



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Paula Horstmann Weihermann

**Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos
consumidores nos casos de *overbooking***

Florianópolis

2023

Paula Horstmann Weihermann

Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos consumidores nos casos de *overbooking*

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Dr. Geysen José Gonçalves da Silva

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pela autora,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Weihermann, Paula Horstmann

Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos consumidores nos casos de overbooking / Paula Horstmann Weihermann ; orientador, Geyson José Gonçalves da Silva, 2023.

70 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

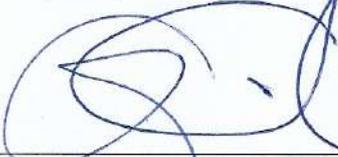
1. Direito. 2. Teoria do Desvio Produtivo. 3. Indenização do tempo perdido. 4. Relação de consumo no transporte aéreo. 5. Overbooking. I. da Silva, Geyson José Gonçalves. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

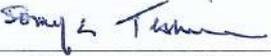
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos consumidores nos casos de *overbooking*.”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Paula Horstmann Weihermann defendido em 05/12/2023 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10.0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de dezembro de 2023



Geyson José Gonçalves da Silva
Professor Orientador



Soraya Teshima
Membro de Banca



Fernanda Gadotti Duwe
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

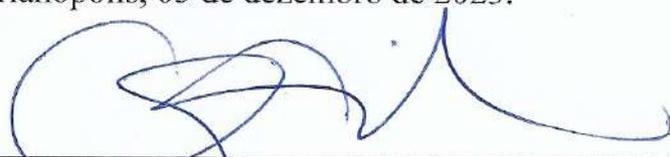
ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Aos 05 dias do mês de dezembro do ano de 2023 às 10 horas e 30 minutos, na Sala 405 do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos consumidores nos casos de *overbooking*.”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) Paula Horstmann Weihermann, matrícula nº17204035, composta pelos membros Prof. Dr. Geyson José Gonçalves da Silva, Soraya Teshima e Fernanda Gadotti Duwe abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10.0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

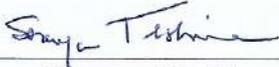
Aprovação Integral

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 05 de dezembro de 2023.



Geyson José Gonçalves da Silva
Professor Orientador



Soraya Teshima
Membro de Banca



Fernanda Gadotti Duwe
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Paula Horstmann Weihermann

Matrícula: 17204035

Título do TCC: Teoria do Desvio Produtivo: a aplicabilidade da indenização do tempo perdido pelos consumidores nos casos de *overbooking*.

Orientador(a): Geyson José Gonçalves da Silva

Eu, Paula Horstmann Weihermann, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de dezembro de 2023.

Paula Horstmann Weihermann

PAULA HORSTMANN WEIHERMANN

*Que viu o tempo passar
Há muita gente que pensa
Mas é grande a diferença
Ele não sai do lugar
(...)
Fala de um tempo perdido
Que a rigor nunca foi seu.*

Jayme Caetano Braun

AGRADECIMENTOS

Não por acaso o tema deste trabalho foi escolhido, haja vista que eu pessoalmente guardo profunda indignação com qualquer perda de tempo. Eternamente com pressa de viver, mas consciente da inexistência de poupança ou investimento quando se trata do tempo. Por isso, pretendo cultivar a calma para aproveitar o momento presente e sempre agradecer as pessoas que estão comigo aproveitando e criando todas as memórias que o tempo nos permitir viver.

Aos meus pais, Irineu e Tuca, por me proporcionarem tudo o que foi possível, material e emocionalmente, para que eu chegasse até aqui. Hoje vivo longe fisicamente, mas vocês se mantêm sempre por perto no meu coração. Além disso, muito obrigada por me ensinarem a aproveitar o melhor da vida e a não perder tempo quando se trata de ir em busca dos meus sonhos.

À minha irmã, amiga e *roommate*, Camila, por me mostrar um dos maiores amores do mundo apenas por existir. Obrigada por completar nossa família e por dividir suas alegrias e angústias comigo, a vida certamente ficou melhor, e mais divertida, desde que você chegou.

Às minhas irmãs de outra mãe, Thaísa e Moara, por cumprirem pra mim o papel de irmãs mais velhas e me ensinarem tanto sobre tanta coisa. Família a gente não escolhe, mas se vocês não fossem da minha, eu escolheria mesmo assim.

Estendo, também, meus agradecimentos a toda minha família na figura das minhas avós, Paula e Irene (*in memoriam*), e de meus padrinhos, tio Vander e tia Karin, tio Udo e tia Cláudia, tio Iberê e tia Rose. Tive muita sorte em ter vivido uma infância tão doce e divertida e ter conselheiros para me ajudar no direcionamento da vida adulta.

Também agradeço às pessoas que dividiram comigo a paixão pela leitura e pela escrita, Thaísa e tia Rose, por ter aprendido desde nova o poder que as palavras têm. Tenho certeza de que todas as horas despendidas nos meios dos livros foram muito bem gastas, assim como o tempo que passo compartilhando minhas leituras com vocês.

Às minhas amigas de infância, Heloísa, Anneliese, Sabrina e Sarah, por serem minha companhia diária na época de preparação para o ingresso na universidade e por me acompanharem, mesmo de longe, nessa trajetória.

E às minhas amigas da vida adulta, Gabriela, Luiza, Clara, Carolina, Júlia, Ana Camila, Vitória, Paola, Manuela e Joana, por compartilharem os sofrimentos e delícias da graduação e dessa fase tão maluca da vida em que somos velhas demais para sermos jovens e jovens demais para sermos velhas. Agradecimento especial à Gabi pela leitura e revisão deste trabalho, obrigada pelas gentis e geniais sugestões no texto e na vida.

Com a amizade de vocês todas eu aprendi e aprendo todos os dias sobre o mundo e sobre mim mesma. Obrigada por serem companhia, colo e inspiração não só na fase de elaboração desta pesquisa, como em toda a vida.

Ao meu namorado e parceiro de vida, Gustavo, que chegou há poucos anos, mas já agregou tanto por aqui (prova da relatividade do tempo). Obrigada por dividir comigo a viagem, o destino e as bagagens. Aprendo muito sobre a vida contigo, principalmente sobre ter calma para viver, e te quero sempre por perto. Estendo os agradecimentos também aos seus pais, Aldo e Valéria, pela receptividade e acolhida de sempre e por formarem a minha família longe de casa.

Agradeço, sobretudo, à UFSC em toda sua dimensão, eu só sou o que sou hoje porque passei por essa universidade, conheci as pessoas que fazem parte dela, participei de grupos de estudo, projeto de extensão, centro acadêmico, palestras e aulas que me transformaram profundamente e permanentemente. Incluo nessas experiências transformadoras proporcionadas pela UFSC o meu intercâmbio para Konstanz, na Alemanha, em 2022, que me oportunizou imenso crescimento intelectual e pessoal.

Agradeço também, na pessoa do meu orientador, professor Geyson, a todos os professores e professoras que cruzaram o meu caminho e ensinaram, com empatia e coragem, muito além do que dogmas jurídicos.

Enfim, obrigada a todos que contribuíram para fazer meus dias mais felizes, meus companheiros nessa viagem. A vida, com vocês, nunca é perda de tempo.

Não tenhamos pressa, mas não percamos tempo.

José Saramago

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a aplicabilidade da teoria do desvio produtivo do consumidor nos casos de preterição de passageiros devido à prática de overbooking pelas companhias aéreas. A pesquisa trabalha com a hipótese de que é possível utilizar a teoria para responsabilização civil das transportadoras aéreas pelo desperdício de tempo a que seus consumidores são submetidos quando utilizada a prática do overbooking. Para tanto, realiza-se uma análise histórica e teórica sobre a indenização do tempo perdido e a construção da teoria do desvio produtivo. Posteriormente, debruça-se no estudo sobre a relação de consumo existente no fornecimento de serviços de transporte aéreo, a conceituação do overbooking e como se dá a regulamentação da prática e a responsabilização das companhias aéreas pela preterição de passageiros nos tribunais do país. Finalmente, através de aproximações teóricas e análise de julgados brasileiros, averigua-se a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo nos casos de overbooking e a forma como se dá essa aplicação. O estudo foi configurado por meio da revisão bibliográfica de artigos científicos, livros específicos, documentos, websites e na análise de jurisprudência dos tribunais brasileiros, em especial o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Palavras-chave: Teoria do Desvio Produtivo; Indenização do tempo perdido; Relação de consumo no transporte aéreo; *Overbooking*.

ABSTRACT

The present paper seeks to analyze the applicability of the theory of consumer productive deviation in cases of passenger rejection due to the practice of overbooking by airlines. The research works with the hypothesis that it is possible to use the theory to hold air carriers civilly liable for the waste of time that their consumers are subordinated to when the overbooking is practiced. To this end, a historical and theoretical analysis is carried out on compensation for the time lost and the construction of the theory of productive deviation. Subsequently, the research is focused on the study of the consumer relation that exists in the provision of airlift services, the concept of overbooking and how the practice is regulated and the liability of airlines for the neglect of passengers in the country's courts. Finally, through theoretical approaches and analysis of Brazilian judgments, the possibility of applying the theory of productive deviation in cases of overbooking and the way in which this application occurs is investigated. The study was configured through a bibliographic review of scientific articles, specific books, documents, websites and on the analysis of jurisprudence of Brazilian courts, especially the Superior Court of Justice (STJ).

Keywords: Theory of Productive Deviation; Compensation for lost time; Consumption relation in airlift; Overbooking.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO.....	15
2.1	O ENTENDIMENTO HISTÓRICO SOBRE O TEMPO PERDIDO E SUA PRETENSA INDENIZAÇÃO.	15
2.2	O DESVIO PRODUTIVO PARA ALÉM DA TEORIA.	22
2.3	A AUTONOMIA DO DANO DO TEMPO PERDIDO EM FACE DAS DEMAIS INDENIZAÇÕES CIVIS.	27
3	A PRÁTICA DA PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO.....	36
3.1	CONCEITUAÇÃO E JUSTIFICATIVA ECONÔMICA DO <i>OVERBOOKING</i> E DA PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO.	36
3.2	REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL.	41
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DA COMPANHIA AÉREA NOS DANOS CAUSADOS PELO <i>OVERBOOKING</i>	45
4	A INCIDÊNCIA DO DESVIO PRODUTIVO NOS CASOS DE <i>OVERBOOKING</i>.....	49
4.1	A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA NOS CASOS DE PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO.	49
4.2	ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. 52	
5	CONCLUSÃO.....	59
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

A noção de que o tempo é finito sempre esteve presente na filosofia humana, contudo, é na sociedade contemporânea do imediatismo e globalização que esta noção gera maior grau de angústia. E, por se tratar de um bem tão valioso, sobre o qual o ser humano ainda não possui qualquer poder de controle, apresentam-se demandas cada vez mais específicas voltadas à otimização da vida e do tempo advindas da necessidade de prolongar ao máximo o tempo de vida e, mais que isso, elevar ao máximo o grau de aproveitamento do tempo que ainda dispomos, haja vista a fatal consciência da finitude da vida humana.

Além disso, a globalização e o imediatismo têm feito com que tanto as rotinas cotidianas quanto passeios a lazer gerem cada vez mais a necessidade de deslocamentos de grandes distâncias em pouco tempo, tendo em vista a ascendente noção de sua escassez. Dessa forma, as viagens de avião são cada vez mais comuns, aumentando o consumo de serviços de transporte aéreo e, conseqüentemente, a responsabilidade das companhias aéreas em prestar esses serviços com qualidade e eficiência.

Não coincidentemente, nos últimos anos, teóricos e aplicadores do Direito empenham-se no desenvolvimento de teorias que respaldam a proteção do tempo como bem jurídico, como é o caso da chamada teoria do desvio produtivo. Essa teoria, que possui como precursor o doutrinador Marcos Dessaune, defende a valorização do tempo e a consciência de que, por ser um bem limitado, inacumulável e irrecuperável, precisa ser protegido e assegurado. Sobretudo, é nas relações de consumo que a proteção do tempo vital precisa se dar por existirem inúmeros mecanismos de otimização de lucros e diminuição de despesas que afetam diretamente o tempo da parte mais fraca da relação, os consumidores.

Um desses artifícios utilizados pelos fornecedores para transferência dos riscos e ônus de seus negócios é o *overbooking*, utilizado justamente pelas companhias aéreas, que consiste na disponibilização de um número maior de reservas do que de assentos existentes nas aeronaves, gerenciando a capacidade dos voos oferecidos em um grau elevado de otimização. O que ocorre é que, quando mal aplicado, o *overbooking* acarreta a superlotação das aeronaves, causando preterição de passageiros que têm seu embarque negado, por não existirem assentos suficientes no voo contratado.

Além dos inúmeros dissabores de terem negado seu embarque para o horário e voo contratados, os passageiros preteridos por conta do *overbooking* experimentam uma enorme perda de tempo, tanto o despendido para o voo que não aconteceu, como o necessário para resolver a transferência de passagens e aguardar a decolagem do novo voo. Nesse sentido, a temática da presente pesquisa se concentra em entender como o tempo perdido por esses passageiros preteridos pode ser indenizado, avaliando a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo aos casos de preterição de passageiro por *overbooking* praticado pelas companhias aéreas.

Assim, a pergunta que norteia a pesquisa é: existe a possibilidade de aplicar a teoria do desvio produtivo para que o tempo perdido pelos consumidores que têm seu embarque negado devido à prática do *overbooking* pelas companhias aéreas seja indenizado? Analisa-se, portanto, novas formas de valorização e proteção do tempo no âmbito jurídico, a regulamentação do serviço prestado pelas transportadoras aéreas e sua responsabilização pelos danos causados aos seus consumidores, e a possível aplicação da indenização pelo tempo perdido nos casos de preterição de passageiros.

Ou seja, o que se buscará entender é se há compatibilidade entre as teses pressupostas pela teoria do desvio produtivo e o caso concreto em que o consumidor de serviços de transporte aéreo tem seu embarque no voo que contratou negado pela superlotação da aeronave em decorrência da prática de *overbooking* pela companhia aérea e, conseqüentemente, perde muito tempo resolvendo o imbróglio resultante da sua preterição.

Para tanto, o trabalho será dividido em três seções: a primeira, que corresponde ao segundo capítulo, será voltada para a teoria do desvio produtivo. Na segunda seção, o terceiro capítulo, tratará dos transportes aéreos e da prática de *overbooking*. Por fim, a última seção, capítulo quarto, irá evidenciar a possibilidade da utilização da teoria nos casos práticos de preterição de passageiro em decorrência do *overbooking*.

O segundo capítulo analisará a origem histórica da defesa do tempo como bem jurídico valioso e carente de tutela, passando por vários momentos da responsabilidade civil, sobretudo no âmbito do direito do consumidor, até chegar no desenvolvimento da teoria de direito do consumidor denominada teoria do desvio produtivo. Assim, serão trazidas as principais teses defendidas por Marcos Dessaune, precursor da teoria, como também por Cláudia Lima Marques e Laís Bergstein.

Além disso, discorrer-se-á sobre uma das maiores críticas à teoria, trazida por Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva, quanto à aspirada autonomia do dano temporal em relação às demais indenizações civis, elucidando sobre em que consiste esta crítica, seus fundamentos, e os contrapontos levantados pelos defensores da teoria do tempo perdido. Dessa forma, serão analisadas as opiniões contra e a favor da concepção do dano temporal destacado dos danos materiais e dos morais.

Ademais, serão elencados e analisados os entendimentos jurisprudenciais sobre essa teoria, ou seja, quais as considerações que os aplicadores do direito do país têm sobre o desvio produtivo do consumidor e a indenização pelo tempo perdido.

Em sequência, o terceiro capítulo tratará especificamente da relação de consumo existente no fornecimento de serviços de transporte aéreo. Dessa maneira, o primeiro tópico do capítulo conceitua e aborda a justificativa econômica do *overbooking* e da preterição de passageiro, elucidando os conceitos de *no-show*, passageiros *full-fare*, *denied boarding* e do algoritmo *first come – first served*.

Além disso, serão analisadas as principais regulamentações e normas referentes à prestação de serviços aéreos e ao *overbooking* em si, assim como quais os principais entendimentos dos tribunais brasileiros sobre o tema. Sendo assim, a Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), de 13 de dezembro de 2016, que regula o tratamento administrativo dado aos danos causados pela prática de *overbooking*, será examinada, assim como a discussão sobre o aparente conflito de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia de 1929 na regulamentação do transporte aéreo brasileiro.

No final do capítulo, será exposto o tratamento que se dá à proteção dos consumidores de serviços aéreos, ou seja, como é aplicada a responsabilidade civil às companhias aéreas quando causam danos aos seus clientes por conta da prática do *overbooking*.

Por fim, o capítulo de número quatro evidenciará a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo nos casos de preterição de passageiros por prática de *overbooking* no Brasil. Para isso, inicialmente será feita uma aproximação teórica da teoria com a responsabilização civil aplicada às companhias aéreas pelo *denied boarding* e, depois, serão analisados diversos julgados dos tribunais do país em que a teoria criada por Marcos Dessaune foi aplicada aos casos de *overbooking*.

Outrossim, serão realizadas comparações entre tais jurisprudências visando compreender as especificidades da utilização da teoria para penalização das companhias aéreas nos casos de *overbooking* em cada tribunal analisado.

Pretende-se, assim, entender como se dá a aplicação da teoria do desvio produtivo na prática e qual é o nível de aceitação da responsabilização pelo tempo perdido nos casos de preterição de passageiros pelos juízes brasileiros atualmente.

A pesquisa, portanto, é desenvolvida por meio de uma abordagem qualitativa da teoria do desvio produtivo como meio para obter a indenização do tempo perdido e pela elaboração de um panorama geral da regulamentação da prestação de serviços aéreos no Brasil, configurada por meio da revisão bibliográfica de artigos, documentos e leis sobre a prestação de serviços aéreos. Para que, ao fim, seja analisada a jurisprudência dos tribunais que versem sobre a teoria do desvio produtivo a fim de demonstrar sua aproximação com a proteção dos consumidores dos serviços aéreos e sua possível aplicabilidade para indenização dos danos causados pelo *overbooking* malsucedido.

2 A TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO

2.1 O ENTENDIMENTO HISTÓRICO SOBRE O TEMPO PERDIDO E SUA PRETENSA INDENIZAÇÃO

No decorrer da evolução econômica e tecnológica humana, foram criados mecanismos, sobretudo, de controle. Controle das matérias-primas, controle das forças produtivas, controle do mercado, dos preços, das moedas, das necessidades e das tendências. Contudo, apesar do aumento exponencial da velocidade dos meios de comunicação, deslocamento e produção, há um elemento da vida humana do qual não se tem controle: o tempo.

O tempo, conforme destaca Laís Bergstein, é o que o ser humano tem de mais relevante, instrumento essencial para se desempenhar qualquer uma das atividades humanas e meio indispensável para ultrapassar distâncias (2019, p. 1). Enquanto para Heidegger, o tempo é um elemento constitutivo da existência humana (*apud* Bergstein, 2019, p.1), para Marcos Dessaune, ele constitui suporte implícito da vida (2019, p. 25).

Toda essa importância conferida ao tempo o tornou objeto de estudo das mais variadas áreas do conhecimento desde os primórdios das ciências humanas. Apesar da dificuldade de entendê-lo, quantificá-lo, defini-lo e até mesmo percebê-lo, inúmeros teóricos e cientistas tentaram e tentam criar uma compreensão do tempo e de suas inúmeras facetas.

Segundo Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva, a teoria do tempo criada por Santo Agostinho é, até hoje, utilizada nos estudos filosóficos e históricos que dependem da assimilação do que é esse bem tão valioso (2020, p. 2).

Na sua teoria, o filósofo defendia que o tempo não existe em si, é compreendido empiricamente como sendo a duração das coisas, assim, é a medida de permanência de uma coisa ou de um acontecimento (Agostinho *apud* Pegoraro, 2011, p. 66). Dessa forma, Agostinho indicava que o tempo não poderia existir antes do tempo ou antes das coisas das quais constitui a duração, nem existiria separado da coisa ou acontecimento (*apud* Pegoraro, 2011, p. 66).

Por isso, na sua visão, que acreditava que o tempo não podia ser eterno como Deus, mas somente existir por tanto quanto duram as coisas, o mundo teria sido criado

simultaneamente com o tempo (Agostinho *apud* Pegoraro, 2011, p. 113). Para Santo Agostinho, não é o tempo que dura, o tempo apenas mede a duração das coisas, são elas que duram (*apud* Pegoraro, 2011, p. 113).

Seguindo essa concepção agostiniana do tempo, além de não existir em si e não ser eterno, ele constitui um valor finito, escasso e não renovável (Bergstein, 2019, p. 1). Assim, há a consciência humana de que nosso tempo existencial é limitado e exíguo. Contudo, percebe-se que, cada vez mais, os seres humanos buscam pela obtenção de mais tempo ou pelo maior aproveitamento dele.

Não é novidade que, nas palavras de Schreiber, não se pode comprar o tempo, nem vendê-lo, roubá-lo, armazená-lo, fabricá-lo ou multiplicá-lo. Somente podemos usá-lo e, mesmo se não o usarmos, ele não deixará de passar (1986, p. 112, tradução livre).

Sendo assim, se o tempo vital é um atributo integrante da personalidade humana (Dessaune, 2019, p. 25), se é indispensável ao desempenho de toda atividade humana (Bergstein, 2020, p. 1) e se claramente é um recurso exíguo e não renovável, então ele demanda tutela jurisdicional para assegurá-lo.

É preciso, dessa forma, que o tempo seja protegido juridicamente, haja vista tratar-se de um bem intrínseco à própria existência humana e, por ser escasso, suscetível a todo tipo de afronta ou violação.

Sobretudo, é na esfera do consumo em que mais se observa a ameaça ao tempo. Se, nos primórdios da sociedade industrial, o lucro das empresas advinha da exploração do tempo produtivo dos trabalhadores (Marx, 1996, p. 138), hoje, na sociedade pós-industrial, o lucro se origina da exploração do tempo vital dos consumidores pelos fornecedores (Dessaune, 2019, p. 28, rodapé). É claro, também, que a evolução das relações sociais e, conseqüentemente, o desenvolvimento tecnológico (com o surgimento dos transportes ferroviários, rodoviários e aéreos) engendrou o aparecimento de novos perigos, corporais e materiais, não só para o meio ambiente como para as pessoas também (Viney, in: Tepedino, 2008, p. 42-43), como é o caso da perda de tempo.

Nesse sentido, há uma evidente tendência dos fornecedores em reduzirem seus custos de produção, transferindo ao consumidor o ônus da perda de tempo vital (Verbicaro; Quaresma, 2019, p. 56). Dessa forma, a perda de tempo do consumidor representa um bônus lucrativo da

empresa fornecedora, que não se preocupou em perder seu próprio tempo para evitar onerar o tempo de seu consumidor.

Marcos Dessaune, importante teórico e defensor da repreensão dessa transferência de perda de tempo dos fornecedores para consumidores, argumenta que todo fornecedor tem a função implícita de liberar os recursos produtivos do consumidor, fornecendo produtos e serviços de qualidade e conferindo ao consumidor a possibilidade de empregar seu próprio tempo na realização de ocupações de sua escolha e preferência (2019, p. 18).

O consumidor, assim, deixaria de gastar tempo produzindo bens e realizando serviços que podem ser comprados/contratados do fornecedor. Em contrapartida, os deveres legais do fornecedor - como exemplo os de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé e de indenidade - estão fundados na missão de não impor riscos ou causar danos aos seus consumidores e, caso ocorram, que sejam sanados os vícios e reparados os danos de forma espontânea e o mais rápido possível (Dessaune, 2019, p. 18).

Contudo, conforme bem exposto por Dessaune, diversos fornecedores violam tais deveres, transferindo os riscos do negócio ao consumidor (2019, p. 19). Assim, incontáveis empresas nacionais e multinacionais de grande porte aproveitam-se de sua posição de prevalência econômica e domínio dos meios produtivos para auferir bônus lucrativo às custas do consumidor, que fica à mercê dos artifícios criados pelo fornecedor para omitir, dificultar ou recusar sua responsabilidade pelos riscos e danos causados (Dessaune, 2019, p. 20).

Os autores Verbicaro e Quaresma também defendem que há uma clara desvalorização do tempo vital do consumidor relacionado ao enriquecimento sem causa do fornecedor que “reduz seus custos produtivos imprimindo ao ente mais fraco da relação, o consumidor, o ônus da perda de seu tempo vital em detrimento do bônus lucrativo para a empresa” (2019, p. 85).

Dessa forma, não é incomum que os fornecedores utilizem estratégias organizadas para a perda de tempo do consumidor, claramente menosprezado, gerando um ganho de tempo do fornecedor para solucionar problemas decorrentes da má prestação de seu serviço ou de defeitos do seu produto (Marques, 2014, p. 215). Em outras palavras, a passagem do tempo que deveria decorrer a favor de todos da mesma forma, acaba sofrendo manipulações da parte mais forte da relação de consumo para que onere somente o consumidor.

Evidente, então, a diferença entre o tempo do consumidor e o do fornecedor à medida que, como pontuou Cláudia Lima Marques no prefácio ao livro de Marcos Dessaune (2011, p. 11-12), para o fornecedor a perda de tempo é vista como custo ou ônus econômico.

Por exemplo, prestar informações detalhadas ao consumidor, elaborar sistemas que evitem danos ao usuário ou comprador e prover assistência eficiente de serviço ao cliente são atividades onerosas à empresa fornecedora, fazendo com que seja muito mais vantajoso economicamente transferir o dispêndio desse tempo ao consumidor.

Observa-se, então, que, como o tempo do fornecedor é levado em conta como recurso de valor na cadeia produtiva, o tempo do consumidor também deveria receber o mesmo tratamento e consideração, haja vista que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo Artigo 3º, inciso I da Constituição Federal da República de 1988, consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária (Bergstein, 2019, p. 10). Contudo, na prática esse objetivo não é respeitado.

Assim, ao invés de disponibilizar um atendimento de qualidade, poupando-se do ônus das atividades acima descritas, as empresas impõem ao consumidor o que Marcos Dessaune chama de “*modus solvendi*”. O teórico explica que “*modus solvendi*” seria uma forma mascarada de “solucionar” o problema de consumo transferindo ao consumidor os deveres e custos profissionais que decorrem de um problema que o próprio fornecedor permitiu ou contribuiu para que fosse criado, configurando conduta desleal, não cooperativa e danosa (2017, p. 362-363).

Marcos Dessaune evidencia que a imposição desse modelo de atendimento que possui prazo incompatível com a real urgência do consumidor, com a função do produto ou as particularidades do serviço abandona o cliente com apenas duas alternativas: assumir o prejuízo ou buscar solucionar o problema por si próprio (2019, p. 21). Dessa forma, o consumidor fica desamparado e, induzido por fatores incontroláveis, por necessidades inevitáveis e pela sua condição de carência e vulnerabilidade, se vê obrigado a despender seu próprio tempo na resolução do problema e, conseqüentemente, assume encargos operacionais e custos materiais que não lhe dizem respeito (Dessaune, 2019, p. 23).

Ao despender seu tempo para solucionar transtornos ocasionados pelo próprio fornecedor, o consumidor é forçado a adiar ou cancelar alguma atividade planejada ou desejada, haja vista que é impossível realizar simultaneamente duas atividades incompatíveis ou

excludentes uma da outra (Dessaune, 2019, p. 22-23). É justamente por isso que Marcos Dessaune denomina a lesão ao tempo do consumidor de “desvio dos recursos produtivos do consumidor” ou, resumidamente, de “desvio produtivo do consumidor”, uma vez que o consumidor é obrigado a desviar sem tempo vital das suas atividades cotidianas para solucionar questões de consumo causadas pelo fornecedor.

O autor defende, sobretudo, que esse desperdício produtivo é irrecuperável e inevitável, uma vez que decorre da constatação imutável de que o tempo é um recurso limitado, inacumulável e irrecuperável, ou seja, de que o tempo só pode ser gasto com uma atividade, se alguma outra atividade for suprimida (Dessaune, 2019, p. 26).

E, na visão de Dessaune, não há que se qualificar o tempo do consumidor em “tempo útil” e “tempo livre”, uma vez que traduzem a ideia de que exista algum “tempo que sobra” ou um “tempo inútil” à vida humana. Ademais, esclarece que não só o tempo do consumidor (bem jurídico) é lesado pela conduta do fornecedor, como também há uma alteração danosa das atividades por ele desejadas ou planejadas (interesses jurídicos) (Dessaune, 2019, p. 28).

Assim, o teórico traz a ideia de que o tempo pessoal do consumidor é um “tempo vital, existencial ou produtivo” (Dessaune, 2019, p. 28) composto por atividades existenciais que “não admitem adiamentos nem supressões indesejados, uma vez que são interesses suscetíveis de prejuízo inevitável quando deslocados no tempo” (Dessaune, 2019, p. 31).

Marcos Dessaune vai além ao declarar que o desvio das atividades existenciais do consumidor “configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como (...) à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo”, ofendendo a dignidade humana, que é a base desses direitos (Dessaune, 2019, p. 24). Assim, Dessaune entende que há uma transferência de custos e riscos da atividade econômica do fornecedor ao consumidor, lesando o consumidor e garantindo lucro extra injustificado e antijurídico ao fornecedor (2019, p. 27-28).

Para corroborar com esse entendimento, Laís Bergstein argumenta que a delegação do ônus inerente ao negócio ocorre massivamente, apesar dos altos critérios de qualidade-adequação fixados pela estrutura de defesa do consumidor brasileira, e configura abuso de direito por parte dos fornecedores (2019, p. 9). Mais além, a autora qualifica tal prática como uma “cultura de desrespeito voluntário das obrigações legais” e um “menosprezo planejado nos mercados” (Bergstein, 2019, p. 9).

Para Laís Bergstein,

O menosprezo ao consumidor é observado nos casos de fornecedores que ignoram os pedidos e as reclamações do consumidor ou não lhe prestam informações adequadas, claras e tempestivas. O menosprezo é o desrespeito, a desconsideração das legítimas expectativas geradas no consumidor. O menosprezo reside na desvalorização do tempo e dos esforços travados pelo consumidor em relação ao fornecedor dentro de uma relação jurídica de consumo, em qualquer de suas fases, seja para resolução de um vício do produto ou do serviço, seja para compreender as instruções técnicas inadequadamente apresentadas, por exemplo (Bergstein, 2019, p. 9).

Assim, Laís Bergstein pontua que a inércia do fornecedor em solucionar os problemas causados por sua própria atividade é intencional e premeditada, além de que os sistemas de atendimento ao consumidor são propositalmente demorados e ineficientes para forçar o consumidor a despender seu próprio tempo para conseguir resolver a situação em que se encontra (2019, p. 10).

Ela defende, ainda, que a abusividade da prática está justamente no menosprezo planejado pelo tempo do consumidor e na delegação dos riscos do negócio, ferindo a boa-fé objetiva e ofendendo os princípios do direito do consumidor, configurada no que se chama de “dano temporal” (Bergstein, 2019, p. 10).

A ideia do menosprezo planejado trazido pela autora é corroborada pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que vem reconhecendo o tempo do consumidor como um bem de valor jurídico (Marques; Bergstein, 2018, p. 215-226).

Essa compreensão fica evidente principalmente na decisão proferida em fevereiro de 2019 pela Corte Superior reconhecendo que “o desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva” (Brasil, STJ, 2019, item 8).

Para Laís Bergstein, os termos “desrespeito voluntário” e “menosprezo planejado” são equivalentes e retratam a inobservância proposital das garantias de qualidade e segurança, estipulados pelo direito dos consumidores, pelos fornecedores e a ofensa aos deveres de boa-fé objetiva (Bergstein, 2019, p. 9), representando “lesão injusta e intolerável à proteção do tempo útil do consumidor” (Brasil, STJ, 2019, item 8).

Sabendo da frequência com que ocorrem essas práticas, principalmente pelo tamanho da vantagem econômica que representam ao fornecedor, Marcos Dessaune, seguido por outros autores posteriormente, criou sua obra de defesa à responsabilização civil desses fornecedores negligentes pela indenização do tempo perdido pelo consumidor.

E essa responsabilização, conforme defendido pela melhor doutrina, se deve não apenas quando os fornecedores cometem algum ato ilícito, mas também quando deixam de cumprir com seu dever jurídico antecedente de prevenção de danos, inscrito expressamente no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Para além do debate doutrinário, a magistratura e o legislativo brasileiros também vem consolidando a teoria do desvio produtivo nas relações de consumo, conforme será analisado no próximo tópico.

Assim, além de punir os fornecedores por lesarem injustamente o tempo do consumidor, a responsabilização civil pelo desvio produtivo é essencial para frear o estímulo mercadológico na utilização de práticas de menosprezo planejado, uma vez que a impunidade dos fornecedores ocasiona uma banalização dessas situações e “deixa os fornecedores ainda mais à vontade para multiplicá-las no mercado” (Dessaune, 2019, p. 30).

Para o professor Orlando Celso da Silva Neto, ainda, a indenização do dano temporal incentiva o consumidor a buscar seus direitos e o fornecedor a melhorar a qualidade dos seus serviços e dos seus processos de atendimento ao cliente (2015, p. 139-162).

Por conseguinte, evidente a necessidade de responsabilização do fornecedor faltoso quando presentes os requisitos e pressupostos necessários que, para Marcos Dessaune, são os seguintes:

(1) o problema de consumo potencial ou efetivamente danoso ao consumidor, (2) a prática abusiva do fornecedor de se esquivar da responsabilidade pelo problema de consumo, (3) o fato ou evento danoso de desvio produtivo do consumidor, (4) o nexo causal existente entre a prática abusiva do fornecedor e o evento danoso dela resultante, (5) o dano extrapatrimonial de índole existencial sofrido pelo consumidor e, eventualmente, (6) o dano emergente e/ou o lucro cessante sofrido pelo consumidor (requisito facultativo) e (7) o dano coletivo (requisito facultativo). (Dessaune, 2019, p. 29)

Importante salientar que o autor defende que, para arbitrar a indenização do dano decorrente do desvio produtivo, em se tratando de fornecedor de grande porte que reiteradamente pratica rotinas intencionais de lesão ao consumidor, o juízo deve “considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo” (Dessaune, 2019, p. 29). E, quando se tratar de ação coletiva discutindo danos de massa, pode calcular o valor a ser indenizado baseando-se no produto interno bruto do país (PIB) em períodos adicionais de uma hora (Dessaune, 2019).

Por todo o exposto até aqui, fica evidente que o dano causado pelo menosprezo e a indiferença dos fornecedores deve ser indenizado, e que é preciso exigir uma postura ética, cooperativa e responsável dos fornecedores em relação ao tempo do consumidor (Marques; Bergstein, 2016). E, como bem pontua Laís Bergstein:

É natural que exsurjam problemas em parte das relações de consumo, mas, nessas hipóteses, o consumidor não pode ser compelido a suportar sozinho – às expensas do seu tempo de vida – todas as contingências negativas. Compete aos fornecedores a obrigação encontrar meios de solucionar eventuais problemas e conflitos de forma ágil e efetiva e, se assim não o for, a eles incumbe o dever de reparar, pela via indenizatória, os prejuízos causados ao consumidor que teve o seu tempo abusivamente desperdiçado. (2019, p. 9)

Sendo assim, a teoria do desvio produtivo, ao compreender a importância do tempo e reparar a quantidade de manobras e práticas abusivas utilizadas pelos fornecedores para manipulação e transferência de ônus temporal de seus negócios aos consumidores, direciona luz à temática e à necessidade de regulamentação legislativa e tutela jurídica à esse bem tão valioso e cobiçado.

2.2 O DESVIO PRODUTIVO PARA ALÉM DA TEORIA

A teoria desenvolvida pelo jurista Marcos Dessaune, como já visto, almeja remediar os danos sofridos no âmbito das relações de consumo abusivas, que fazem com que o consumidor se veja obrigado a gastar seu precioso tempo para solucionar problemas ocasionados pelo próprio fornecedor.

Tal entendimento, além de ser defendido por diversos teóricos e estudiosos do direito, também é amplamente amparado pelos poderes judiciário e legislativo, à medida que há uma diversidade de julgados e normas que conferem ao tempo a proteção de bem jurídico relevante e determinam a indenização pelo seu desperdício.

Assim, de maneira vanguardista, a teoria do desvio produtivo tem encontrado respaldo nas decisões do Supremo Tribunal de Justiça, principalmente da sua Terceira Turma, como se vê, por exemplo nas oportunidades adiante ementadas (Recurso Especial nº 0046222-53.2009.8.03.0001 AP 2014/0165496-1; Recurso Especial nº 1634851 RJ 2015/0226273-9; Recurso Especial nº 1737412/SE; e Recurso Especial nº 1.929.288/TO, respectivamente):

RECURSOS ESPECIAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. VEÍCULO ZERO. VÍCIOS DE QUALIDADE. NÃO SANADOS NO PRAZO. OPÇÕES

ASSEGURADAS AO CONSUMIDOR. SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO POR OUTRO DA MESMA ESPÉCIE. ESCOLHA QUE CABE AO CONSUMIDOR. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES. (...) 4. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. 5. O valor fixado a título de danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. 6. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos (Brasil, STJ, 2017) (grifo nosso)

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. VÍCIO DO PRODUTO. REPARAÇÃO EM 30 DIAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO COMERCIANTE. (...) 5. À frustração do consumidor de adquirir o bem com vício, não é razoável que se acrescente o desgaste para tentar resolver o problema ao qual ele não deu causa, o que, por certo, pode ser evitado — ou, ao menos, atenuado — se o próprio comerciante participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante, inclusive porque, juntamente com este, tem o dever legal de garantir a adequação do produto oferecido ao consumo (Brasil, STJ, 2018) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. TEMPO DE ATENDIMENTO PRESENCIAL EM AGÊNCIAS BANCÁRIAS. DEVER DE QUALIDADE, SEGURANÇA, DURABILIDADE E DESEMPENHO. ARTIGO 4º, II, 'D', DO CDC. FUNÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMO APROVEITAMENTO DOS RECURSOS PRODUTIVOS. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL COLETIVO. OFENSA INJUSTA E INTOLERÁVEL. VALORES ESSENCIAIS DA SOCIEDADE. FUNÇÕES. PUNITIVA, REPRESSIVA E REDISTRIBUTIVA. (...) 8. O desrespeito voluntário das garantias legais, com o nítido intuito de otimizar o lucro em prejuízo da qualidade do serviço, revela ofensa aos deveres anexos ao princípio boa-fé objetiva e configura lesão injusta e intolerável à função social da atividade produtiva e à proteção do tempo útil do consumidor. 9. Na hipótese concreta, a instituição financeira recorrida optou por não adequar seu serviço aos padrões de qualidade previstos em lei municipal e federal, impondo à sociedade o desperdício de tempo útil e acarretando violação injusta e intolerável ao interesse social de máximo aproveitamento dos recursos produtivos, o que é suficiente para a configuração do dano moral coletivo. 10. Recurso especial provido (Brasil, STJ, 2019) (grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO. AUSÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. COMPATIBILIDADE. DANO MORAL COLETIVO. AFERIÇÃO IN RE IPSA. CAIXAS ELETRÔNICOS INOPERANTES. FALTA DE NUMERÁRIO. DESABASTECIMENTO. EXCESSIVA ESPERA EM FILAS POR TEMPO SUPERIOR AO LIMITE PREVISTO EM LEI MUNICIPAL. REITERAÇÃO DAS CONDUTAS. DANO MORAL COLETIVO CARACTERIZADO. VALOR DA COMPENSAÇÃO. RAZOABILIDADE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. ASTREINTES. BIS IN IDEM. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. MULTA DIÁRIA. VALOR ARBITRADO. SÚMULA 7 DO STJ. SÚMULA 284 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO (Brasil, STJ, 2022) (grifo nosso)

Ademais, outros entendimentos da Corte que corroboram com a possibilidade de indenizar o consumidor lesado em seu tempo vital pelos fornecedores são os que desassociaam o dano moral da repercussão psicológica provocada à pessoa do ofendido. Na decisão dos casos

das “pílulas de farinha”, por exemplo, o dano moral que resultou da gestação não planejada foi desatrelado de qualquer repercussão psicológica negativa para a mãe (Brasil, STJ, 2007).

Também, em outro caso (REsp nº 910.794/RJ), o STJ firmou a inteligência de que:

o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica – dependente das reações emocionais da vítima –, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação (Brasil, STJ, 2008).

A proteção do tempo do consumidor encontra avanço, também, nos tribunais estaduais do país, conforme são encontradas decisões responsabilizando fornecedores pelo desperdício temporal de seus clientes nos seguintes Tribunais de Justiça Estaduais:

- a. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Recurso Cível nº 16980-75.2013.8.21.9000, julgado pela Terceira Turma Recursal Cível, com relatoria do Desembargador Fábio Vieira Heerdt, na data de 12 de dezembro de 2013, e publicado em 18 de dezembro de 2013; e Recurso Cível nº 20632-03.2013.8.21.9000, julgado pela Terceira Turma Recursal Cível, com relatoria do Desembargador Fábio Vieira Heerdt, na data de 30 de janeiro de 2014, e publicado em 30 de janeiro de 2014;
- b. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Apelação nº 0080014-13.2007.8.19.0004, julgada pela Vigésima Quinta Câmara Cível, com relatoria da Desembargadora Isabela Pessanha Chagas, na data de 18 de dezembro de 2014, e publicada em 07 de janeiro de 2015;
- c. Tribunal de Justiça do Paraná: Apelação Cível nº 1055184-7, julgada pela Décima Câmara Cível, com relatoria do Desembargador Arquelau Araujo Ribas, na data de 07 de novembro de 2013;
- d. Tribunal de Justiça de São Paulo: Apelação nº 0007852-15.2010.8.26.0038, julgada pela Quinta Câmara de Direito Privado, com relatoria do Desembargador Fábio Podestá, na data de 13 de novembro de 2013, e publicada em 28 de novembro de 2013; Apelação nº 0004337-70.2008.8.26.0028, julgada pela Quarta Câmara de Direito Público, com relatoria do Desembargador Paulo Barcellos Gatti, na data de 22 de setembro de 2014, e publicada em 03 de outubro de 2014; e Apelação nº 0022332-16.2010.8.26.0032, julgada pela Oitava Câmara Extraordinária de Direito Privado, com relatoria do Desembargador Fábio Podestá, na data de 08 de outubro de 2014, e publicada em 28 de outubro de 2014;

- e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal: Recurso nº 2013.01.1.116440-4, julgado pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, com relatoria do Juiz Leandro Borges de Figueiredo, na data de 13 de março de 2014;
- f. Tribunal de Justiça do Maranhão: Recurso nº 0006588-93.2013.8.10.0040, julgado pela Segunda Câmara Cível, com relatoria do Desembargador Antonio Guerreiro Júnior, na data de 24 de junho de 2014, e publicado em 27 de junho de 2014; e
- g. Tribunal de Justiça da Bahia: Apelação nº 0000303-45.2014.8.05.0216, julgada pela Segunda Câmara Cível, com relatoria da Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos, na data de 02 de agosto de 2016, e publicada em 08 de agosto de 2016.

Assim, interessante ver como os magistrados estaduais têm se debruçado sobre o tema, como é exemplo a Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos, do Tribunal de Justiça da Bahia que reconheceu, na Apelação nº 0000303-45.2014.8.05.0216, que:

o tempo perdido na vida de alguém constitui bem irrecuperável, um tempo que é irreversivelmente tirado do convívio familiar, do lazer, do descanso ou de qualquer outra atividade de sua preferência, devendo, portanto, ser indenizado com base na perda do tempo livre quando decorrente de condutas ilícitas e abusivas do fornecedor, especialmente, tendo em vista que, hodiernamente, o tempo extrapola sua dimensão econômica, constituindo um bem precioso e insubstituível para o indivíduo (Brasil, TJBA, 2016).

Importante notar, também, que o entendimento jurisprudencial do dano temporal não se limita somente às relações de consumo, haja vista que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicou analogicamente a tese do desvio produtivo a um dano causado pela administração pública. No caso, o ajuizamento de execução fiscal contra uma empresa culminou no bloqueio judicial de bem imóvel que perdurou por sete anos, assim, entendeu-se pelo dever de reparação do “tempo perdido da empresa para tentativa de solução do infortúnio” (Brasil, TJSP, 2014).

Ademais, até mesmo no âmbito legislativo a teoria do desvio produtivo encontra respaldo. Alguns dos dispositivos legais que tutelam o tempo são as legislações municipais que limitam a espera em filas de bancos (Lei nº 5590, de 1 de julho de 2002, da cidade de Vitória/ES; Lei nº 5.254, de 25 de março de 2011, da cidade do Rio de Janeiro/RJ; Lei nº 1047, de 6 de agosto de 2001, da cidade de Palmas/TO; dentre outras), a lei estadual do Amazonas nº 5.867/22 que “Reconhece o tempo do consumidor como bem de valor jurídico”, e o Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008 (a “Lei do SAC”), que impõe agilidade ao atendimento ao consumidor (Bergstein, 2019, p. 7).

Além disso, tramita atualmente no Congresso Nacional um projeto de lei de nº 2.856/2022, apresentado pelo senador Fabiano Contarato que propõe alterar o próprio Código de Defesa do Consumidor para abarcar o conceito de desvio produtivo e a tutela do tempo perdido. Com o objetivo de “dispor sobre o tempo como um bem jurídico, aperfeiçoar a reparação integral dos danos e prevenir o desvio produtivo do consumidor” (Brasil, 2022), como estabelece sua ementa, o projeto de lei traz diversas disposições interessantes.

Alguns exemplos dessas disposições são a que estabelece o tempo como “bem jurídico essencial para o desenvolvimento das atividades existenciais do consumidor” (Brasil, 2022, art. 25-A); a que determina que “as condutas do fornecedor que impliquem perda indevida do tempo do consumidor são consideradas práticas abusivas” (Brasil, 2022, art. 25-C); a que afirma que “considera-se presumido o dano extrapatrimonial decorrente da lesão ao tempo do consumidor, podendo sua reparação, em tutela individual ou coletiva, ocorrer concomitantemente com a indenização de dano material ou moral” (Brasil, 2022, art. 25-E); assim como diversas outras que propõe regulamentar as especificidades e circunstâncias do desvio produtivo e de sua indenização.

Apesar de não ter sido aprovada ainda, o projeto de lei sugerido pelo senador Fabiano Contarato demonstra que está ativa a discussão sobre o tema nas instituições legislativas nacionais e que a ideia de responsabilização do desvio produtivo vem extrapolando os limites teóricos.

Dessa forma, fica evidente que a teoria do desvio produtivo encontra amplo respaldo e aceitação nos tribunais de justiça e câmaras legislativas do país, haja vista que é bastante utilizada para responsabilizar os fornecedores que empregam práticas abusivas da maneira a tolher o tempo vital de seus clientes e para determinar a indenização desse desperdício temporal causado.

Todavia, isso não significa que a aceitação da teoria se dá de maneira uniforme por todos os aplicadores e estudiosos do direito. Ainda há muitos juízes, desembargadores e ministros que não acolhem a tese do dano temporal e, mesmo os que a acolhem, não o fazem de maneira homogênea. Ou seja, cada julgador possui suas especificidades no entendimento e utilização do desvio produtivo, assim como cada caso demanda a aplicação da teoria de uma determinada forma.

2.3 A AUTONOMIA DO DANO DO TEMPO PERDIDO EM FACE DAS DEMAIS INDENIZAÇÕES CIVIS

Apesar da ampla adesão à teoria do desvio produtivo entre teóricos, juristas e legisladores, a responsabilização pelo dano temporal possui um ponto controvertido: a sua pretensa autonomia em relação às demais indenizações civis. Nas palavras de Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva:

A vontade inicial de valorizar o tempo das pessoas, elas consumidoras ou não, merece ser louvada e aprofundada. No entanto, a proposta de tornar a perda do tempo uma nova espécie de dano não merece acolhida, porque não guarda compatibilidade com a teoria geral do dano e com o sistema brasileiro de responsabilidade civil. (Bastos; Silva, 2020, p. 17)

Esse ponto de discordância perpassa por duas questões que geram divergências na doutrina civil brasileira: a necessidade de demonstrar as consequências geradas pela lesão para se configurar o dano e a existência ou não de mais espécies de danos além dos morais e materiais.

Primeiramente, de forma genérica, o dano é definido como as “mudanças adversas nas circunstâncias de vida de uma pessoa” (Cane, 2013, p. 410, tradução livre) e, segundo Alberto Bueres, a definição apropriada de dano surgiu da superação da ideia de dano somente como a modificação prejudicial da realidade material (2001, p. 285-304).

Já para Francesco Carnelutti, o dano vai além da abolição ou diminuição de um bem da vida, sendo a lesão a um interesse da parte prejudicada (1930, p. 9), ou seja, o dano estaria ligado à idoneidade de um bem para satisfazer as necessidades da pessoa lesada (Carnelutti, 1930, p. 14).

Bueres concorda com essa visão mais abrangente do que a simples caracterização do dano como a alteração de um bem, visto que, para ele, “o Direito não protege bens em abstrato: quando alguém destrói a casa de outro, o dano não é dado pela transformação do bem, mas sim pela (ini)idoneidade de esse bem satisfazer ou não as necessidades da vítima” (Bueres *apud* Bastos; Silva, 2020, p. 7).

Alguns autores, como os mencionados adiante, vão além, defendendo que o dano não seria somente a lesão ao interesse jurídico, mas a sua consequência prejudicial. Em outras

palavras, essa outra corrente doutrinária entende que entre a lesão e o prejuízo existe uma relação de causa e efeito e o dano é justamente esse efeito causado pela lesão.

Nessa linha, Zavala González compreende o dano não como a lesão em si mesma, mas como os seus efeitos, pois o que ressarce não é o bem jurídico que foi lesionado, mas as repercussões dessa lesão (2009, p. 7).

Outro autor que segue esse mesmo raciocínio é Jorge Bustamante Alsina, que destaca a relevância do interesse jurídico, sem o interesse não há dano, mas o dano é o prejuízo ao interesse que tenha relevância suficiente para levar ao ressarcimento, ou seja, o interesse deve gozar de tutela jurídica para que sua lesão configure dano (1993, p. 238).

Sob tal perspectiva, Calvo Costa observa que as correntes não são opostas entre si, mas homogêneas e complementares, no sentido de que os interesses devam ser considerados para a configuração do dano ressarcível, e as consequências devem ser apreciadas para definir o *quantum* a ser indenizado, uma vez que apenas a lesão a um interesse não basta para essa fixação (2005, p. 94).

Seguindo essa lógica, Deggau Bastos e Peteffi da Silva pontuam a impossibilidade de se identificar as razões que levam à caracterização do dano temporal e as que levam à fixação do montante a ser indenizado, segundo ele, “justamente porque o desperdício do tempo de alguém tem nítido corte moral” (2020, p. 22). Assim, defendem a importância de demonstração das consequências negativas, discordando com a ideia de que dano seria a mera lesão do interesse jurídico (Bastos; Silva, 2020, p. 11).

Nesse sentido, os autores criticam a teoria do desvio produtivo especificamente no ponto em que considera o dano temporal como um dano presumido, argumentando que os defensores da autonomia do dano temporal partem da “presunção absoluta de que o indivíduo lesado iria realizar alguma outra atividade no tempo perdido, qualquer que fosse a sua natureza” (Bastos; Silva, 2020, p. 5).

Bastos e Silva citam a doutrina de Fernanda Tartuce e Caio Coelho como exemplo, uma vez que esses autores entendem que “o dano temporal, embora pudesse ser encampado como subcategoria de dano moral – haja vista que a perda forçada do tempo útil fere a liberdade e a dignidade da vítima do dano –, dele se diferencia por ser desnecessária e, por vezes, inviável a prova do dano” (Tartuce; Coelho, in: Borges; Maia, 2019, p. 113).

Contudo, como já defendido no tópico acima deste trabalho, não há que se falar em tempo inútil, uma vez que o tempo configura aspecto existencial da vida humana que não pode ser recuperado, de forma que, sim, mesmo que o consumidor não consiga comprovar qual atividade deixou de desempenhar em decorrência do desvio produtivo, ainda assim deve ser indenizado pelo tempo que perdeu injustamente.

A corroborar esse entendimento, Tartuce e Coelho defendem que, independente de produtiva ou não, alguma atividade seria realizada naquele tempo que fora perdido, de forma que há lesão à liberdade e à dignidade do indivíduo, de forma que “o dano pode ter sido patrimonial – caso tenha deixado de trabalhar – ou moral – se deixou de usar o pouco tempo livre para estar com a família. Em todos os casos, o dano é presumido” (Tartuce; Coelho, in: Borges; Maia, 2019, p. 113-114).

Além disso, segundo os autores, existem condicionantes para que o dano temporal seja indenizado:

“Em primeiro lugar, o ato que produz o dano temporal deve ser ilícito, de forma que deve ter havido uma real ofensa a um direito a um valor juridicamente reconhecido. Em segundo lugar, deve haver ofensa à liberdade da vítima de escolher o que fazer com seu tempo; em outras palavras, o tempo gasto não deve ter sido querido pela vítima. Em terceiro lugar, a perda de tempo deve ser intensa o suficiente para lesar direitos de personalidade e ultrapassar a noção de mero dissabor – análise que deverá ser feita sempre no caso concreto. Por fim, como quarto requisito, deve haver uma ofensa à dignidade (capacidade de autodeterminação) da vítima do dano (...)” (Tartuce; Coelho, in: Borges; Maia, 2019, p. 124).

Assim como os autores, Marcos Dessaune (2011) também afasta o dano temporal do conceito de dano moral, afirmando que concorda com os juristas e tribunais que não consideram caracterizado o dano moral nas situações de desvio produtivo. Contudo, Dessaune defende que, mesmo que não configurado o dano moral em si, não é tolerável que não sejam reprimidos e condenados à indenização os fornecedores que injustamente obrigam os consumidores a perderem seu tempo solucionando problemas de consumo (2011, p. 148).

Já numa outra linha de raciocínio, Umberto Scramim (2016, p. 83-99) argumenta que o desvio do tempo pode implicar, *per se*, em um dano moral, sem precisar ocorrer a lesão de outro interesse juridicamente tutelado, ou pode aumentar a extensão do dano moral já configurado pela lesão a outros direitos da personalidade. Alega que “por se tratar de bem jurídico autônomo, o tempo disponível, quando tolhido, já tem o condão de produzir o dever de indenizar” e, portanto, merece tutela jurídica (Scramim *apud* Bergstein, 2019, p.5).

Outro ponto levantado por Deggau Bastos e Peteffi da Silva (2020) contrário à autonomia do dano temporal é a de que os critérios tradicionais da responsabilidade civil não servem para a configuração do dever de indenizar o tempo ilicitamente usurpado pelos fornecedores. Para eles, seria necessário realizar a “modificação ou adequação destes critérios para esses casos concretos, como já ocorreu em outras searas, como no citado caso do nascimento de filhos indesejados” (Bastos; Silva, 2020, p. 23).

Contudo, os autores alegam que criar um sistema específico de responsabilização “promove um perigoso flerte conceitual do dano com a mera conduta antijurídica, possibilitando que a responsabilidade civil possa ser utilizada em um viés puramente punitivista” (Bastos; Silva, 2020, p. 23).

Em contrapartida a esse entendimento, importante ressaltar que até mesmo na Constituição Federal de 1988 o dever jurídico de prevenção de danos antecede o dever de reparação, cronológica e pragmaticamente (Bergstein, 2019, p. 5) e que a responsabilidade civil é a “a obrigação jurídica derivada da violação do dever de não causar dano a outrem, ou seja, a violação do dever de indenidade” (Bergstein, 2019, p. 1).

Dessa forma, os critérios da responsabilidade civil se encaixam sim na teoria do desvio produtivo, justamente porque, segundo Paulo Lôbo, é a violação ao dever de não causar dano que gera a obrigação entre o lesionado e o agente causador do dano (2011, p. 46).

Ou seja, apesar de, como regra geral, no direito brasileiro ser necessário que ocorra o dano, não bastando apenas o risco para ensejar obrigação de indenizar (Bergstein, 2019, p. 2), para Orlando Gomes o entendimento tradicional de que a responsabilidade civil deve ser atrelada aos atos ilícitos justificava-se no âmbito das relações econômicas de épocas ultrapassadas (2011, p. 83).

Atualmente, a doutrina do risco-criado, já amplamente consagrada no direito civil brasileiro, suporta que quem realiza atividade a partir da qual o dano resulta responde pelo dever de indenizar (Miragem, 2015, p. 276). Assim, a teoria do risco resume-se na ideia de que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa” (Cavaliere Filho, 2010, p. 142).

Já o professor Orlando Celso da Silva Neto compara a indenização do dano temporal à reparação pela privação do uso do bem, concepção doutrinária e jurisprudencial, destacando grande similitude entre as duas construções de dano. Para ele, “se a privação do uso do bem

pode e deve ser indenizada, não há justificativa para concluir de forma diferente no que diz respeito à perda do tempo útil” (2015, p. 139-162).

Além disso, as relações de consumo são tuteladas por dispositivo sutilmente diferente das regras gerais dispostas no Código Civil, especialmente no art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor, que há “um verdadeiro dever jurídico de adoção de medidas e diligências de prevenção de danos nas relações de consumo, o que inclui, necessariamente, o dano decorrente da desarrazoada perda do tempo do consumidor” (Bergstein, 2019, p. 5).

Isto é, no direito do consumidor temos a “prevalência absoluta do princípio da reparação integral dos danos” (Miragem, 2016, p. 227-228), visto que o CDC elenca como direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (Brasil, 1990, art. 6º, VI).

Para Laís Bergstein, essa previsão legislativa “permite que a reparação pela perda do tempo seja perseguida com maior naturalidade do que ocorreria, por exemplo, nas relações civis” (2019, p. 11). Dessa forma, a autora entende como compreensível e natural que as relações comerciais causem problemas, dada a alta mecanização e robotização das cadeias produtivas, contudo, pautando-se na responsabilidade objetiva na teoria do risco proveitoso, “compete aos fornecedores encontrar meios de solucionar eventuais conflitos de forma ágil” (Bergstein, 2019, p. 11).

Ademais, fica claro que o desvio produtivo do consumidor deriva de um risco proveitoso para o fornecedor, uma vez que o fornecedor valora seu tempo como custo ou ônus econômico (Marques, in: Dessaune, 2011, p. 11-12) e, sendo assim, o tempo do consumidor também tem valor e merece ser ressarcido (Marques; Miragem, 2014, p. 219). Ou seja, não é tolerável que o fornecedor assuma o risco de “gastar” o tempo de cliente, podendo gerar danos (deixar de realizar atividades produtivas ou não) e saia impune.

Superada a discussão sobre a necessidade de comprovação dos efeitos do dano e da responsabilidade pelo risco, o segundo ponto controvertido da teoria de Dessaune é a criação de uma nova categoria indenizatória além dos danos morais (de ordem patrimonial) e materiais (de ordem extrapatrimonial).

Segundo Francesco Carnelutti, os interesses lesados, ou a idoneidade de determinado bem jurídico para satisfazer a necessidade humana correspondente, são sempre de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (1930, p. 14), não havendo que se falar em novas categorias

indenizatórias. Já Alberto Bueres, que caracteriza os danos morais como a lesão a um interesse do espírito que se ressarce por suas consequências, desaprova a consideração das lesões, por exemplo, ao projeto de vida, à intimidade, à honra, à integridade psicofísica, como “outros danos” (Bueres, in: Calvo Costa, 2005, p. 26-27).

Jorge Bustamante, nessa linha, destaca que não se pode confundir a autonomia de conceito dos danos com a criação de novas categorias indenizatórias (1993, p. 678). Para Deggau Bastos e Peteffi da Silva, se fôssemos trazer as lições de Bustamante para a questão atual, poderíamos concluir que:

Ainda que se reconheça autonomia conceitual ao dano pela perda do tempo concernente à índole da lesão que se cause à pessoa, isso não significa que tenha de ser individualizada a perda como uma categoria ressarcitória autônoma para ser somada ao dano patrimonial ou ao dano moral. Não há dúvida de que, no caso concreto, a lesão ao bem afetado (tempo da pessoa) poderá acarretar prejuízos econômicos ou espirituais, consubstanciando categorias ressarcitórias clássicas do dano patrimonial ou dano extrapatrimonial. (Bastos; Silva, 2020, p. 15)

No entendimento dos autores, no direito brasileiro prevalecem como categorias de indenização apenas os danos patrimoniais, morais e estéticos e que, em relação aos danos estéticos, defende que grande parte da doutrina considera sua autonomia inadequada (Bastos; Silva, 2020, p. 15).

Citam, inclusive, Antonio Jeová Santos como um dos doutrinadores que discorda da ideia de que o reconhecimento de um bem jurídico como autônomo gera o surgimento de uma nova categoria indenizatória (Santos, 2015, p. 370); e Matilde Zavala de González que defendia que o “dano só receberia o caráter “ressarcível” quando produzisse alguma consequência ou repercussão desvaliosa no patrimônio (dano patrimonial) ou nas afeições legítimas de alguma pessoa (dano moral)” (Zavala de González *apud* Bastos; Silva, 2020, p. 8).

Contudo, vale recapitular a história da responsabilidade civil no Brasil para elucidar porque tais entendimentos estão ultrapassados. A CF/88 traz no seu art. 5º, incisos V e X, o direito à indenização pelos danos material e moral, disposição essa que, segundo Bergstein, configurou grande avanço na tutela jurídica brasileira, já que “a magistratura não admitia, em muitos casos, indenização por danos morais ou, por vezes, o Supremo Tribunal Federal entendia que os danos morais e materiais não eram cumuláveis” (Bergstein, 2019, p. 2).

Acerca dessa dificuldade jurídica brasileira antes do texto constitucional de 1988, Clóvis Couto e Silva destaca que a doutrina fazia esforços para que os danos não patrimoniais fossem indenizados, mas sem êxito, haja vista que “a jurisprudência era profundamente apegada

à interpretação limitativa das disposições legislativas. Ainda quando esta insistisse na autonomia do dano moral, a jurisprudência não consagrava esse princípio, a não ser em decisões isoladas” (1991, p. 7-16).

Atualmente, contudo, há a interpretação integradora do texto constitucional, entendendo que, ao elencar especificamente os danos materiais e morais, a Carta Magna tratou, na verdade, “dos gêneros patrimoniais e danos extrapatrimoniais, dos quais os danos materiais e morais são espécies, respectivamente” (Bergstein, 2019, p. 3).

Além disso, os autores Verbicaro e Quaresma destacam que os arts. 948 e 949 do Código Civil usam propositalmente as expressões “sem excluir outras reparações” e “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, deixando lacunas e permitindo compreensão de que as espécies de danos extrapatrimoniais constam em um rol meramente exemplificativo (2019, p. 56).

Já o autor Maurilio Casas Maia defende que “o direito à tutela do tempo para desenvolvimento da personalidade humana representa consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano” e “o dano injusto a esse bem jurídico representa ofensa distinta da esfera patrimonial ou mesmo moral em sentido estrito do cidadão” (2014, p. 163).

Para o teórico, “o direito à indenização compensatória do dano temporal ou cronológico – enquanto categoria lesiva autônoma –, é consequência do sistema aberto de tutela da dignidade humana e de responsabilização civil” (Maia, 2014, p. 163).

Dessa forma, diante do entendimento de que os danos não se limitam apenas aos morais ou materiais, cumpre entender qual a natureza jurídica do dano temporal. Segundo Marcos Dessaune, “o tempo vital, existencial ou produtivo, enquanto suporte implícito da própria vida, também é um atributo integrante da personalidade resguardado no rol aberto dos direitos da personalidade” (2019, p. 25).

Esse tempo existencial, para o autor, “se encontra resguardado tanto no elenco exemplificativo dos direitos da personalidade quanto no âmbito do direito fundamental à vida” (Dessaune, 2019, p. 25). Sendo assim, o desvio produtivo ocasiona um dano existencial, à medida que:

Na perspectiva da melhor doutrina atual, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto atributo da personalidade humana, caracteriza o dano moral, ao passo

que a lesão antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora configura o dano existencial. Ocorre que a vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Consequentemente, um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial (Dessaune, 2019, p. 25-26).

E complementa que “o apontado comportamento do consumidor implica violação ao direito fundamental à liberdade de ação em geral, que é sustentado pelo princípio da dignidade humana.” (Dessaune, 2019, p. 22).

Renê Loureiro corrobora o entendimento de Dessaune defendendo que o fornecedor que injustamente desvia o tempo do consumidor para resolver problemas de consumo “atinge frontalmente o direito à liberdade, à integridade psíquica, direito à paz, à tranquilidade, à prestação adequada dos serviços contratados, ou seja, a uma série de direitos intimamente relacionados à dignidade humana” (Loureiro *apud* Bergstein, 2019, p. 5).

Outro entendimento do assunto, pautado por Fernanda Tartuce e Caio Coelho, é o de que o dano temporal é uma espécie de dano extrapatrimonial, mas se difere dele por duas características. A primeira reflete que presumidamente o desvio produtivo do consumidor ocasiona dano jurídico ao indivíduo, e a segunda diferença considera que a lesão temporal pode ocasionar tanto um dano patrimonial, quanto extrapatrimonial (Tartuce; Coelho, in: Borges; Maia, 2019, p. 112).

Dessa forma, patente a autonomia do dano temporal, visto que atinge direitos existenciais, mas não se encaixa exatamente nos conceitos de dano material ou moral. Tal autonomia, inclusive, foi tema de tese aprovada no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) em 2016, na cidade de Foz do Iguaçu/PR. A tese foi redigida e defendida por Maria Aparecida Dutra Bastos, e estabelece que “o fornecedor de produtos e serviços deve ser responsabilizado pelo dano temporal causado ao consumidor, como bem jurídico autônomo, inclusive cumulável com outros tipos de danos” (Bastos, in: Brasil, 2016).

Além disso, a jurisprudência também vem reconhecendo expressamente a autonomia do dano temporal em julgados como a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Jales/SP, no âmbito da Ação Indenizatória nº 0005804-43.2014.8.26.0297, e o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas na Apelação Cível nº 0756509-50.2022.8.04.000. Sem contar os dispositivos legislativos que determinam a autonomia expressa do dano temporal, como é o caso da Lei Estadual nº 5.867/22 do Amazonas que determina, em seu art. 6º, que “A

compensação do dano extrapatrimonial decorrente de lesão temporal ao consumidor, seja individual ou coletiva, poderá ocorrer independentemente da ocorrência de dano patrimonial ou de dano moral com base na dor psicológica” (Amazonas, 2022, art. 6º).

Sendo assim, a autonomia das “subcategorias” de danos é possível diante do sistema aberto de tutela da dignidade humana, de tutela da liberdade e de responsabilização civil vigente hoje no Brasil e justificável por suas peculiaridades próprias e pelos impactos específicos que causam aos seres humanos. Nas palavras de Bergstein:

Logo, não é a relevância do tempo, isoladamente, que justifica a caracterização do dano pela sua perda como uma modalidade autônoma. Afinal, existem outros bens de interesse jurídico cuja tutela é igualmente importante e, mais do que isso, a relevância do tempo para o ser humano é o que justifica o próprio dever de compensação (Bergstein, 2019, p. 11).

Contudo, essa autonomia não depende da criação de previsões ou modificação do texto constitucional para se efetivar, haja vista que “atualmente, o sistema nacional de proteção e defesa do consumidor já contempla normas jurídicas que autorizam a tutela do tempo do consumidor e impõem ao fornecedor os deveres de prevenção e reparação desse dano” (Bergstein, 2019, p. 6).

O que importa, na realidade, é efetivamente concretizar os direitos do consumidor, para que não valha mais a pena ao fornecedor, causar tantos danos impunemente, e para que o consumidor deixe de ser “uma vítima ambulante e multi-reincidente” (Bergstein, 2019, p. 6).

Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva concordam com a desnecessidade de criações legislativas, haja vista que editar uma nova lei para proteger o tempo de forma expressa não traria nenhuma consequência prática (Bastos; Silva, 2020, p. 16). Por fim, importante ressaltar que, mesmo que tenham discorrido sobre as críticas à autonomia do dano temporal, os autores não se opõem à indenização do desvio produtivo:

Por fim, mister ressaltar que o presente artigo não se constitui em um manifesto contra a indenização pela perda do tempo útil, mas tão somente entende que a eventual indenização dessa espécie de dano não pode passar pela criação de uma autonomia em relação ao dano patrimonial e ao dano extrapatrimonial (Bastos; Silva, 2020, p. 25).

Finalmente, fica claro que a partir do sistema aberto de tutela da dignidade humana é possível compreender o dano temporal como dano apartado da esfera moral e da esfera material. Além disso, a justificativa para tal segregação está justamente na ampliação da responsabilização dos fornecedores que realizam práticas abusivas e no aumento da penalização por tais atos.

3 A PRÁTICA DA PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO

3.1 CONCEITUAÇÃO E JUSTIFICATIVA ECONÔMICA DO *OVERBOOKING* E DA PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO

O *overbooking* é um termo em inglês utilizado para denominar uma prática amplamente utilizada por empresas aéreas, caracterizada pela venda de passagens para mais passageiros do que a aeronave suporta transportar. Em outras palavras, é a “aceitação pelo transportador de reservas para determinado voo em quantidade superior à capacidade da aeronave destinada para tanto” (Morsello, 2006, p. 181).

Para Greta Gauer, “trata-se da promessa por parte do transportador em realizar o serviço de transporte aéreo quando o número de usuários deste serviço é manifestamente superior à capacidade dos meios destinados à sua realização” (Gauer, 2016, p. 44). Essa estratégia é tão recorrente nas companhias servidoras de transporte aéreo por configurar uma alternativa para os problemas de gerenciamento de capacidade das viagens (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105), e tem sua origem na análise da probabilidade de não comparecimento de passageiros para o embarque, o chamado *no-show* (Furukawa, 2015, p. 156).

Dessa forma, tendo em vista os prováveis passageiros que não se apresentarão para o embarque, o fornecedor de transporte aéreo aumenta virtualmente a capacidade de sua aeronave, no Sistema de Reservas, visando minimizar as perdas de receitas decorrentes desses cancelamentos e *no-show* (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105). Assim, com o objetivo de evitar prejuízos econômicos, a companhia aérea aceita mais reservas do que assentos disponíveis em suas aeronaves (Furukawa, 2015, p. 156).

Essa racionalidade econômica que permeia a prática de *overbooking*, pode ser resumida como:

A comercialização de assentos acima da capacidade real de um voo é fundamentada em questões de custos das empresas aéreas e do próprio comportamento do passageiro: o fato de muitos passageiros efetuarem a reserva e não realizarem a viagem, por quaisquer que sejam os motivos, provoca incertezas às companhias quanto ao aproveitamento de seus vôos, elevando os custos médios e, em última instância, induzindo à racionalidade do estabelecimento de limites de reserva acima da capacidade real disponível (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105).

Sendo assim, caso os passageiros que reservaram assentos não aparecerem para o embarque, aquele determinado voo irá decolar com capacidade ociosa e, em decorrência de ser impossível estocar assentos em uma aeronave (característica de perecibilidade dos serviços de transporte aéreo), o *no-show* configura a perda de oportunidade de comercializar os assentos não ocupados, gerando uma perda de receita irrecuperável para a empresa (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 106).

Para fins de conceituação, o termo “*no-show*” caracteriza aquele consumidor que possui uma reserva gerada e confirmada, mas que não se apresenta para o embarque no horário determinado. Esse não comparecimento pode se dar de maneira voluntária, quando o passageiro não se apresenta porque não quis, ou involuntária, quando o motivo é alheio à vontade do usuário, decorrente de atraso em conexões da própria companhia aérea, por exemplo (Gauer, 2016, p. 46).

Há ainda uma terceira modalidade de *no-show* causada pela negligência de funcionários das transportadoras aéreas, tal como quando, por conta de erros humanos na identificação do passageiro, uma reserva é duplicada e, conseqüentemente, uma delas resultará em não comparecimento. Além disso, há a negligência das agências de viagem que, com o intuito de agradar seus clientes, realizam diversas reservas para um mesmo passageiro, possibilitando-o a optar pelo voo que melhor o satisfizer, sem a preocupação de cancelar a reserva naqueles não escolhidos (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 108).

Apesar de utilizarem o problema da ociosidade gerado pela não apresentação dos passageiros no embarque como justificativa econômica do *overbooking*, a prática é uma decisão e uma escolha da empresa aérea (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105). Até porque, é importante destacar, o fenômeno do *no-show* de passageiros é resultado da flexibilidade do bilhete da passagem, ou seja, o *no-show* “é estimulado pelas próprias empresas aéreas, que permitem a remarcação do bilhete ou ressarcimento do valor pago caso o passageiro não compareça ao embarque” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105).

Sendo assim, ao disponibilizar diferentes classes tarifárias, ou melhor, ao comercializar diferentes “produtos” em um mesmo voo (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105), a empresa aérea vende uma facilidade aos seus passageiros, permitindo que reutilizem seu bilhete de passagem caso não embarquem no voo que inicialmente reservaram (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 109).

O passageiro que adquire essa regalia é denominado *full-fare* e, por produzir maior lucratividade à companhia, por ela é protegido, tendo em vista a política de maximização de receitas. Dessa maneira, o passageiro que arca com as consequências do *overbooking* não é o *full-fare*, mas justamente os que não têm direito ao *no-show*, decorrente das restrições associadas às tarifas com desconto (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 109).

Fica claro, então, que “se esta flexibilidade do bilhete não fosse oferecida, os passageiros *no-show* não gerariam prejuízos para as empresas pois o custo do assento ocioso estaria pago, assim como ocorre no transporte rodoviário” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 109) e que “é a existência do *no-show* que obriga a existência do *overbooking*; ou seja, é porque existem passageiros dispostos a pagar pela flexibilidade de seus bilhetes, que existe a probabilidade de muitos deles não comparecerem ao embarque” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 105-106).

Ou seja, é a própria companhia aérea, na busca por maior lucratividade, que possibilita o não comparecimento de muitos dos seus passageiros aos voos previamente contratados e, conseqüentemente, gera a necessidade do *overbooking* para que esse *no-show* seja compensado e para que a lucratividade do serviço não seja afetada.

Para corroborar com esses entendimentos, Helio de Castro Farias expõe que:

É inquestionável que o problema do ‘overbooking’ sempre teve conotação econômica e o exame das práticas atuais indicam estar esse entendimento correto. A implementação do ‘overbooking’ não decorre apenas do ‘no-show’ mas principalmente da prática adotada pela maioria dos transportadores para obter melhor resultado econômico, pela qual o passageiro que pagou a tarifa integral pretere o de tarifa reduzida. Programas de computador foram desenvolvidos para a obtenção desse desiderato, selecionando os passageiros para serem acomodados no voo; essa situação deve permanecer enquanto perdurar as tarifas diferenciadas na mesma classe, mesmo sendo encontrada solução para evitar ou reduzir o ‘no-show’ de tarifa integral. O mais importante é otimizar o lucro. (Farias, 1997, item 5.3)

De toda forma, importante distinguir que o *overbooking* em si não ocasiona nenhuma lesão ao consumidor, caso o número de assentos “extras” vendidos seja idêntico ou inferior ao número de passageiros *no-show*, todos os usuários que se apresentarem no horário determinado para o embarque decolarão e terão atendido o serviço aéreo por eles contratado. Contudo, grande parte das vezes essa conta não fecha e acontece a chamada preterição de passageiro, ou *denied boarding*.

Assim, quando aparecem mais passageiros com o bilhete aéreo para embarcar na aeronave do que assentos disponíveis para aquele determinado voo, a companhia aérea negará o embarque para alguns passageiros escolhidos, normalmente nas empresas brasileiras,

seguindo a ordem de chegada dos passageiros no balcão de *check-in* (o chamado algoritmo *first come – first served*) (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 113).

Dessa forma, quando a prestadora de serviços aéreos toma conta de que a preterição de passageiros será necessária, os funcionários, no momento do *check-in*, “entrevistam” os passageiros que ainda estão aguardando atendimento no balcão para encontrar possíveis passageiros dispostos a trocar de voo, na tentativa de estimular a rejeição voluntária¹. Contudo, caso não se voluntariem passageiros suficientes, a empresa é obrigada a rejeitar passageiros contra a vontade deles (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 113).

É nesse momento, como já indicado anteriormente, que as companhias aéreas costumam priorizar o embarque dos passageiros *full-fare*, visando a otimização do aproveitamento econômico da aeronave, fazendo com que os portadores de bilhetes promocionais tenham que aguardar a finalização do processo de *check-in* para que seja analisada a quantidade de assentos remanescentes e a possibilidade ou não de serem acomodados na aeronave, muitas vezes tendo negado seu embarque naquele voo que efetivamente contrataram (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 113).

O *denied boarding*, todavia, é regulamentado pela Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), de 13 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as condições gerais de transporte aéreo. A resolução prevê que “a preterição será configurada quando o transportador deixar de transportar passageiro que se apresentou para embarque no voo originalmente contratado” (ANAC, 2016, art. 22).

Ademais, o regulamento da ANAC determina que “o transportador deverá oferecer as alternativas de acomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos: (...) preterição de passageiro” (ANAC, 2016, art. 21).

Além da acomodação, reembolso e prestação do serviço por outra modalidade de transporte, a resolução da ANAC estabelece a obrigatoriedade de a companhia aérea pagar,

¹ Essa busca por voluntários é determinada no art. 23 da Resolução nº 400/16 da ANAC: Art. 23. Sempre que o número de passageiros para o voo exceder a disponibilidade de assentos na aeronave, o transportador deverá procurar por voluntários para serem acomodados em outro voo mediante compensação negociada entre o passageiro voluntário e o transportador. § 1º A acomodação dos passageiros voluntários em outro voo mediante a aceitação de compensação não configurará preterição. § 2º O transportador poderá condicionar o pagamento das compensações à assinatura de termo de aceitação específico.

imediatamente, um valor de compensação financeira ao passageiro preterido (ANAC, 2016, art. 24).

Contudo, o passageiro que aceita viajar em voo diferente do originalmente reservado e receber as compensações não perde os demais direitos salvaguardados no ordenamento jurídico, apesar de que a empresa aérea pode exigir que o passageiro assine instrumento que garante a quitação e exoneração das responsabilidades da empresa relativos aos danos causados pelo *overbooking* (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 112).

Ademais, ressalta-se que tais circunstâncias são facultativas ao passageiro, que pode exigir seu embarque no voo que contratou e, caso não haja acordo entre as partes, é prerrogativa do passageiro efetuar reclamação oficial ao Departamento de Aviação Civil (DAC) e abrir um processo administrativo contra a companhia aérea, regido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 113).

Ou seja, para além dos custos gerados pelo *overbooking*, segundo Renée Ferraz e Alessandro Oliveira, “podem ser apontados prejuízos reputacionais à empresa, com a geração da inutilidade inerente ao embarque negado – o que certamente acarreta perdas relativas ao posicionamento da firma no mercado” (2008, p. 106). Tendo em vista esse prejuízo, os autores defendem que é necessário realizar um investimento no aprimoramento da gestão do *overbooking*, das tomadas de decisão, e das habilidades de previsão de demanda das companhias aéreas (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 123).

Assim, acreditam que estabelecendo um número máximo de assentos disponíveis à comercialização e introduzindo métodos científicos para a tomada de decisão, é possível manejar os negócios de forma que “a empresa não arque com prejuízos, tanto àqueles referentes aos custos de compensação dos passageiros impedidos de embarcar, quanto aos custos associados à receita “desperdiçada” em função dos assentos vazios nas aeronaves e à reputação no mercado” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 106).

Ferraz e Oliveira indicam, ainda, que “o *overbooking* demanda um altíssimo rigor na análise e previsão de demanda, o que pressupõe a manutenção de um sistema de informações gerenciais, com dados detalhados das operações, muito bem estruturado” (2008, p. 123).

Nessa mesma linha, as autoras Catharina Ferrer e Jussara Ferreira ponderam que o *overbooking* pode apresentar vantagens e benefícios tanto para as companhias aéreas quanto

para seus consumidores, quando utilizado como uma “estratégia geradora de bem-estar econômico”, mas destacam que:

Para tanto, as empresas devem fazer o aproveitamento das aeronaves, respeitando o limite máximo e, de outra parte, reduzindo os custos por passageiros por meio de descontos em passagens aéreas, ofertadas em outros horários de menor fluxo, potencializando receita, permitindo que o custo por passageiro transportado seja reduzido e eliminando a recorrente falha de serviço (Ferrer; Ferreira, 2017, p. 97)

E, para além da inovação e desenvolvimento tecnológico, o âmbito legislativo também sentiu necessidade de inovar-se, de forma que a legislação vigente “sugere a adoção de políticas de estímulo ao *denied boarding* voluntário por parte das empresas aéreas, medida esta que visa reduzir os transtornos resultantes de um embarque forçoso, instigando soluções rápidas e justas, através de acordos entre empresa e passageiro” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 110).

3.2 REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO NO BRASIL

Apesar da possibilidade de utilização da prática do *overbooking* de maneira economicamente saudável e sem assunção de riscos pelos consumidores, atualmente a realidade é outra, haja vista que só em 2017, mais de 40.000 pessoas foram preteridas de embarcar por conta do *overbooking* (Pires, 2023).

Assim, é necessário que o direito regule a indenização aos passageiros preteridos, freando a impunidade dos fornecedores de transporte aéreo e minorando os efeitos negativos decorrentes dessa prática (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 110).

Defende também a necessidade de regulamentação e de atenção da atividade judicial para o tema, o autor João Batista de Almeida:

O consumidor, usuário dos serviços de transportes aéreos, não raro tem sérios problemas com o *overbooking*: apesar de possuir bilhete aéreo comprado com antecedência, não consegue viajar simplesmente porque a empresa vendeu mais passagens do que o número de poltronas da aeronave. A alegação é sempre de que muitos passageiros desistem de viajar, sem comunicação (no show), o que lhe causa prejuízo. Obviamente, quem não consegue viajar, por esse motivo, faz jus a ser acomodado em outra aeronave, compensação financeira e dano moral, mas está sempre sujeito a transtorno e humilhação, e, quase sempre, a recorrer à via judicial. (Almeida, 2009, p. 327)

Anterior ao estudo da regulamentação dessa prática especificamente, faz-se necessário entender como o serviço das companhias aéreas brasileiro é regulamentado, de maneira geral.

Os contratos de transporte estão definidos no art. 730 do Código Civil Brasileiro - lei nº 10.406/02 (CC), que estabelece que “pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas” (Brasil, 2002) e que “aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais” (Brasil, 2002, art. 732).

Já as relações de consumo dividem-se em comercialização de produtos ou prestação de serviços, que são definidos no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90 (CDC) como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração” (Brasil, 1990, art. 3º, § 2º). Assim, evidente a configuração da relação de consumo na prestação de serviço de transporte, visto que “os passageiros adquirem a passagem aérea como destinatários finais e a empresa aérea se caracteriza como fornecedora, prestando serviço tipicamente consumerista” (Furukawa, 2015, p. 140).

Nas palavras de Adriana Furukawa, “o transporte aéreo de passageiros, indubitavelmente, se enquadra na categoria de relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, e, como consequência, aplicam-se todas as disposições daí decorrentes” (2015, p. 164).

Dessa forma, pacífico o entendimento de que o transporte aéreo, no Brasil, é regulamentado através do Código de Defesa do Consumidor, juntamente com o Código Civil e pelo Código Brasileiro de Aeronáutica - Lei nº 7.565/86 (CBA). Contudo, até pouco tempo atrás, havia muita discussão sobre as normas aplicáveis, decorrente do aparente conflito de normas entre o CDC, o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia de 1929.

Primeiramente, cumpre destacar que a defesa do consumidor é uma previsão constitucional, uma vez que a Constituição Federal a elenca como um dos direitos fundamentais do cidadão por ordem expressa do art. 5º, XXXII (Brasil, 1988), sendo um princípio da ordem econômica (Benjamin, 2015, p. 35). E, por isso, as normas do CDC prevalecem sobre as demais devido a ser uma norma de ordem pública e possuir forte status e raiz constitucionais (Furukawa, 2015, p. 164).

Referente a este ponto, Antônio Benjamin concluiu o seguinte:

Em conclusão, podemos dizer que, o que tange à limitação da responsabilidade civil, tanto a Convenção, como o Código Brasileiro de Aeronáutica padecem de doença incurável, posto que de fundo constitucional. O resultado é que, havendo relação

jurídica de consumo, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se, inteiramente, ao transporte aéreo, doméstico ou internacional, na medida em que, tacitamente (por incompatibilidade), revogou ele os privilégios estatutários da indústria, principalmente quando garante, como direito básico do consumidor ‘a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’. (Benjamin, 2015, p. 33)

A doutrina majoritária entende, ainda, que “o Código de Defesa do Consumidor é norma de caráter geral, enquanto a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica são normas de cunho especial”, o que determina que “caracterizada a relação de consumo, a norma mais adequada a instruir o negócio jurídico é o atual Código de Defesa do Consumidor” (Gauer, 2016, p. 50). Além de que “o CDC afasta a aplicação da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica nos casos de antinomia, por se tratar o CDC de norma mais nova” (Gauer, 2016, p. 51).

No mais, referente à reparação de danos aos passageiros e extravio de bagagens, o próprio Código Brasileiro de Aeronáutica determina que prevalecem as normas consumeristas sobre o CBA (Brasil, 1986, art. 10, III e art. 246).

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em 2015 que, após a entrada em vigor do CDC, a responsabilidade civil das companhias aéreas na má prestação de serviços, e em específico nos casos de *overbooking*, não se subordina mais à Convenção de Varsóvia ou ao Código Brasileiro de Aeronáutica, mas sim ao Código de Defesa do Consumidor, conforme vemos no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 409045 RJ 2013/0341811-3:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGENS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. (...) 2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor. (...) (Brasil, STJ, 2015)

Também aparenta haver conflito no que tange à tarifação ou limitação da indenização nas relações de consumo de transporte aéreo, em decorrência do princípio constitucional da reparação integral. Neste caso, Adriana Furukawa defende que é necessário interpretar os diplomas conforme a Constituição, utilizando-se do diálogo das fontes “de modo que a tarifação ou limitação da indenização deve ser considerada como um patamar mínimo indenizável, sem prejuízo do complemento da indenização com os danos materiais e morais que forem demonstrados” (2015, p. 164).

Sobre tais controvérsias, Bruno Miragem declara que:

Com relação à aplicação ou não das convenções internacionais incorporadas no direito brasileiro, em especial as relativas à responsabilidade do transportador aéreo, conclui majoritária doutrina, pela prevalência das normas do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil quando em antinomia com as normas da Convenção de Varsóvia e seus protocolos posteriores. (Miragem, 2014, p. 172)

E Antônio Benjamim complementa com:

A convenção, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Código de Defesa do Consumidor convivem de maneira harmoniosa, permanecendo aqueles dois primeiros documentos plenamente em vigor, exceto em relação a alguns de seus dispositivos, onde o conflito é evidente. Isso quer dizer que o Código de Defesa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção e do Código de Brasileiro de Aeronáutica, a não ser onde patente a antinomia. (Benjamin, 2015, p. 31)

O autor argumenta, ainda, que as cláusulas e práticas abusivas utilizadas no serviço de transporte aéreo, como o *overbooking*, não são reguladas na Convenção de Varsóvia ou no CBA, de forma que não há antinomia entre aqueles e o CDC. Defende, assim, que “aplica-se, pois, este em todas as hipóteses em que tais patologias se manifestem no transporte aéreo” (Benjamin, 2015, p. 37).

Por fim, destaca-se que a jurisprudência também é pacífica no entendimento de afastar a Convenção de Varsóvia nos contratos de transporte aéreo configurados como relação de consumo (Gauer, 2016, p. 50), haja vista que o Supremo Tribunal Federal tratou o conflito em sede de repercussão geral com o Tema 1240 de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Na ocasião, a relatora reafirmou o que a Suprema Corte decidiu no julgamento do RE 636.331-RG/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em relação a não aplicação dos tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros nos contratos de transporte nacional de pessoas.

Por fim, a tese que se propôs a padronizar entendimento sobre o “conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia, no que diz com a reparação por dano moral decorrente da má prestação de serviço de transporte aéreo internacional” restou com o seguinte enunciado: “Não se aplicam as Convenções de Varsóvia e Montreal às hipóteses de danos extrapatrimoniais decorrentes de contrato de transporte aéreo internacional” (Brasil, STJ, 2023).

Dessa forma, evidente que a responsabilidade civil das transportadoras aéreas pelos danos causados devido ao *overbooking* será regida pelas normas do CDC. Até porque, como esclarece Furukawa, “o transporte aéreo foi uma das origens da responsabilidade civil objetiva,

ao lado dos acidentes de trabalho, alertando que o sistema até então existente, baseado na culpa, era insuficiente para tutelar as vítimas de dano-evento” (2015, p. 163).

A mudança de paradigma advinda da ideia de responsabilidade civil objetiva disponibilizou a ampla e integral reparação de danos às vítimas e a conscientização dos prestadores de serviço de transporte ao cumprimento dos deveres de segurança, proteção e prevenção de danos (Furukawa, 2015, p. 163).

Passemos a analisar, então, as normas aplicáveis aos casos específicos de preterição de passageiros decorrentes de *overbooking*.

Estabelece o CBA que a execução do contrato de transporte aéreo inicia-se “quando o passageiro, já despachado no aeroporto, transpõe o limite da área destinada ao público em geral e entra na respectiva aeronave” (Brasil, 1986, art. 233, §1º), o que, segundo Ferraz e Oliveira, “sugere que os passageiros *denied boarding* teriam seus direitos salvaguardados não pelo CBAer, mas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078/90) e Código Civil Brasileiro, uma vez que o contrato de transporte não estaria concretizado” (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 110).

Todavia, há ocasiões em que os passageiros só são informados da necessidade do procedimento de preterição de passageiros depois que já foram estabelecidos a bordo do avião, quando as companhias aéreas solicitam ou impõe que eles se retirem de seus assentos e aguardem um outro voo. Alguns doutrinadores defendem que apenas nessas situações socorreriam aos passageiros as imposições regulamentares do DAC. Em função dessas contradições, os especialistas em direito aeronáutico comumente utilizam, em conjunto, tanto as normas do CBA quanto as do CDC para atribuir as responsabilidades pelo serviço de transporte não realizado (Ferraz; Oliveira, 2008, p. 110 - 111).

De qualquer forma, é crucial o entendimento de que o CDC é sim aplicável aos serviços de transporte aéreo e, mesmo que em conjunto com outras normas, deve ser utilizado para a atribuição de responsabilidade aos danos causados por falha na prestação desse serviço.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DA COMPANHIA AÉREA NOS DANOS CAUSADOS PELO *OVERBOOKING*

Importante analisar o que a doutrina e a jurisprudência têm concluído no que tange à responsabilização civil das transportadoras aéreas nos casos de preterição de passageiro decorrente de *overbooking*.

Ferrer e Ferreira defendem que é pacífico na jurisprudência brasileira o entendimento de que a prática de *overbooking* caracteriza falha na prestação de serviços (2017, p. 90), uma vez que o passageiro é considerado consumidor e “a legislação lhe garante a eficaz e adequada prestação dos serviços como direito básico” (Gauer, 2016, p. 44). Assim, a companhia aérea que utiliza tal prática está sujeita às penalidades previstas na legislação nos casos de danos causados por prestação de serviço defeituoso, como no art. 37, §6º da Constituição Federal, o art. 14 do CDC e o art. 734 do Código Civil.

As autoras pontuam, também, que o uso da tática do *overbooking* “além de configurar uma falha na prestação de serviços, também indica uma prática abusiva por parte das empresas de transporte aéreo, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso IV” (Ferrer; Ferreira, 2017, p. 95). É possível, ainda, enquadrar a preterição de passageiros como uma violação ao dever de informação consubstanciado no CDC, haja vista que o consumidor reserva a passagem e é induzido a acreditar que isso garante que ele poderá embarcar em determinada data e hora (Marques, 2014, p. 1322).

Dessa forma, constata-se que, para além do impacto superficial do remanejamento de voo e suas consequências, a preterição de passageiro ofende diversos princípios como “dignidade da pessoa humana, transparência, boa-fé, igualdade nas contratações, dever de informar, proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva; e prevenção e reparação de danos materiais e morais” (Ferrer; Ferreira, 2017, p. 95).

Evidente a relação de consumo, a prestação de serviço e os danos causados pela preterição de passageiro, patente, então, a responsabilidade do transportador que, de todos os modos, tenta se eximir dos seus deveres e transferir os riscos e ônus de sua atividade aos consumidores.

Nesse sentido, a Súmula 187 do STF estabelece que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (Brasil, STF, 1964), ou seja, a Corte entende que somente o fato de terceiro totalmente desvinculado dos riscos inerentes ao contrato de transporte aéreo oneroso é que pode afastar a responsabilidade objetiva da empresa transportadora (Gauer, 2016, p. 29).

Assim, fica claro que a companhia aérea tem o dever de suportar os danos causados aos seus passageiros e não pode se abster ou transferir os riscos decorrentes da sua atividade (Gauer, 2016, p. 30). Ademais, destaca-se que há apenas duas causas excludentes de responsabilidade do transportador aéreo, trazidas pelo art. 393 do Código Civil: caso fortuito e força maior (Brasil, 2002).

Porém, é importante distinguir o fortuito interno do externo, uma vez que apenas o último tem o condão de excluir a responsabilidade civil. Ambos são aplicáveis nas relações de consumo, mas se diferem na sua relação com a atividade desenvolvida pelo prestador de serviços (Gauer, 2016, p. 33).

Enquanto o fortuito interno “incidirá sobre fato necessário e inevitável ligado diretamente à atividade do agente prestador de serviços, situação na qual o fornecedor não será exonerado de suas responsabilidades” (Miragem, 2014, p. 205), o fortuito externo “é causa de extinção da relação causal entre a atividade do agente e o dano e se caracteriza também por ser um fato imprevisível e inevitável, porém é estranho a atividade desenvolvida pelo transportador” (Gauer, 2016, p. 34).

Ou seja, o fortuito interno está diretamente ligado aos riscos da atividade desenvolvida pelo transportador aéreo e está relacionado com o próprio negócio que é explorado pelo prestador de serviços, por isso, deve ser arcado pela própria companhia que usufrui dos bônus da atividade e, conseqüentemente, deve suportar os ônus. É por isso, inclusive, que inexiste a possibilidade de se alegar falha no sistema de reservas para se eximir da responsabilidade pela preterição de passageiros, uma vez que tal problema configura fortuito interno, intrinsecamente ligado com a atividade prestada (Furukawa, 2015, p. 157).

Contudo, Greta Gauer chama atenção ao fato de que:

A análise das decisões jurisprudenciais elucida que os Tribunais reconhecem a força maior e o caso fortuito como excludentes de responsabilidade, no entanto a interpretação é muito ampla quando se trata de inserir o caso concreto como caso fortuito ou força maior. Ou seja, há uma extensa margem interpretativa à luz da temática em questão, que enseja uma análise muito peculiar dos casos apresentados nas demandas judiciais para que seja possível apresentar uma decisão fundada na lei e doutrina jurídica. (Gauer, 2016, p. 34)

De qualquer maneira, conforme pontua Adriana Furukawa, o *overbooking* não configura causa de excludente de responsabilidade, uma vez que “é utilizado como conveniência das empresas aéreas e está fundado em evento futuro e incerto, baseado na conduta de terceiros que eventualmente não se apresentem para embarque” (2015, p. 156). Pelo

contrário, a prática do *overbooking* configura culpa grave da companhia aérea, pois “a empresa aceita reservas em número superior à capacidade da aeronave, em razão de sua exclusiva conveniência econômica, estando ciente de que parte desses passageiros poderá não embarcar” (Furukawa, 2015, p. 156).

Sendo assim, fica claro e evidente que “o *overbooking* caracteriza inadimplemento absoluto da obrigação do transportador aéreo, de modo que o passageiro terá direito à ampla e integral indenização, pelos danos que demonstrar ter sofrido, não se sujeitando a qualquer patamar-limite indenizável” (Furukawa, 2015, p. 157) e que é “cabível a responsabilidade do fornecedor pelos danos ocasionados aos usuários do seu transporte, sem prejuízo da aplicação de responsabilidade objetiva e solidária, tendo em vista caracterizada a relação de consumo entre as partes” (Gauer, 2016, p. 47).

Ou seja, já é pacificado na doutrina e na jurisprudência que o *overbooking* caracteriza, sim, prática abusiva, gerando dano *in re ipsa* ao consumidor e responsabilidade civil da companhia aérea em indenizá-lo por esse dano.

4 A INCIDÊNCIA DO DESVIO PRODUTIVO NOS CASOS DE *OVERBOOKING*

4.1 A POSSÍVEL APLICAÇÃO DA TEORIA NOS CASOS DE PRETERIÇÃO DE PASSAGEIRO

Após análise e estudo aprofundado sobre a despontante Teoria do Desvio Produtivo e sobre os danos causados pela prática de *overbooking* pelas companhias aéreas, passaremos a identificar a possibilidade de aplicação da teoria nos casos de preterição de passageiros, da condenação das empresas de transporte aéreo pelo desvio produtivo dos seus consumidores e da indenização dos passageiros preteridos pelo tempo perdido em decorrência dos inconvenientes que permeiam a sua preterição.

Primeiramente, é importante destacar que, como visto anteriormente, é patente que a preterição de passageiro pela prática de *overbooking* é considerado um dano moral *in re ipsa*, ou seja, que não depende de comprovação e afasta a necessidade de prova do elemento culpa, uma vez que atenta contra a dignidade e a segurança da pessoa (Ferrer; Ferreira, 2017, p. 94 - 95) por descumprimento do contrato de transporte. O reconhecimento do *overbooking* como dano moral *in re ipsa* foi, inclusive, consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRegAgREsp nº 810779 RJ 2006/0010102-2):

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.OVERBOOKING. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o dano moral oriundo de "overbooking" prescinde de prova, configurando-se in re ipsa, visto que é presumido e decorre da própria ilicitude do fato e da experiência comum. 2. À caracterização do dissídio jurisprudencial, nos termos dos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, é necessária a demonstração da similitude de panorama de fato e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos confrontados. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Brasil, STJ, 2011) (grifo nosso)

Assim, basta ao passageiro comprovar o não embarque no voo contratado ou o atraso do voo para que se reconheça o dever de indenização (Furukawa, 2015, p. 157, rodapé). Esse reconhecimento de que os danos morais são presumidos, ou seja, “decorrem do simples fato do descumprimento da obrigação principal por parte do transportador e dos transtornos óbvios daí decorrentes” (Furukawa, 2015, p. 157, rodapé) e que ensejam responsabilidade objetiva do

transportador é corroborado também pela jurisprudência dos Tribunais do país, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Guinther Spode (AC nº 0019293-24.2015.8.21.7000):

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE AÉREO. OVERBOOKING. EMBARQUE DE RETORNO 24 HORAS APÓS A DATA PREVISTA. VOO INTERNACIONAL. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGEM. TRANSTORNOS QUE TRANSCENDEM O MERO INCÔMODO OU DISSABOR. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. O descumprimento do contrato de transporte ou falha na prestação do serviço contratado dá ensejo ao dever de indenizar o dano moral causado ao passageiro. Responsabilidade objetiva do transportador. Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. O impedimento do embarque em voo contratado em razão da comercialização de passagens aéreas em quantidade superior ao número de assentos existentes na aeronave configura prática abusiva de overbooking, dando ensejo ao direito indenizatório. Quantum indenizatório mantido, pois adequado às circunstâncias do caso concreto e aos valores usualmente praticados pela Câmara em casos similares. Juros de Mora: Por se tratar de ilícito contratual este incidem a contar da citação. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS, 2015) (grifo nosso)

Ademais, o *denied boarding* configura falha de prestação de serviço pelo não cumprimento do voo na data e hora contratadas, sujeito a responsabilização civil objetiva da companhia aérea (Furukawa, 2015, p. 163). Já que, segundo Marco Fábio Morsello:

Tendo em vista, o entanto, a realidade cotidiana de subsistência do overbooking, que, atualmente, se desdobra em efetivo overselling, é evidente que o caráter determinante dos horários de voo fixados, mormente tendo em vista a celeridade, que é ínsita ao transporte em análise, permite concluir que o não-implemento do embarque na forma contratada caracteriza inadimplemento absoluto do transportador. (Morsello, 2006, p. 184)

Além disso, o fator tempo tem suma importância no cenário das relações de consumo de transporte aéreo, visto que “no mundo globalizado, a circulação econômica da riqueza atrela-se indissolúvelmente ao fator tempo, o que, sem dúvida, é sopesado pelo usuário em potencial do transporte” (Morsello, 2006, p. 172), ou seja, muitas vezes as pessoas optam pelo transporte aéreo visando justamente ganhar tempo de vida. Morsello destaca, inclusive, que essa busca pela rapidez incentiva o “constante aperfeiçoamento tecnológico das aeronaves, visando ao incremento da segurança e da celeridade, em conjunto com o fator custo” (2006, p. 172).

Dessa forma, o não cumprimento dos horários contratados pelas companhias aéreas acarreta a insatisfação do consumidor justamente no ponto que o fez optar por aquela contratação, hipótese que enseja indenização (Gauer, 2016, p. 39). Nesse sentido, Marco Morsello defende que é “patente, pois, o caráter vinculativo dos horários divulgados, ressalvadas as hipóteses de força maior extrínseca, fato da vítima ou de terceiro” (2006, p. 173).

Nesses casos há uma escancarada transferência de riscos e ônus do negócio por parte das companhias aéreas, que obrigam seus consumidores a arcarem com as consequências dos problemas de não comparecimento de outros passageiros e operação das aeronaves em máxima otimização de assentos. Ou seja, os passageiros negados gastam o seu tempo vital às custas de um menor gasto econômico das companhias aéreas.

A famosa locução “tempo é dinheiro” aqui encontra sua maior potência, haja vista que, de um lado, o consumidor gasta dinheiro na passagem para ganhar tempo de viagem e, por outro, a companhia aérea economiza dinheiro (ou evita prejuízos) fazendo com que parcela de seus consumidores sejam negados nos voos e, conseqüentemente, percam tempo.

Evidente, assim, que o *denied boarding* envolve imensa perda de tempo aos consumidores, que além de todas as horas que precisam despender para se deslocarem até o aeroporto, com antecedência, esperar em filas quilométricas para a realização de todos os procedimentos de segurança e embarque, muitas vezes têm sua decolagem negada e se veem obrigados a perder ainda mais tempo localizando e esperando por outro voo.

Sobre essa enorme perda de tempo que o cenário de embarques aéreos, aeroportos e conexões envolve, Marcos Dessaune já escreveu que:

Mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8,078/1990) preconize que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo devam ter padrões adequados de qualidade, de segurança, de durabilidade e de desempenho – para que sejam úteis e não causem riscos ou danos ao consumidor – e também proíba, por outro lado, quaisquer práticas abusivas, ainda são ‘normais’ em nosso País situações nocivas como: (...) - Ter a obrigação de chegar com a devida antecedência ao aeroporto e depois descobrir que precisará ficar uma, duas, três, quatro horas aguardando desconfortavelmente pelo voo que está atrasado, algumas vezes até dentro do avião – cansado, com calor e com fome – sem obter da empresa responsável informações precisas sobre o problema, tampouco a assistência material que a ela compete. (Dessaune, 2011, p. 47 - 48)

Tendo em conta todos esses pontos levantados, além de toda recapitulação feita acerca da teoria do desvio produtivo e da responsabilização conferida à prática de *overbooking* pelas companhias aéreas, surgem pontos de estreito contato entre ambas as situações. Dessa forma, teoricamente, observa-se a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo para responsabilizar os transportadores aéreos a indenizarem seus consumidores pelo tempo perdido quando da sua preterição por conta do *overbooking*.

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Para além da aplicação teórica do desvio produtivo aos casos de *denied boarding*, faz-se uma pesquisa jurisprudencial nos tribunais do país para averiguar se e como se dá a aplicação da teoria aos casos de *overbooking*. Em decorrência desta pesquisa, verifica-se que há sim a responsabilização das companhias aéreas pela indenização pelo tempo perdido dos passageiros preteridos.

Inicialmente, importante destacar que os juízes e juízas brasileiros, mesmo que sem utilizar a teoria do desvio produtivo, muitas vezes reconhecem que prática de *overbooking* gera a perda de tempo vital dos consumidores e que esse dano temporal merece indenização, como é o caso da Desembargadora Ângela Khury, do Tribunal de Justiça do Paraná, que, em relatoria da Apelação Cível nº 1.479.077-7², proferiu o seguinte entendimento:

Nestes termos, o ensinamento de André Gustavo Corrêa de Andrade, em seu artigo “Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual”: “Muitas situações da vida cotidiana nos trazem a sensação de perda de tempo: o deslocamento entre a casa e o trabalho, as filas para pagamentos em bancos, a espera de atendimento em consultórios médicos e dentários e tantas outras obrigações que nos absorvem e tomam um tempo que gostaríamos de dedicar a outras atividades. Essas são situações que devem ser toleradas, porque, evitáveis ou não, fazem parte da vida em sociedade. O mesmo não se pode dizer de certos casos de demora no cumprimento de obrigação contratual, em especial daqueles em que se verifica desídia, desatenção ou despreocupação de obrigados morosos, na grande maioria das vezes pessoas jurídicas, fornecedoras de produtos ou serviços, que não investem como deveriam no atendimento aos seus consumidores, ou que desenvolvem práticas abusivas, ou, ainda, que simplesmente vêem os consumidores como meros números de sua contabilidade. Intoleráveis, também, são situações em que os consumidores se vêem compelidos a sair de sua rotina e perder seu “tempo livre” para solucionar problemas causados por atos ilícitos ou condutas abusivas de fornecedores, muitos dos quais não disponibilizam meios adequados para receber reclamações ou prestar informações. Quando está diretamente em jogo um interesse econômico, o tempo desempenha um papel fundamental, como se percebe pela previsão dos juros de mora, da cláusula penal moratória ou, ainda, da possibilidade de indenização por lucros cessantes. No plano dos direitos não patrimoniais, porém, ainda há grande resistência em admitir que a perda do tempo em si possa caracterizar dano moral. Esquece-se, porém, que o tempo, pela sua escassez, é um bem precioso para o indivíduo, tendo um valor que extrapola sua dimensão econômica. A menor fração de tempo perdido de nossas vidas constitui um bem irrecuperável. Por isso, afigura-se razoável que a perda desse bem, ainda que não implique prejuízo econômico ou material, dê ensejo a uma indenização. A ampliação do conceito de dano moral, para englobar situações nas quais um

² Ementa: APELAÇÃO. VOO INTERNACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EMBARQUE. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA TRANSPORTADORA, NOS TERMOS DO ARTIGO 14 DO CDC E ARTIGO 734 DO CÓDIGO CIVIL. PRÁTICA DE OVERBOOKING. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE, DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. COMPANHIA AÉREA QUE PRESTOU ASSISTÊNCIA AOS CONSUMIDORES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

contratante se vê obrigado a perder o seu tempo livre em razão da conduta abusiva do outro, não deve ser vista como indício de uma sociedade intolerante, mas como manifestação de uma sociedade que não está disposta a suportar abusos.” [Grifos nossos]. Sendo assim, em razão de todo o transtorno vivenciado pelos autores, inegável a existência de danos morais. (TJPR, 2016, p. 16 - 17) (grifos no original)

Também no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, a perda de tempo do consumidor por causa da prática de *overbooking* já foi considerada (Recurso Inominado Cível nº 0744453-87.2021.8.07.0016):

CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS: NEGATIVA DE EMBARQUE POR OVERBOOKING. PASSAGEIRA NÃO REALOCADA EM OUTRO VOO. FALTA DE ASSISTÊNCIA MATERIAL. DESCASO. AQUISIÇÃO DE NOVO TÍQUETE EM OUTRA COMPANHIA AÉREA. PERDA DE TEMPO ÚTIL. FATO GERADOR DE DANO MORAL. RECURSO IMPROVIDO. (...) Toda essa situação revela o grave descaso da empresa a configurar crassa falha na prestação do serviço, de sorte a extrapolar a esfera do aborrecimento do cotidiano e, assim, tipificar dano extrapatrimonial que afeta a integridade psicológica da personalidade da consumidora (CC, artigo 12 c/c CDC, artigo 14, ?caput?). (...). (TJDFT, 2022) (grifo nosso)

Assim como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Recurso Inominado nº 5012281-09.2022.8.24.0091):

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DA PARTE RÉ. CANCELAMENTO DE VÔO. OVERBOOKING. ATRASO TOTAL DE DOIS DIAS. DANO MORAL CARACTERIZADO. PERDA DE TEMPO HÁBIL PARA ATIVIDADES PROFISSIONAIS. AUSÊNCIA DE PROVA DE EXCLUDENTES. FORTUITO INTERNO. QUANTUM APLICADO EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, 2023) (grifo nosso)

Outros julgados demonstram primeiros contatos com a teoria ao citar seu nome, mas sem maiores aprofundamentos nas teses trazidas por Marcos Dessaune e seus seguidores, como se nota no seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação nº 0184083-51.2020.8.19.0001):

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM VISANDO A REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ALEGAÇÃO AUTURAL DE QUE ADQUIRIU PASSAGEM AÉREA PARA O TRECHO PORTO ALEGRE, RIO DE JANEIRO, COM CONEXÃO EM VIRACOPOS, PARA O DIA 18/04/2020, CONTUDO, EM QUE PESE TENHAM CHEGADO AO AEROPORTO COM MAIS DE 01 HORA DE ANTECEDÊNCIA, EM DECORRÊNCIA DE OVERBOOKING, O VOO FOI REMARCADO PARA O DIA 20/04/2020. (...) SENDO CERTO QUE FICOU CABALMENTE COMPROVADA A FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, NOS EXATOS TERMOS DO QUE PRECEITUA O ART. 14, § 3º, DO CDC. DANO MATERIAL CARACTERIZADO, SENDO CERTO QUE O EXTRAPATRIMONIAL NO CASO EM TESTILHA DECORRE DE FORMA IN RE IPSA, VALENDO CONSIGNAR QUE HODIERNAMENTE DOUTRINA ABALIZADA CONSAGRADA A REPARAÇÃO PELA PERDA DO TEMPO ÚTIL

DO CONSUMIDOR OU, COMO QUEREM OUTROS PELO DESVIO PRODUTIVO. (...) (TJRJ, 2021) (grifo nosso)

Além disso, alguns tribunais já utilizam em seus julgados especificamente a teoria do desvio produtivo para justificarem a indenização devida pelas companhias aéreas. O egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), por exemplo, já levou em conta a teoria do desvio produtivo para responsabilização da prática de *overbooking*, conforme vemos (Recurso Inominado Cível 0714673-73.2019.8.07.0016):

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. OVERBOOKING. REACOMODAÇÃO EM OUTRO VOO MEDIANTE COMPENSAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DO TRAVEL VOUCHER POR PAGAMENTO EM DINHEIRO. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO. TEORIA DO DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...)
 9. A ocorrência de overbooking é considerada hipótese de "fortuito interno", relacionada à organização dos serviços e aos riscos da atividade, o que não afasta a responsabilidade da empresa aérea pela violação a direitos da personalidade, ensejando a reparação pelo dano causado. 10. Demais disso, é abusiva a prática de overbooking sem assegurar os direitos do passageiro (Resolução nº 400 da ANAC), como no caso em comento, haja vista que a empresa aérea não cumpriu com sua parte no acordo celebrado com o passageiro (ID 11933649, 11933667, 11933668, 11933671). (...) 14. Tal fato causa frustração, angústia, aborrecimentos e extremo desgaste, que extrapolam o limite do mero dissabor e atinge a esfera pessoal a ensejar o dever de reparação do prejuízo extrapatrimonial. 15. Em abono a esse entendimento, tem conquistado lugar na jurisprudência a Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, já adotada por vários Tribunais de Justiça e pelo STJ, que reconhece que a perda de tempo útil imposta ao consumidor, o qual poderia ser empregado nos afazeres da vida, seja no trabalho, no lazer, nos estudos ou em qualquer outra atividade, e que, por força da abusiva desídia do fornecedor, é empregado para o reconhecimento dos seus direitos, motivo pelo qual subsidia reparação por dano moral. 16. Na seara da fixação do valor da reparação devida, mister levar em consideração a sucessão de condutas abusivas da ré/recorrida, quais sejam: (i) o descumprimento do acordo por parte da ré/recorrida; (ii) a conduta desidiosa da ré/recorrida em dar solução à questão, em tempo e modo condizente com suas possibilidades, mesmo após os reclames do consumidor (Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor); e (iii) a perda do direito do autor/recorrente utilizar o voucher, haja vista que, ao acreditar na boa fé da empresa com o cumprimento do ajuste, deixou de utilizá-lo durante o prazo de validade. 17. Além disso, deve-se sopesar a gravidade do dano, a peculiaridade do lesado, além do porte econômico da lesante, sem deixar de lado a função pedagógico-reparadora do dano moral consubstanciada em impingir à parte ré uma sanção bastante a fim de que não retorne a praticar os mesmos atos. (...) 19. Recurso conhecido e parcialmente provido. (...) (TJDFT, 2019) (grifo nosso)

Chama a atenção o fato de, apesar de ter usado o termo “tempo útil”, o relator juiz Carlos Alberto Martins Filho reconhece que o desvio produtivo ocorre até mesmo do tempo que “poderia ser empregado (...) em qualquer outra atividade” (TJDFT, 2019), frisando a desnecessidade de comprovação de que o tempo perdido para solucionar problemas ocasionados pelo fornecedor teria sido empregado em alguma atividade específica do consumidor.

Além disso, importante pontuar que a respectiva responsabilização da companhia aérea em questão se deu, dentre outras justificativas, por uma “função pedagógico-reparadora do dano moral consubstanciada em impingir à parte ré uma sanção bastante a fim de que não retorne a praticar os mesmos atos” (TJDFT, 2019). Função esta que já foi desenhada no segundo capítulo deste trabalho com a ideia de que a impunidade dos fornecedores de transporte aéreo causa a banalização das práticas abusivas e, dessa forma, a condenação de indenização pelo dano temporal serve para frear o menosprezo planejado dos consumidores (Dessaune, 2019, p. 30).

O eminente Tribunal de Justiça de Goiás também tem decidido casos de responsabilização pela prática de *overbooking* com respaldo na teoria do desvio produtivo, senão vejamos (Recurso Inominado nº 5264162-18.2021.8.09.0051):

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PACOTE TURÍSTICO. CONSUMIDOR. OVERBOOKING. CANCELAMENTO DE PASSAGEM PELO CONSUMIDOR. PANDEMIA. REEMBOLSO SOLICITADO. APROVADO CANCELAMENTO E REEMBOLSO PELA COMPANHIA AÉREA. VALOR NÃO REPASSADO PELA EMPRESA DE TURISMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DANO MATERIAL DEMONSTRADO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) III - Quanto ao mérito, cumpre esclarecer que a relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, conforme preceituado nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a responsabilidade do prestador de serviços pela reparação dos danos é objetiva, isto é, independente de culpa, podendo ser elidida somente se provado que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistia, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, incisos I e II, do CDC); (...) VI - Nesse giro, observa-se que a viagem estava programada para 30/03/2021 (ev. 20, arq. 5, p. 103), entretanto, já se passou mais de um ano da data marcada para o embarque, e até o presente momento a Recorrente não providenciou a efetivação do reembolso aos Recorridos, fato que corrobora com a condenação em danos materiais, já que os Recorridos comprovaram devidamente o pagamento das passagens aéreas (ev. 1, arq. 6, p. 25/31); VII - A situação vivenciada pelos Recorridos caracteriza-se como falha na prestação de serviços, vez que em decorrência da incúria os consumidores aguardam há mais de um ano a restituição dos valores desembolsados com as passagens aéreas, por total falta de desídia da Recorrente, ultrapassando, portanto, as barreiras do mero aborrecimento, redundando em danos morais e, como tal, passível de indenização; VIII - A moderna jurisprudência tem pacificado entendimento de que a perda do tempo útil pelo consumidor para ver seu direito atendido, gera o dever de indenizar por tratar-se de situação intolerável em que há desídia por parte dos fornecedores, compelindo os consumidores a sair de sua rotina e dedicar seu tempo livre a solucionar problemas causados pelos fornecedores. Trata-se da Teoria da Perda do Tempo Livre ou Desvio Produtivo do Consumidor; IX - As idas e vindas dos consumidores em busca de solução, conforme verifica-se dos vários e-mails enviados à Recorrente (ev. 1, arq. 3, p. 17/22), sem obter sucesso, obrigando-os a buscar o Judiciário para, só então, ter o direito garantido, infligiu-lhe sofrimento desnecessário ultrapassando o simples aborrecimento. Resta caracterizado, portanto, o dano moral; (...) XI - Recurso conhecido e desprovido, mantendo-se a sentença por estes e seus demais fundamentos; (...). (TJGO, 2022a) (grifo nosso)

Também nesse sentido (Recurso Inominado nº 5145996-28.2022.8.09.0007):

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPANHIA AÉREA. IMPOSSIBILIDADE DE EMBARCAR EM VOO. INCIDÊNCIA DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE FORTUITO EXTERNO. ÔNUS DA PARTE PROMOVIDA ? 373, INCISO II, CPC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRÁTICA DE OVERBOOKING. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM PROPORCIONAL. SENTENÇA MANTIDA. (...) 04. Conforme disposto no artigo 14 do CDC, a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, respondendo pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, independentemente da existência de culpa. Tal responsabilidade somente será excluída quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, ou que o fato ocorreu por culpa exclusiva do consumidor (art. 14, §3º, do CDC), o que não é o caso dos autos. 05. In casu, a recorrente alegou que não foi possível o embarque no horário marcado em razão de atraso em momento anterior ao voo decorrente de intenso tráfego aéreo, necessitando realocar os passageiros em voos posteriores. Entretanto, a referida assertiva não vem corroborada por elementos probatórios, falhando a companhia aérea em demonstrar fato desconstitutivo, modificativo ou extintivo do direito da recorrida (art. 373, II, do CPC). Ademais, eventual necessidade de readequação de aeronaves configura, em regra, fortuito interno, isto é, risco inerente à atividade empresarial, sem aptidão para afastar a responsabilidade do transportador pelos danos advindos de atraso ou de cancelamento. Assim, não há que se falar em excludente de responsabilidade da recorrente. 06. Na espécie, verifica-se que a recorrente não traz nenhuma prova de que prestou assistência material à promovente, consistente em alimentação e hospedagem, já que as mudanças de voo da promovente lhe fizeram ter que adquirir passagem de ônibus para retornar à residência, restando caracterizado a falha na prestação do serviço que ocasionou ainda os danos demonstrados pela promovente na inicial. 07. Delineadas as premissas do acervo probatório e o contexto jurídico aplicável, observa-se que a postura da recorrente gerou prejuízos que transbordam o mero dissabor, acarretando danos na esfera moral da consumidora, pois comprovada ocorrência de overbooking, além do desvio produtivo da parte autora ao tentar solucionar o impasse administrativamente e não logrando êxito, necessitando aos reclames perante o judiciário para solucionar o imbróglio que deveria ter sido prontamente atendido pela promovida. (...) 11. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJGO, 2022b) (grifo nosso)

Aqui, em ambos os acórdãos, nota-se que o tempo a ser indenizado pelas transportadoras aéreas não foi o tempo perdido por conta da preterição dos passageiros em si, mas o tempo que esses passageiros preteridos despenderam para conseguirem ver seus direitos atendidos e receberem os reembolsos e/ou assistência matéria a que tinham direito. Dessa forma, verifica-se que o Tribunal de Goiás seguiu, nesses dois julgados, na linha mais tradicional do desvio produtivo aplicado ao mau serviço de atendimento ao cliente (SAC) na solução e/ou reembolso dos danos causados, e não do dano temporal advindo do vício do serviço em si.

Nesse quesito, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem, em alguns julgados, em sentido contrário, caracterizado como desvio produtivo justamente o tempo perdido em decorrência da prática de *overbooking* em si, e condenando as companhias aéreas à indenizarem o tempo perdido pela remarcação da passagem devido à preterição dos passageiros, conforme vemos no seguinte excerto de sentença (Procedimento Comum Cível - Indenização por Dano Moral nº 1027388-23.2021.8.26.0001):

“É indubitável que a má prestação dos serviços da ré trouxe à parte autora transtornos psíquicos que transgridem o mero aborrecimento, restando evidenciada a caracterização da indenização de ordem moral, sendo cabível na espécie a aplicação da teoria do desvio produtivo do consumidor.” (TJSP, 2021) (grifo nosso)

Decisão essa que foi confirmada e mantida pelo juízo de segundo grau (Apelação Cível nº 1027388-23.2021.8.26.0001):

DANO MORAL – Ocorrência – “Overbooking” – Passageira que não conseguiu embarcar por venda excessiva de bilhetes – Contratemplos e dissabores decorrentes de atraso na chegada, uma vez realocada para outro voo dois dias depois - Indenização arbitrada em R\$-6.000,00 – Diminuição incabível, dadas as peculiaridades do caso – Sentença de procedência de ação indenizatória mantida – Apelação improvida. (TJSP, 2022) (grifo nosso)

Assim como neste outro excerto de sentença (Procedimento do Juizado Especial Cível - Indenização por Dano Moral nº 1003195-59.2022.8.26.0016):

Ora, a conduta da companhia aérea causou transtornos à autora e sua filha que vão além de mero dissabor, na medida em que experimentou frustração e impotência diante da situação vivenciada, caracterizando abalo moral indenizável, acarretando verdadeira perda de tempo útil, que poderia ter sido utilizado para tarefas mais produtivas e prazerosas, sobretudo se a ré tivesse cumprido fielmente o contrato de transporte. Desta feita, estamos diante de caso em que se aplica a teoria do “desvio produtivo do consumidor”, que identifica o prejuízo do tempo desperdiçado pelo consumidor devido a problema criado pelo próprio fornecedor, situação esta que sobressai o simples aborrecimento, para afetar o sossego, a tranquilidade e, assim, situar no terreno dos danos morais. (TJSP, 2023a) (grifo nosso)

Também confirmada por acórdão (Recurso Inominado nº 1003195-59.2022.8.26.0016):

ATRASO EM VÔO – DANO MORAL CONFIGURADO - Não se pode classificar como simples aborrecimento os dissabores a que submetido passageiro, não apenas com o atraso, mas também com a falta de respeito ao contrato de transporte diante da venda de passagens em número superior ao de assentos da aeronave, argumento que não foi afastado pela ré. (TJSP, 2023b) (grifo nosso)

Esses julgados do TJSP demonstram a tendência do Tribunal, nos últimos anos, em condenar a prática do *overbooking* justamente pelo tempo que o consumidor perde em decorrência dessa prática, sendo obrigado a embarcar em horário, ou até mesmo data, posterior ao contratado. O que apenas reforça o entendimento de que a preterição de passageiro em decorrência do *overbooking* gera desvio produtivo presumido, ou seja, sempre que a prática de *overbooking* for malsucedida e desencadear o *denied boarding* o passageiro preterido terá desviado seu tempo para que consiga realizar a viagem aérea contratada.

Todavia, uma característica comum a todas as decisões trazidas é o desvio produtivo servindo para caracterizar dano moral. Dessa forma, apesar do avanço jurisprudencial em

considerar o tempo como um bem jurídico tutelado, ainda não há lhe é conferida a autonomia necessária para que sua lesão desencadeie um tipo de dano independente da esfera moral.

Assim, vê-se que o tempo perdido pelos consumidores é utilizado na caracterização do dano moral decorrente da preterição de passageiro, mas não como um dano a mais, para além das ofensas à honra causadas pela violação do contrato e pelos transtornos decorrentes dessa violação (remarcação de passagem, enfrentamento de filas no guichê da companhia aérea, tumulto nos aeroportos e, às vezes, retirada de passageiros que já haviam sido alocados na aeronave).

Assim, observa-se que a teoria do desvio produtivo já é bastante aplicada aos casos de prática de *overbooking* pelas companhias aéreas, tanto para justificar a condenação à indenização do tempo perdido para receber os reembolsos e vouchers de direito do passageiro preterido, como do tempo perdido pelo próprio *denied boarding* e realocação em voo posterior ao contrato. Contudo, ainda não é comum no judiciário brasileiro a ideia de que o tempo perdido causa um dano adicional, que deveria ser acrescido ao dano material e ao dano moral que a prática abusiva acarreta.

Sendo assim, é evidente a proximidade entre a teoria do desvio produtivo e a indenização devida decorrente da prática de *overbooking*, assim como é inconteste a possibilidade de aplicação da teoria aos casos concretos. Todavia, ainda há um caminho a trilhar tanto no aperfeiçoamento do sistema de reservas e nas técnicas de análise da margem de *no-show* para diminuir os casos de preterição de passageiros sem exterminar a margem de lucro das companhias aéreas, como na majoração da responsabilização civil desses fornecedores para que a prática deixe de ser economicamente e moralmente atraente para as transportadoras aéreas.

Somente com a efetiva proteção dos consumidores contra essas práticas abusivas amplamente utilizadas em todo o mundo é que as empresas cumprirão com os seus deveres de segurança, proteção e prevenção de danos e o tempo vital do consumidor (e de todas as pessoas num geral, visto que nós todos somos consumidores em alguma medida) receberá o respeito e a tutela que merece.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo para que o tempo perdido pelos consumidores que têm seu embarque negado devido à prática do *overbooking* pelas companhias aéreas seja indenizado. Para tanto, a pesquisa foi dividida em três seções: a primeira, que corresponde ao segundo capítulo, voltou-se para a teoria do desvio produtivo. Na segunda seção, o terceiro capítulo, tratou dos transportes aéreos e da prática de *overbooking*. Por fim, a última seção, capítulo quarto, serviu para evidenciar a possibilidade da utilização da teoria nos casos práticos de preterição de passageiro em decorrência do *overbooking*.

Assim, procurou-se entender se o tempo, recurso tão valioso à espécie humana, pode ser tutelado como um bem jurídico e quais as especificidades dessa proteção. Para isso, foi realizada uma análise qualitativa da teoria do desvio produtivo, criada por Marcos Dessaune, e seus argumentos essenciais, assim como as principais críticas levantadas por outros doutrinadores do direito.

Foi, portanto, analisada a origem histórica da defesa do tempo como bem jurídico valioso e carente de tutela, passando por vários momentos da responsabilidade civil, sobretudo no âmbito do direito do consumidor, até chegar no desenvolvimento da teoria de Dessaune, em que foram elencadas as principais teses defendidas pelo precursor da teoria, como também por Cláudia Lima Marques e Laís Bergstein.

Além disso, ficou demonstrado que a tese encontra ampla aceitação nos tribunais brasileiros - STJ (AgReg AgResp nº 409045 RJ 2013/0341811-3; REsp nº 1634851 RJ 2015/0226273-9; REsp nº 1737412/SE), TJBA (Apelação nº 0000303-45.2014.8.05.0216) e TJSP (Apelação nº 0022332-16.2010.8.26.0032). Assim como no âmbito legislativo (Lei nº 5590, de 1 de julho de 2002, da cidade de Vitória/ES; Lei nº 5.254, de 25 de março de 2011, da cidade do Rio de Janeiro/RJ; Lei nº 1047, de 6 de agosto de 2001, da cidade de Palmas/TO; Lei estadual do Amazonas nº 5.867/22; Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008 (a “Lei do SAC”); e Projeto de Lei nº 2856/2022.

Como também se discorreu sobre uma das maiores críticas à teoria, trazida por Daniel Deggau Bastos e Rafael Peteffi da Silva, quanto à aspirada autonomia do dano temporal em relação às demais indenizações civis, elucidando que ainda há muitos autores que não veem o

dano temporal como um dano autônomo, mas que os defensores da teoria do tempo perdido defendem os benefícios de se indenizar o tempo para além das indenizações materiais e morais.

Nesse sentido, foi elucidado que, a partir do sistema aberto de tutela da dignidade humana é possível compreender o dano temporal como dano apartado da esfera moral e da esfera material. Além disso, a justificativa para tal segregação está justamente na ampliação da responsabilização dos fornecedores que realizam práticas abusivas e no aumento da penalização por tais atos.

Ademais, foi elaborado um panorama das relações de consumo relativos ao transporte aéreo no Brasil, com suas normas, regulamentações e entendimentos jurídicos, aprofundando-se no conceito de *overbooking*, nas justificativas para tal prática pelas companhias aéreas e na responsabilização civil imposta às empresas que a praticam.

Tratou-se, então, especificamente da relação de consumo existente no fornecimento de serviços de transporte aéreo, com as conceituações de *no-show*, passageiros *full-fare*, *denied boarding* e do algoritmo *first come – first served* e análise sobre a justificativa econômica do *overbooking*, em que ficou evidente que não é tolerável que as companhias aéreas transfiram todo o risco e ônus do negócio relativo à capacidade de acomodação das aeronaves aos seus consumidores.

Além disso, foram analisadas as principais regulamentações e normas referentes à prestação de serviços aéreos, em que ficou claro que predomina o Código do Direito do Consumidor no aparente conflito de normas entre o CDC, o Código Brasileiro de Aeronáutica e a Convenção de Varsóvia de 1929 na regulamentação do transporte aéreo brasileiro.

Também foi examinado o regulamento acerca da prática do *overbooking* em si, considerando quais os principais entendimentos dos tribunais brasileiros sobre o tema. Dessa forma, ficou claro que além das indenizações administrativas elencadas na Resolução nº 400 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), as companhias aéreas que praticam o *overbooking* e, por causa dele, negam o embarque de alguns de seus passageiros devem e são responsabilizadas civilmente pelos danos causados.

Diante da evidente perda de tempo que a preterição de passageiros por conta do *overbooking* engendra e da necessidade de responsabilizar as transportadoras aéreas pelos danos causados aos seus consumidores, principalmente pela sua função pedagógico-reparadora, fazendo com que a prática deixe de ser economicamente e moralmente atraente às empresas, o

trabalho levanta a possibilidade de aplicação da teoria do desvio produtivo aos casos de *denied boarding*.

Para tanto, foi destacada a aproximação teórica da teoria com a responsabilização civil já aplicada às companhias aéreas pela prática de *overbooking* atualmente, de forma que o entendimento majoritário é de que há, sim, uma imensa perda de tempo pelos consumidores na prestação de serviços aéreos falha e de que é imprescindível que tal prática não passe impune pelo judiciário nacional.

Por fim, foram analisados diversos julgados dos tribunais do país em que a teoria criada por Marcos Dessaune foi aplicada aos casos de *overbooking*, de maneira que se concluiu que a teoria do desvio produtivo já encontra aplicação nos casos de preterição de passageiros, mas que esse entendimento não é uniforme em toda a jurisdição nacional e, na grande maioria das vezes, o dano temporal não é aplicado autonomamente, mas como um qualificador do dano moral.

Portanto, compreende-se a possibilidade de aplicação da teoria aos casos concretos, mas admite-se que há ainda muito a ser feito para uma efetiva proteção dos consumidores contra essa prática abusiva e para a devida tutela do tempo vital humano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

AMAZONAS. Lei nº 5.867, de 29 de abril de 2022. Reconhece o tempo do consumidor como bem de valor jurídico. Manaus, **AM: Diário Oficial do Estado do Amazonas**, 2022.

ANAC. **Resolução nº 400**, de 13 de Dezembro de 2016. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Publicado no Diário Oficial da União de 14 de dezembro de 2016, Seção 1, página 104. Retificada no Diário Oficial da União de 15 de dezembro de 2016, Seção 1, página 111.

BAHIA. TJBA - Segunda Câmara Cível. **Apelação nº 0000303-45.2014.8.05.0216**. Relatora: Desembargadora Lisbete Maria Teixeira Almeida César Santos. Salvador, 02 de agosto de 2016. Data de Publicação: 08 de agosto de 2016.

BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi da. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao compensation for injury as such. **civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020. p. 1-27. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-busca-pela-autonomia-do-dano/>>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BASTOS, Maria Aparecida Dutra. In: BRASIL. Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Teses Independentes. **XIII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor**, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.19.PDF. Acesso em: 15 abril 2019.

BENJAMIN, Herman. O transporte aéreo e o CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 31-37, 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, Diário Oficial da União, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.856/2022**. 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. Brasília, Diário do Senado Federal nº 194 de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Terceira Turma. **Recurso Especial nº 866.636/SP**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 29 de outubro de 2007. Data de Publicação: 06 de dezembro de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Primeira Turma. **Recurso Especial nº 910.794/RJ**. Relatora: Ministra Denise Arruda. Data de Julgamento: 21 de outubro de 2008. Data de Publicação: 04 de dezembro de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Quarta Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 810779 RJ 2006/0010102-2**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 28 de junho de 2011. Data de Publicação: 28 de junho de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Terceira Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 409045 RJ 2013/0341811-3**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data de Julgamento: 26 de maio de 2015. Data de Publicação: 29 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Terceira Turma. **Recurso Especial nº 0046222-53.2009.8.03.0001 AP 2014/0165496-1**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 14 de março de 2017. Data de Publicação: 21 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1634851 RJ 2015/0226273-9**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 12 de setembro de 2017. Data de Publicação: 15 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1737412/SE**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 05 de fevereiro de 2019. Data de Publicação: 08 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). – Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.929.288/TO**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 22 de fevereiro de 2022. Data de Publicação: 24 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Súmula n. 187**. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. **Tema 1240** - Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Convenção de Varsóvia, no que diz com a reparação por dano moral decorrente da má prestação de serviço de transporte aéreo internacional. Relatora: Min. Rosa Weber (Presidente). Data de Julgamento: 15 de dezembro de 2022. Data de Publicação: 03 de março de 2023.

BUERES, Alberto J. **Derecho de daños**. Buenos Aires, Hammurabi, 2001.

BUERES, Alberto J. Prefácio (Introducción). In: CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. **Teoría General de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

CALVO COSTA, Carlos A. **Daño resarcible**. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 8. ed. Cambridge, **Cambridge University Press**, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Il danno e il reato**. 2. Milão, CEDAM, 1930.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. e amp. São Paulo, Atlas, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 667, p. 7-16, mai. 1991.

DESSAUNE, Marcos. Desvio produtivo do consumidor. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2011.

DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor – O Prejuízo do Tempo Desperdiçado. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2011.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. Vitória, Edição Especial do Autor, 2017.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: um panorama. Rio de Janeiro, **Direito em Movimento**, v. 17, nº 1, p. 15 - 31, 1º semestre, 2019.

DISTRITO FEDERAL. TJDFT - Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. **Recurso Inominado Cível 0714673-73.2019.8.07.0016**. Relator: Juiz Carlos Alberto Martins Filho, 26 nov. 2019.

DISTRITO FEDERAL. TJDFT - Terceira Turma Recursal. **Recurso Inominado Cível nº 0744453-87.2021.8.07.0016**. Relator: Fernando Antonio Tavernard Lima. Distrito Federal, 25 de maio de 2022. Data de Publicação: 30 de maio de 2022.

FARIAS, Helio de Castro. No-show versus overbooking. **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**, n. 72, 1997.

FERRAZ, Renée Baptista; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. A Estratégia de Overbooking e sua Aplicação no Mercado de Transporte Aéreo Brasileiro. São Paulo, **Turismo em Análise**, v.19, n.1, maio de 2008, p. 103 - 124.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Preterição de passageiro à luz do código de defesa do consumidor. Brasília, **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 3, nº 1, p. 84 – 99, jan/jun. 2017.

FURUKAWA, Adriana Tayano Fanton. Responsabilidade civil contratual no transporte aéreo: hipóteses de não incidência à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (coordenadores). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, 2015. p. 139 - 168.

GAUER, Greta Correa. **Responsabilidade Civil aplicada ao transportador aéreo de passageiros nos Contratos de Prestação de Serviços**. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais) – Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

GOIÁS. TJGO - Quarta Turma Recursal dos Juizados Especiais. **Recurso Inominado nº 5264162-18.2021.8.09.0051**. Relatora: Fabíola Fernanda Feitosa de Medeiros Pitangui. Goiânia, 17 de maio de 2022. Data de Publicação: 17 de maio de 2022a.

GOIÁS. TJGO - Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais. **Recurso Inominado nº 5145996-28.2022.8.09.0007**. Relator: Fernando César Rodrigues Salgado. Anápolis, 09 de agosto de 2022. Data de Publicação: 09 de agosto de 2022b.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Texto rev., atual. e amp. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Il concetto di tempo**. Con una Postilla di Hartmut Tietjen. A cura di Franco Volpi. Milano, Adelphi Edizioni, 1998.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Rene Edney Soares. Dano moral e responsabilidade objetiva do fornecedor pela perda do tempo produtivo do consumidor. São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 106, p. 357-378, jul/ago., 2016.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro: é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 92, ano 23, mar./abr. 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Prefácio. p. 11-12- In: DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 7.ª ed. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no Direito Privado. In: GRUNDMAN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. **Direito Privado, Constituição e Fronteiras**. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo, RT, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BERGSTEIN, Laís. A valorização e a tutela do tempo do consumidor: a nova posição do STJ sobre responsabilidade do comerciante por vícios. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 997, p. 211-226, nov. 2018.

MARX, Karl. **O capital**. Livro Primeiro, Tomo 2. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe, São Paulo, Nova Cultural, 1996.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Contrato de transporte. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2014.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo, Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2016.

MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo, Atlas, 2006.

PARANÁ. TJPR - Nona Câmara Cível. **Apelação nº 1479077-7**. Relatora: Ângela Khury. Curitiba, 06 de outubro de 2016. Data de Publicação: 07 de outubro de 2016.

PEGORARO, Olinto Antonio. **Sentidos da história: eterno retorno, destino, acaso, desígnio inteligente, progresso sem fim**. Petrópolis, Vozes, 2011.

PIRES, Igor. Overbooking: entenda por que as companhias aéreas vendem mais passagens que o número de assentos. **Diário do Nordeste**. fev. 2023. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/opiniao/colunistas/igor-pires/overbooking-entenda-por-que-as-companhias-aereas-vendem-mais-passagens-que-o-numero-de-assentos-1.3338807>>. Acesso em: 28 ago. 2023.

RIO DE JANEIRO. TJRJ - Décima Segunda Câmara Cível. **Apelação nº 0184083-51.2020.8.19.0001**. Relator: Jaime Dias Pinheiro Filho. Rio de Janeiro, 06 de maio de 2021. Data de Publicação: 11 de maio de 2021.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS - Décima Segunda Câmara Cível. **Apelação Cível nº 0019293-24.2015.8.21.7000**. Relator: Guinther Spode. Porto Alegre, 27 de agosto de 2015. Data de Publicação: 28 de agosto de 2015.

SANTA CATARINA. TJSC - Primeira Turma Recursal. **Recurso Inominado nº 5012281-09.2022.8.24.0091**. Florianópolis, 15 de junho de 2023. Data de Julgamento: 15 de junho de 2023.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. Salvador, Juspodivm, 2015.

SÃO PAULO. TJSP - Oitava Câmara Extraordinária de Direito Privado. **Apelação nº 0022332-16.2010.8.26.0032**. Relator: Desembargador Fábio Podestá. Araçatuba, 08 de outubro de 2014. Data de Publicação: 15 de outubro de 2014.

SÃO PAULO. TJSP - Sétima Vara Cível. **Procedimento Comum Cível - Indenização por Dano Moral nº 1027388-23.2021.8.26.0001**. Juiz: José Carlos de França Carvalho Neto. São Paulo, 29 de novembro de 2021. Data de publicação: 29 de novembro de 2021.

SÃO PAULO. TJSP - Trigésima Sétima Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1027388-23.2021.8.26.0001**. Relator: José Tarciso Beraldo. São Paulo, 02 de março de 2022. Data de Publicação: 02 de março de 2022.

SÃO PAULO. TJSP - Segunda Vara do Juizado Especial Cível - Vergueiro. **Procedimento do Juizado Especial Cível - Indenização por Dano Moral nº 1003195-59.2022.8.26.0016**. Juiz: Daniel Torres dos Reis. São Paulo, 10 de janeiro de 2023. Data de Publicação: 10 de janeiro de 2023a.

SÃO PAULO. TJSP - Primeira Turma Cível. **Recurso Inominado nº 1003195-59.2022.8.26.0016**. Relator: Ronnie Herbert Barros Soares. São Paulo, 11 de julho de 2023. Data de Publicação: 11 de julho de 2023b.

SCHREIBER, Jean-Luis Servan. **Cómo dominar el tiempo**. Buenos Aires, Emecé, 1986. p. 112.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Da responsabilidade civil pela frustração do tempo disponível. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 968, p. 83-99, jun., 2016.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável? São Paulo, **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, p. 139-162, jul./set, 2015.

TARTUCE, Fernanda; COELHO, Caio Sasaki Godeguez. Reflexões sobre a autonomia do dano temporal e a sua relação com a vulnerabilidade da vítima. In: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (org.). **Dano temporal: o tempo como valor jurídico**. Florianópolis, Tirant lo Blanch, 2018.

VERBICARO, Dennis; QUARESMA, Gisany Pantoja. O dano temporal configurado no desvio produtivo do consumidor. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), vol. 7, n. 1. 2019.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil. Tradução: Paulo Cezar de Mello. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito Civil Contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo, Atlas, 2008.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños**. Tomo 2b: Daños a las personas, pérdida de la vida humana. 2a.ed., 2a. reimpr. Buenos Aires, Hammurabi, 1996.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. **Resarcimiento del daño moral**. Buenos Aires, Astrea, 2009.