtivo do consumidor deságua na violação à existência da vítima, ou seja, ao dano existencial a que o lesionado sucumbiu, uma vez que o dano-evento vai de encontro aos seus direitos fundamentais, ligados à dignidade humana.

Já a natureza jurídica da Teoria da Perda de uma Chance é bastante controvertida no Brasil, podendo ser classificada por alguns doutrinadores como dano moral, dano emergente, lucros cessantes ou dano autônomo<sup>232</sup>, aliás, tal como afirma Michely Rayane de Souza Isaías em seu artigo científico “A natureza jurídica da teoria da perda de uma chance”.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa<sup>233</sup>, citado por Michely Isaías, a Teoria da Perda de uma Chance geraria uma subespécie de dano patrimonial, inserido entre o dano emergente e os lucros cessantes.

No entanto, a jurisprudência no Brasil, em sua maioria, entende que o gênero da lesão, relativo à perda da chance, trata-se de dano extrapatrimonial, entretanto, diverge acerca da espécie, podendo ser dano moral ou dano existencial (dano autônomo). Ao passo que, diante da discussão, a divergência alcança a natureza jurídica da Teoria da Perda de uma Chance, não havendo assim um entendimento pacificado.

Fazendo um cotejo dos posicionamentos demonstrados neste trabalho científico, extrai-se que a Teoria da Perda de uma Chance consiste, em sua essência, na perda de uma futura possibilidade – desde que real – e não na perda efetiva de uma vantagem.

Nesse compasso, encontra-se uma importante convergência entre a Teoria da Perda de uma Chance e a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a possível similaridade acerca da natureza jurídica, já que parte da doutrina entende que o dano sofrido pela vítima seria o dano existencial (= dano autônomo).

---

<sup>231</sup> DESSAUNE, Ref. 8, p. 260.

<sup>232</sup> ISAÍAS, Michely Rayane de Souza. A natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. *Jus Brasil* [em linha]. 22/04/2020 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81493/a-natureza-juridica-da-teoria-da-perda-de-uma-chance>.

<sup>233</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 326. Apud ISAÍAS, Ref. 232.

Em contrapartida, há divergências entre as teorias abordadas neste estudo científico, sendo a mais relevante, sem dúvida, a área de aplicação das teorias.

Quanto à Teoria da Perda de uma Chance, sua aplicação, em regra, ocorre na área da Responsabilidade Civil, que advém do Direito Civil. Tal aplicação se dá em todos os países estudados, entretanto, cada ordenamento possui sua especificidade com normas próprias, contudo, todos se dão mais especificamente na seara da Responsabilidade Civil.

Já na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, que, inicialmente, tem sua aplicação voltada às questões de consumo, como informado no Capítulo 3, sua aplicação jurisprudencial vem se dando, nos últimos tempos, no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho.

Assim, constata-se que a aplicação das teorias, em regra, ocorre em searas distintas, sendo esta uma grande e importante diferença entre elas. Uma aplicada mais especificamente nas relações de consumo, em que o conflito é gerado entre consumidor e fornecedor (ou equiparados a consumidor e fornecedor) – Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, e a outra em conflitos em geral, gerados em decorrência da perda da chance de obter uma vantagem favorável, que são analisados e julgados sob a ótica da responsabilidade civil.

Noutro ponto, constata-se que, da mesma forma que existe uma possível convergência acerca da natureza jurídica entre as teorias, poder-se-á dizer que também constitui um ponto de divergência entre elas, na medida em que é controvertido o tema, tanto pela jurisprudência brasileira como pela lusitana, havendo a possibilidade de a natureza jurídica das teorias estudadas ser distinta, portanto.

Relembre-se que, para o criador da inovadora Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, sua natureza jurídica advém do dano-resultado, que é extrapatrimonial, de cunho existencial. No entanto, por uma questão tradicional, a jurisprudência brasileira, em sua maioria, aduz que a natureza jurídica da citada teoria seria de cunho moral.

A Teoria da Perda de uma Chance se apresenta ainda mais controvertida, na medida em que a discussão é se o dano seria de cunho patrimonial (dano emergente, lucro cessante, ou dano autônomo) ou de cunho extrapatrimonial (dano moral ou dano autônomo de natureza existencial).

Sob essa ótica, apresentando-se controvertida a natureza jurídica das teorias, esta é com certeza uma divergência a ser apontada neste estudo científico.

Há ainda que se apontar outra divergência entre as teorias, relativa à aferição das provas no caso em concreto, pois, de acordo com a Teoria da Perda de uma Chance, o fulcro da condenação não pode se dar com base em uma situação meramente

hipotética, advinda de mera suposição, cabendo a reparação apenas no caso de uma chance perdida real, séria e muito razoável.

No campo das provas, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor nos faz entender que a prova poderá se dar de forma mais abstrata, o que significa dizer que a análise do evento antijurídico que configurou uma violação ao bem tutelado (inclusive pela Constituição da República Federativa do Brasil), segundo o criador da teoria, deveria se dar de forma *in re ipsa*, pois desnecessária uma farta produção de provas, já que o bem violado constitui o mais importante direito do ser humano, que é o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, um direito fundamental atingido, ensejando, conseqüentemente, uma reparação à vítima.

Em todas as hipóteses estudadas sobre a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance, por meio dos inúmeros acórdãos de diversas origens aqui colacionados, há afirmação de que, para ser devida a reparação à vítima, a oportunidade perdida, que se tornou o fundamento do pleito, deve ser incontestável, o que significa dizer que merece minuciosamente ser demonstrada e provada como chance séria, concreta e real. O que denota, de certa forma, uma divergência entre as teorias objeto deste estudo.

No que concerne ao elemento culpa, apura-se que, em ambas as teorias, é um tópico das relações conflituosas que não merece muita explanação, uma vez que a reparação seja pela abordagem da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, seja pela Teoria da Perda de Uma Chance, independente da intenção ou não do ofensor. A conduta do agente ofensor é preciosa na análise dos casos, mas, se o agente agiu intencionalmente ou não, não é o que mais importa na visão das teorias, sendo o mais importante o fato de ter sido a conduta imprudente, negligente ou contrária ao esperado pelo homem médio.

Na abordagem das duas teorias, constata-se que, no caso concreto, para a análise do *quantum* indenizatório, não há uma pacificação de valoração. Na Teoria da Perda de uma Chance, por exemplo, verifica-se, caso a caso, a probabilidade e estatística como base de apoio para o julgamento. Havendo assim em ambas a dificuldade para a quantificação do dano, salientando que a lei portuguesa faz menção à prudente convicção do magistrado. Dessa forma, claramente a função reparatória envolvendo quaisquer das teorias não pode corresponder ao enriquecimento injustificado da vítima.

## CONCLUSÃO

Propôs-se com o presente estudo responder se haveria convergências e divergências acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, de origem brasileira, e da Teoria da Perda de uma Chance, de origem francesa.

Inicialmente, a partir de uma análise geral na doutrina e na jurisprudência mundial, constatou-se uma verdadeira revolução no modo como se vem tratando o fenômeno “tempo” mundialmente. Apesar de se reconhecer que o tempo sempre integrou as relações jurídicas, seja constituindo, modificando e/ou extinguindo relações jurídicas, vem-se agora com a pretensão de ampliar seu espectro de atuação, adotando-o como um objeto do Direito, ou seja, um bem jurídico de cunho existencial (= vital) que deve ser tutelado.

Desse modo, constatou-se que o tempo possui um valor intrínseco, e o seu desperdício por obra de um terceiro ofensor poderá trazer um prejuízo irrecuperável ao indivíduo. Assim, desenvolveu-se no Brasil a tese jurídica da responsabilidade extrapatrimonial do fornecedor, em face da ocorrência de um dano existencial. Nessa linha, teve especial aceitação a denominada Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, desenvolvida pelo jurista Marcos Dessaune, sendo já largamente utilizada pelos mais diversos tribunais do país, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, responsável pela aplicação uniforme da lei federal no país.

Como explicitado nos capítulos acima, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor tem seu foco no imperioso desvio do tempo produtivo do consumidor, dado o *modus operandi* do fornecedor para a resolução de um problema causado por um defeito ou vício do produto. De modo que o desvio do tempo do consumidor de sua atividade rotineira, ou qualquer outra atividade anteriormente planejada, devido aos ditames do fornecedor, causará um evidente prejuízo existencial à vítima, na medida em que foi compelida a alterar seu projeto de vida.

Começa-se a perceber um movimento no mesmo sentido no Direito português. Nesse ponto, é válido destacar que a referida Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor ainda não foi abarcada pelo ordenamento jurídico lusitano, entretanto, já foi citada, ainda que *en passant*, na obra *Manual de Direito do Consumo*, do Prof. Jorge Morais Carvalho. Demais disto, a mesma teoria já fora mencionada em artigos publicados na *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*<sup>234</sup> (n.º 91 de set./2017) e na *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*<sup>235</sup> (n.º 28 de dez./2017). Além disso, em 12 de janeiro de 2023, no blogue da *Nova Consumer Lab*, da Universidade Nova de

---

<sup>234</sup> DESSAUNE, Ref. 97, pp. 99-113.

<sup>235</sup> DESSAUNE, Ref. 97, pp. 64-78.

Lisboa, Marcos Dessaune publicou um texto explicativo acerca da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor<sup>236</sup>.

De igual modo, foi efetuado um estudo sobre a Teoria da Perda de uma Chance, no qual foi constatado que, no âmbito do direito do consumidor em Portugal, as questões discutidas nos tribunais são ligadas a uma reparação ao consumidor, em decorrência de um ato lesivo efetivamente produzido nas relações atinentes ao Direito Civil, em especial, voltadas à responsabilidade civil. Isto é, a vítima consumidora, nos tribunais portugueses, tende a exigir indenizações decorrentes de danos concretos e não por oportunidade perdida.

Como dito anteriormente, a utilização da Teoria da Perda de uma Chance na jurisprudência de Portugal se dá, principalmente, em casos ligados à responsabilidade profissional do ofensor.

Não obstante essa afirmação, verifica-se também a aplicação da Teoria da Perda de Oportunidade (termo de preferência pelos portugueses), em casos sob a ótica da responsabilidade extracontratual, como em demandas que envolvem, por exemplo, acidentes em vias públicas.

Traçados esses dois parâmetros, foi realizado neste trabalho científico um cotejo das duas teorias, tendo sido ressaltado que, quanto à convergência entre elas, depreendem-se os seguintes aspectos:

- (i) a consumação do dano, para as duas teorias, ocorre no momento em que o ofensor efetivamente pratica a conduta lesiva em desfavor da vítima;
- (ii) com a prática da conduta do ofensor, há uma espécie de marco no tempo vital (existencial) da vítima, nascendo a partir daí um prejuízo (dano-resultado) que a ofendida amargará em sua existência;
- (iii) para a aplicação das teorias no caso concreto, tanto o dano-evento quanto o dano-resultado devem ser protegidos juridicamente, de modo que o bem violado (a conduta e o resultado) deve ser obrigatoriamente tutelado pelo ordenamento jurídico;
- (iv) a natureza jurídica de ambas as teorias é controvertida tanto no Brasil quanto em Portugal, além de demais países europeus, por sua vez, há a hipótese de similitude quanto ao “dano”, uma vez que, para alguns juristas, o dano-resultado suportado pela vítima seria de natureza autônoma, nascendo, assim, a possibilidade de ser um dano de cunho existencial;
- (v) ambas as teorias apontam para a frustração profunda da ofendida, em relação à usurpação de uma possibilidade de escolha, vantagem ou de evitar um prejuízo em seu desfavor;

---

<sup>236</sup> DESSAUNE, Ref. 100.

- (vi) a conceituação do dano em ambas as teorias aponta para uma nova figura do elemento “dano”, de forma que alguns doutrinadores, ao analisarem separadamente a Teoria da Perda de uma Chance e a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, aduzem que a lesão nas espécies se trata de um dano autônomo;
- (vii) e, por fim, o dano sofrido pela lesada nas hipóteses atinentes à Teoria da Perda de uma Chance e à Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor decorre, efetivamente, da perda de uma oportunidade causada pelo terceiro ofensor, que poderá ter se dado em decorrência da usurpação do tempo existencial da vítima, como exemplo, por ter feito ruir seus planos rotineiros, ou mesmo seus planos de vida, causando-lhe, conseqüentemente, frustração, dor, sofrimento, angústia e desgosto, sentimentos de cunho não patrimonial, e que merecem a tutela jurisdicional requerida pela vítima, em especial, uma indenização.

Já quanto às divergências da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor e da Teoria da Perda de uma Chance, foi percebido que:

- (i) a aplicação das teorias ocorre em searas distintas, uma vez que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor se dá no Direito do Consumidor (em que pese estar se alargando sua aplicação no Brasil para o Direito Administrativo e Direito Trabalhista), enquanto a Teoria da Perda de uma Chance se dá na seara da Responsabilidade Civil;
- (ii) há grande contradição acerca da natureza jurídica das teorias ora estudadas, sendo, portanto, esse ponto a diferença entre as teorias. Melhor dizendo, para alguns juristas, a natureza jurídica da Teoria da Perda de uma Chance equivaleria a um dano patrimonial (dano emergente ou lucro cessante), ou ainda a um dano extrapatrimonial (autônomo ou moral). Vale dizer ainda que, para os juristas no Brasil, o dano decorrente da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor trata-se de um dano extrapatrimonial como gênero, entretanto, não há consenso acerca da espécie, se sua natureza seria de um dano moral ou um dano existencial. De forma que, por existir a falta de consenso entre os doutrinadores e jurisprudência, pode-se dizer que a própria falta de definição da natureza jurídica de cada teoria acaba por ser a própria divergência entre elas;
- (iii) Em regra, a condenação do ofensor por uma lesão decorrente da Teoria da Perda de uma Chance deverá ser analisada com base em casos semelhantes, com o fim de aferir a real probabilidade da suposta e alegada perda da chance, pois não há uma condenação explícita na norma, com

base na citada teoria, já que se trata de uma probabilidade de vantagem ou de evitar um prejuízo. Por outro lado, segundo o autor da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, a condenação do ofensor pela conduta danosa deveria se dar *in re ipsa*, na medida em que o tempo existencial foi subtraído da vítima, violada frontalmente a dignidade da pessoa humana, bem como por não ser um direito sequer renunciável. Dessa forma, a produção de provas deverá se dar de forma distinta nos casos concretos, sendo, portanto, outra divergência entre as teorias.

- (iv) Por fim, a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor tem seu principal fundamento no tempo perdido pela vítima-consumidora. Já a Teoria da Perda de uma Chance se baseia na responsabilidade daquele ofensor que impediu que a vítima tivesse alguma vantagem ou mesmo evitasse um prejuízo em seu desfavor.

Na verdade, o conceito e a aplicação das teorias ora estudadas ainda são muito controvertidos em diversos países, em especial no Brasil. O Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.406.245 28<sup>237</sup> do Superior Tribunal de Justiça, já mencionado no presente estudo, questiona em seu voto se a nova modalidade de danos morais, utilizada na Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já não estaria intrinsecamente ligada a outros institutos, tais como a própria Teoria da Perda de Chance ou lucros cessantes.

Aduz ainda o Eminentíssimo Ministro Luís Felipe Salomão que entende que a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor revela uma nova espécie de danos morais, entretanto, questiona se o ponto nodal da teoria, ou seja, a perda de tempo existencial, já não seria a mesma fundamentação jurídica para ensejar a condenação da perda de uma chance.

De todo o exposto neste trabalho científico, concluiu-se que ambas as teorias têm seu ponto de interseção em um dano autônomo, leia-se dano existencial, cuja reparação à vítima deve ser imposta ao ofensor, com fulcro nas Leis Magnas, em especial, do Brasil e de Portugal, que aduzem acerca da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

E ainda que não seja pacífico, tanto no Brasil como em Portugal, o entendimento referente à aplicação do dano autônomo de cunho existencial nos casos concretos, percebe-se que há um movimento no sentido de abarcar, ou melhor, tutelar o dano vital sofrido pela parte ofendida, em qualquer seara do Direito.

No mais, percebeu-se que a desconsideração do tempo de um indivíduo viola frontalmente o próprio princípio da dignidade humana, insculpido, por exemplo, na Carta

---

<sup>237</sup> BRASIL, Ref. 87.

Política Portuguesa e na Lei de Defesa do Consumidor, de modo que, nos diversos países estudados, já existe um forte arcabouço legal para propiciar que a Justiça avance no sentido de um novo entendimento do fenômeno “tempo existencial”, ampliando ainda mais o espectro de proteção do indivíduo. De forma a não se limitar na figura do tempo em si, contado cronologicamente, mas sobretudo na análise mais profunda, relativa à consequência de um dano dentro do tempo existencial da vítima, em decorrência de uma ação comissiva ou omissiva do agente causador do dano que ocasionou a perda de uma oportunidade, cuja conduta, como exemplo, pode ter feito ruir os planos rotineiros da vítima, ou mesmo seus planos de vida, causando-lhe, conseqüentemente, frustração, dor, sofrimento, angústia e desgosto, sentimentos de cunho não patrimonial, e que merecem a tutela jurisdicional requerida pela vítima, em especial uma indenização.

Concluindo este estudo científico, de forma incontestável, extraiu-se que o mundo jurídico vem caminhando no sentido de buscar a proteção legal para o efetivo “tempo” do indivíduo, como um bem jurídico tutelável, sob diversas perspectivas, nomenclaturas e teorias, entretanto, fundindo-se em sua essência, qual seja, a proteção jurídica ao projeto existencial de um indivíduo.

# REFERÊNCIAS

## DOCTRINA E LEGISLAÇÃO

ALCOZ, Luis Medina: Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de La Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 30, 2009, pp. 31-74.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista TST*, Brasília, vol. 79, n.º 2, abril/junho de 2013.

BANCO MUNDIAL. *World Development Indicators* [em linha]. 2024 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=2&country=PRT>.

BOLUZE, Léa. Perte de chance: conditions et indemnisation. *Capital* [em linha]. Atualizado em 10/02/2021 às 10h13 [Consult. 6 mar. 2023]. Disponível em: <https://www.capital.fr/votre-argent/perte-de-chance-1393598>.

BORÉ, Jacques. L'indemnization pour les chances perdues; une forme d'apreciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable. *Juris-Clausser Périodique*, 1974, I, 2620, n.º 23.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 [em linha]. Brasília-DF: 1988 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990* [em linha]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Professor de psicologia receberá indenização pela perda de uma chance. *Notícias do TST* [em linha]. Processo RR 1789.71.2016.5.10.0001 [Consult. 12 maio 2023]. Disponível em: <https://tst.jus.br/-/professor-de-psicologia-receber%C3%A1-indeniza%C3%A7%C3%A3o-pela-perda-de-uma-chance>.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.856, de 2022* [em linha]. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre o tempo como um bem jurídico, aperfeiçoar a reparação integral dos danos e prevenir o desvio produtivo do consumidor [Consult. 11 jun. 2022]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/155218>.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues, CORREIA, Alexandre Adriano e GONÇALVES, Fábio Enrique. (IN)Aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance no Direito brasileiro e comparado. *Revista Jurídica Luso-Brasileira* [em linha]. Ano 2, n.º 3, 2016 [Consult. 11 nov. 2023]. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016\\_03\\_0497\\_0518.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0497_0518.pdf).

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª edição, revista, aumentada e atualizada. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2006. ISBN: 85-7420-652-0.

CARVALHO, Jorge Morais. *Manual de Direito do Consumo*. 7ª edição. Lisboa: Ed. Almedina, 2020. ISBN: 978-972-40-834007.

COSTA, Fabiana Lima. *Responsabilidade Civil – Teoria da Perda de uma Chance* [em linha]. Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010 [Consult. 30 mar. 2023]. Disponível em: [/https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2010/trabalhos\\_2010/fabianacosta.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/fabianacosta.pdf).

DEFINITION de la perte de chance. *Definition-juridique* [em linha]. [s.d.] [Consult. 16 mar. 2023]. Disponível em: <https://www.definition-juridique.fr/perde-de-chance/>.

DESSAUNE, Marcos. A inovadora “Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor” desenvolvida no Brasil por Marcos Dessaune. *Nova Consumerlab* [em linha]. 12 de janeiro de 2023 [Consult. 22 jun. 2023]. Disponível em: <https://novaconsumerlab.novalaw.unl.pt/a-inovadora-teoria-do-desvio-produtivo-do-consumidor-desenvolvida-no-brasil-por-marcos-dessaune/>.

DESSAUNE, Marcos. Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: um panorama. *Revista Direito em Movimento* [em linha]. 2019, vol. 17, n.º 1, pp. 15-31. [Consult. 3 fev. 2021]. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume17\\_numero01/versaodigital/direitoemmovimento\\_volume17\\_numero1/index.html](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero01/versaodigital/direitoemmovimento_volume17_numero1/index.html).

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: uma visão geral. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* [em linha]. 2017, n.º 91, pp. 99-113. [Consult. 14 fev. 2021]. Disponível em: <https://mail.google.com/mail/u/1/?tab=rm&ogbl&pli=1#inbox/QgrcJHrtsHzfDmFBwjJKV FqZLjtKXsDdPhI?projector=1&messagePartId=0.1>.

DESSAUNE, Marcos. *Site oficial* [em linha]. [s.d.] [Consult. 10 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.marcosdessaune.com.br/>.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria ampliada do desvio produtivo do consumidor, do cidadão-usuário e do empregado*. 3ª edição, revista, modificada e ampliada. Vitória: Ed. do Autor, 2022. ISBN: 978-65-00-48444-1.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*. 2ª edição. Editora especial do autor, 2017.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. *Verbetes tempo* [em linha]. 2024 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/tempo/>.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família. *IBDFAM* [em linha]. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/182.pdf>.

FERNANDES, Maria Malta. *A perda de chance no Direito Português* [em linha]. Tese de doutoramento. Universidade de Vigo, 2021 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: [https://www.investigobiblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/2375/MaltaFernandes\\_Maria\\_TD\\_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://www.investigobiblioteca.uvigo.es/xmlui/bitstream/handle/11093/2375/MaltaFernandes_Maria_TD_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

FRANÇA. Cour de cassation - Première chambre civile. *Arrêt de la Cour de Cassation, Première Chambre Civile, du 13 septembre 2023* [em linha]. 2023 [Consult. 11 mar. 2024]. Disponível em: [https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS\\_LIEUVIDE\\_2023-0913\\_2218867&ctxt=0\\_YSR0MD1wZXJ0ZSBkZSBjaGFuY2XCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNIYXJjaA%3D%3D#dispositif](https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2023-0913_2218867&ctxt=0_YSR0MD1wZXJ0ZSBkZSBjaGFuY2XCp3gkc2Y9c2ltcGxILXNIYXJjaA%3D%3D#dispositif).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 11ª edição, volume 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIORDANI, José Acir Lessa. *Curso básico de Direito Civil - parte geral*. 2ª edição. Rio de Janeiro-RJ: Editora Lumen Juris, 2003. ISBN: 85-7387-194-6.

HATOUM, Nida Saleh e COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Da necessidade de identificação do dano existencial na responsabilidade civil. *Civilistica.com* [em linha]. a. 11, n. 3, 2022, pp. 1-19. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/701/679>.

HIGA, Flávio da Costa. *Responsabilidade civil: a perda de uma chance no Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 97888502153769.

HORCAIO, Ivan. *Dicionário Jurídico Referenciado*. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Primeira Impressão, 2007. ISBN: 978-85-88867-18-5.

ISAÍAS, Michely Rayane de Souza. A natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. *Jus Brasil* [em linha]. 22/04/2020 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81493/a-natureza-juridica-da-teoria-da-perda-de-uma-chance>.

KANIAK, Vanessa. A Teoria da Perda de uma chance de cura ou sobrevivência e sua aplicabilidade pelos Tribunais. *Jus Brasil*, 2016 [Consult. 8 out. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-teoria-da-perda-de-uma-chance-de-cura-ou-sobrevivencia-e-sua-aplicabilidade-pelos-tribunais/378604161>.

LEITÃO, Antonio Pedro Santos. *Da perda de chance - problemática do enquadramento dogmático* [em linha]. Dissertação em Ciências Jurídico Civílicas. Menção em Direito Civil, julho 2016, Universidade de Coimbra [Consult. 22 jun. 2023]. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/40891/1/Tese%20-%20Perda%20de%20Chance1.pdf>.

LINGIBE, Patrick. Peut-on être indemnisé en cas de perte de chance? *Village Justice* [em linha]. 20 nov. 2018 [Consult. 5 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.village-justice.com/articles/peut-etre-indemnisse-cas-perde-chance,30015.html>.

LOVATO NETO, Renato. *Perda de Chance no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2022. ISBN: 9788551920312.

MACIEL, Wyllians. *Filosofia do Tempo*. *InfoEscola* [em linha]. [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://www.infoescola.com/filosofia/filosofia-do-tempo/>.

MENEZES, Sara Lemos. *Perda de oportunidade: uma mudança de paradigma ou um falso alarme* [em linha]. Mestrado em Direito, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Lisboa, 2013 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13401/1/Tese Sara Lemos de Meneses.pdf>.

MICHAELIS. *Verbetes Chance* [em linha]. 2024 [Consult. 22 ago. 2023]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/chance>.

OLIVEIRA, Marcello Faria de. *Teoria da Perda de uma Chance: uma análise sob o ponto de vista do Direito comparado*. *Jus Brasil* [em linha]. 2016 [Consult. 3 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/teoria-da-perda-de-uma-chance/307943983>.

PEDRO, Rute Teixeira. *A responsabilidade do médico – reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado* [em linha]. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Centro de Direito Biomédico (CDB), Coimbra Editora, 2008 [Consult. 22 out. 2023]. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf).

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra, 2015. ISBN: 9789723223095.

PORTUGAL. *Código Civil Português* [em linha]. Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa* [em linha]. 1974 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 24/96* [em linha]. Lei de Defesa do Consumidor, 1996 [Consult. 10 fev. 2021]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=726&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis).

REGO, Margarida Lima. *Decisões em ambiente de incerteza (Probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais)*. *JULGAR* [em linha]. n.º 21, 2013 [Consult. 11 set. 2023]. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/09/07-M-Lima-Rego-Probabilidade-e-convic%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

ROCHA, Nuno Santos. *A perda de chance como uma nova espécie de dano*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 9789724055688.

RODAS, Sérgio. Órgão Especial TJ do Rio de Janeiro cancela “súmula do mero aborrecimento”. *Conjur* [em linha]. 17 de dezembro de 2018 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/orgao-especial-tj-rio-cancela-sumula-mero-aborrecimento/>.

ROSÁRIO, Grácia Cristina Moreira do. *A perda da chance de cura na responsabilidade médica*. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* [em linha]. Vol.

11, pp. 43-167, 2008 [Consult. 15 out. 2023]. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista43/Revista43\\_167.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_167.pdf).

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian W. Mendlowicz. A Teoria da Perda da Chance como solução para o “se” Indenizável. *Revista da EMERJ* [em linha]. v. 12, n. 48, 2009 [Consult. 3 jan. 2024]. ISSN: 22368957. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista48/revista48\\_sumario.htm](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista48/revista48_sumario.htm).

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do Direito comparado e brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN: 9788522475353.

SILVA, Renata do Nascimento. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: estudo comparativo jurisprudencial entre o Direito brasileiro e o português*. Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2016 [Consult. 10 set. 2023]. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/39915/1/ulfd133264_tese.pdf).

SILVA JÚNIOR, Joab Silas da. Dilatação do tempo. *Mundo Educação* [em linha]. 2020 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/fisica/dilatacao-tempo.htm>.

SÍNDROME de Burnout: Brasil é o segundo país com mais casos diagnosticados. *Estado de Minas* [em linha]. 26 de maio de 2023 [Consult. 29 fev. 2024]. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/saude-e-bem-viver/2023/05/26/interna\\_bem\\_viver,1498977/sindrome-de-burnout-brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-casos-diagnosticados.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/saude-e-bem-viver/2023/05/26/interna_bem_viver,1498977/sindrome-de-burnout-brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-casos-diagnosticados.shtml).

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume Único. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021. ISBN: 978-85-309-93108.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2003. ISBN: 85-224-2710-0.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP usa teoria do desvio produtivo para anular cobrança indevida de IPVA. *Conjur* [em linha], 16 de julho de 2019 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/tj-sp-usa-teoria-desvio-produtivo-anular-cobranca-ipva/>.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.132.385/SP (2017/0165913-0)* [em linha]. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Agravante: Universo Online S/A. Agravado: Guimarães e Gallucci Sociedade de Advogados. Brasília-DF, 27 de setembro de 2017 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76955432&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201701659130&data=20171003&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76955432&tipo_documento=documento&num_registro=201701659130&data=20171003&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.241.259/SP (2018/0022875-2)* [em linha]. Relator: Ministro: Antônio Carlos Ferreira. Agravante: Heko Iuvaskima Garcia. Agravado: Renault do Brasil S/A. Brasília-DF, 21 de junho de 2018 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num\\_registro=201800228752&data=20180629&peticao\\_numero=201800192718&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num_registro=201800228752&data=20180629&peticao_numero=201800192718&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.260.458/SP (2018/0054868-0)* [em linha]. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Agravante: Banco Santander (Brasil) S.A. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Brasília-DF, 5 de abril de 2018. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201800548680&data=20180425&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&tipo_documento=documento&num_registro=201800548680&data=20180425&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial n.º 1.929.288 – TO (2021/0087575-0)* [em linha]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Brasília-DF, 22 de fevereiro de 2022 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=146185765&num\\_registro=202100875750&data=20220224&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=146185765&num_registro=202100875750&data=20220224&tipo=5&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental no Recurso Especial 1.120.911/RS* [em linha]. Relator Ministro Castro Meeira, j. 17.03.2011 [Consult. 11 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/18659637/inteiro-teor-18659638>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Recurso Especial: 1321606 MS, 20110237328-0* [em linha]. 4ª Turma, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, publicado 08.05.2013 [Consult. 12 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23280614>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.254.141, proc. 2011/0078939-4* [em linha]. Relatora Min. Nancy Andrighi, j. 04/12/2012 [Consult. 3 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865276892/inteiro-teor-865276902>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.406.245 (2013/0205438-3)* [em linha]. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Recorrente: BV Financeira SA Crédito Financiamento e Investimento. Brasília-DF, 24 de novembro de 2020 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120622147&num\\_registro=201302054383&data=20210210&tipo=5&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120622147&num_registro=201302054383&data=20210210&tipo=5&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.634.851/RJ* [em linha]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Via Varejo S/A. Brasília (DF), 12 de setembro de 2017 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num\\_registro=201800228752&data=20180629&peticao\\_numero=201800192718&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1727879&num_registro=201800228752&data=20180629&peticao_numero=201800192718&formato=PDF).

quencial=1576048&num\_registro=201502262739&data=20180215&peticao\_numero=1&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.737.412/SE (2017/0067071-8)*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Sergipe. Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019 [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num\\_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787616&num_registro=201700670718&data=20190208&formato=PDF).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.757.936/SP* [em linha]. 3ª Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j.20.08.2019 [Consult. 20 abr. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859217204/inteiro-teor-859217215>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.190.180RS* [em linha]. 4ª Turma, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, DJe 22.11.2010 [Consult. 12 jan. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866588417/inteiro-teor-866588421>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1.540.153/RS* [em linha]. 4ª Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j.17.04.2018, DJe 06.06.2018 [Consult. 12 mar. 2024]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/595923770/inteiro-teor-595923777>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *RO 0000210-16.2018.5.17.0101*. Desembargadora Daniele Corrêa Santa Catarina. 13 de junho de 2019 [Consult. 12 mar. 2023]. Disponível em: <https://pje.trt17.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000210-16.2018.5.17.0101/2>.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *AC 1.0145.04.141528-5/001*. Juiz de Fora, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes, j. 31.05.2006

PORTUGAL. *Acórdão 3925/07.9TVPRT.P1.S1* [em linha]. Relator João Bernardo, acórdão de 09.10.2014 [Consult. 22 out. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 1579/15-8T8CBR.C1* [em linha]. Relator António Carvalho Martins. Mandato Forense. Dano da Perda da Chance. Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra – Coimbra [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/C7BB86C3ABD8455A802580B800443D0C>.

PORTUGAL. *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Processo n.º 2133/16.2T8CTB.C1* [em linha]. Relator Jorge Arcanjo. Perda de Chance. Responsabilidade Civil. Dano Biológico. Indenização, pb. 18.02.2020, Unanimidade, Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco – JC Cível de Castelo Branco. [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/3ef1c8a56b3040248025851800410177?OpenDocument&Highlight=0>.

PORTUGAL. *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo 5105/12.2 TBXL.L1.S1* [em linha]. 2ª Secção, Relator Tomé Gomes, data do acórdão: 0.07.2015,

pp. 193-194 [Consult. 6 set. 2023]. Disponível em:  
<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e932fffb25ab867680257e8100375246?OpenDocument>

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível 000.5800-37.2016.8.19.0036* [em linha]. 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Milton Fernandes de Souza, j.06/02/204 [Consult. 12 jun. 2023]. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.20.0>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – RS. *Apelação Criminal: APR 5002419-45.2017.8.21.0035* [em linha]. Sapucaia do Sul, j.25.03.2022 – Relator Des. Luciano André Losekann, pub. 01.04.2022 [Consult. 11 jun. 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1813823390>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. *R.O 105.14.2011.5.04.0241* [em junho]. Relator Desembargador José Felipe Ledur, 1ª Turma. Diário eletrônico da justiça do trabalho, Porto Alegre, 03 de junho de 2011 [Consult. 12 maio 2023]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-4/1115766739>.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Acórdão* [em linha]. Apelação Cível n.º 1044893-48.2021.8.26.0576. Apelante: Banco Daycoval S/A. Apelado: Rogério Matarazzo Pelicer. 19 de dezembro de 2023 [Consult. 13 mar. 2024]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/01/Acordao-3.pdf>.



Universidade Portucalense Infante D. Henrique | Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541  
4200-072 Porto | Telefone: +351 225 572 000 | email: [upt@upt.pt](mailto:upt@upt.pt)