

vol. 3

Coleção
DIREITOS & HUMANOS

Coordenador
MAURILIO CASAS MAIA

**O DANO TEMPORAL E
SUA AUTONOMIA NA
RESPONSABILIDADE CIVIL**

GUSTAVO BORGES
JOANA JUST VOGEL

Apresentação
MARCOS DESSAUNE

Prefácio
NELSON ROSENVALD

Posfácio
MAURILIO CASAS MAIA

**O DANO TEMPORAL E
SUA AUTONOMIA NA
RESPONSABILIDADE CIVIL**

vol. 3

Coleção
DIREITOS & HUMANOS

Coordenador
MAURILIO CASAS MAIA

O DANO TEMPORAL E
SUA AUTONOMIA NA
RESPONSABILIDADE CIVIL

GUSTAVO BORGES
JOANA JUST VOGEL

Apresentação
MARCOS DESSAUNE

Prefácio
NELSON ROSENVALD

Posfácio
MAURILIO CASAS MAIA





Belo Horizonte | **São Paulo**
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2021, D'Plácido Editora.

Copyright © 2021, Gustavo Borges.

Copyright © 2021, Joana Just Vogel.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

Editor Chefe Plácido Arraes

Editor Tales Leon de Marco

Produtora Editorial Bárbara Rodrigues

Capa, projeto gráfico Nathalia Torres
Imagem por Ivan Samkov via Pexels

Diagramação Nathalia Torres

Catálogo na Publicação (CIP)

Borges, Gustavo
B732 O dano temporal e sua autonomia na responsabilidade civil / Gustavo Borges, Joana Just Vogel ; apresentação Marcos Dessaune; prefácio Nelson Rosenvald ; posfácio Maurílio Casas Maia ; coordenador da coleção Maurílio Casas Maia. - 1. ed. - Belo Horizonte, São Paulo : D'Plácido, 2021.
188 p. - (Direitos & humanos; v. 3)

ISBN 978-65-5589-289-5

1. Direito. 2. Direitos humanos. I. Vogel, Joana Just. II. Dessaune, Marcos. III. Rosenvald, Nelson. IV. Maia, Maurílio Casas. V. Título. VI. Série.

CDDir: 323.4

Bibliotecária responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Primeiramente, quero agradecer àquele que tem sido meu grande parceiro de aventuras acadêmicas, grandes debates teóricos, mesmo à distância, Maurílio Casas Maia, tens minha admiração e agradecimento, meu amigo, pela paciência, por tudo.

Agradeço ao curso de Graduação em Direito da UNESC, muito especialmente, ao Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Júnior (*in memoriam*), por proporcionar a produção de conhecimento científico neste espaço, pela amizade e pelos memoráveis ensinamentos que levarei para a vida toda.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNESC) que é um espaço crítico de produção científica e intelectual, que me permite aprender mais a cada dia.

Especialmente a Joana Vogel, que demonstrou enorme dedicação durante o período em que a orientei, pelos excelentes momentos que me proporcionou como professor orientador, meu muito obrigado.

Gustavo Borges

Ao Pai Celestial, que ilumina, sem cessar, a minha caminhada. Aos meus pais, Luciano e Gisele, que são meu alicerce, meu porto seguro. Ao meu irmão Eduardo e a minha pequena Stella, meus companheiros na jornada da vida. Ao meu avô que, recentemente, tornou-se a estrela mais especial do céu. Ao meu querido professor Gustavo Borges, que, com excelência, compartilhou comigo a feliz oportunidade de confeccionar a presente obra. A eles, todo meu carinho e minha gratidão.

Joana Just Vogel

Sobre a coleção

Coleção D&H é uma coleção multidisciplinar com volumes essenciais às bibliotecas jurídicas que se propõem atualizadas, por reunir obras com abordagens inovadoras e inéditas nas mais diversas áreas do Direito e em matérias afins, tais como Sociologia e Psicologia do Direito. A coleção possui especial ênfase nas pesquisas envolvendo Direitos Humanos e também problemas jurídicos cotidianos enfrentados pelos estudiosos e intérpretes do Direito. Assim, a proposta desse conjunto de livros é trazer ao leitor escritos que, antes de tudo, reconheçam o Direito como produto humano e para a promoção de bem do ser humano, buscando a humanização da Ciência Jurídica.

Maurilio Casas Maia
Coordenador da Coleção

Sumário

Prefácio	15
por Nelson Rosenvald	
Apresentação	21
por Marcos Dessaune	
Introdução	25

PARTE I

O dano como elemento da responsabilidade civil

1. Conceito e requisitos dos Danos	31
1.1. Conceito de Dano	31
1.2. Requisitos do Dano	33
2. Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais	37
2.1. Danos Patrimoniais.....	37
2.1.1. Danos emergentes.....	38
2.1.2. Lucros cessantes	39

2.1.3. Perda de uma chance	39
2.2. Danos Extrapatrimoniais	41
3. Evolução teórica da categorização dos Danos no direito brasileiro.....	43
3.1. Dano Moral: conceito, funções e características.....	45
4. As novas espécies de Dano no direito brasileiro.....	51

PARTE II

O tempo como valor jurídico a ser tutelado

5. Considerações sobre o instituto do tempo e seu conceito.....	63
5.1. O tempo na sociedade moderna	77
5.2. A Importância do Tempo para o indivíduo na Sociedade Pós-Moderna.....	80
5.3. A relevância do tempo para o direito e a sua construção teórica.....	91
5.4. Características jurídicas do tempo.....	97
6. Dano Temporal e a tutela do tempo.....	103
6.1. Contornos terminológicos do Dano Temporal.....	110
6.2. A recepção acadêmica da discussão da tutela do tempo.....	111
6.3. A tutela do tempo e a legislação brasileira.....	115
7. Autonomia do Dano Temporal em relação ao Dano Moral e sua aplicação.....	119
7.1. Autonomia do Dano Temporal.....	119

7.2. Cumulação do Dano Temporal.....	140
7.3. Quantificação do Dano Temporal.....	149
7.4. A autonomia do Dano Temporal e a recepção pelo Judiciário.....	152
7.4.1. Decisão envolvendo o Dano Temporal.....	152
7.4.1.1. <i>Diálogo entre a sentença de Jales/SP e a sentença inédita de Maués/AM que reconheceu expressamente a autonomia do dano temporal em relação ao dano moral.</i>	153
7.5. Um diálogo com o princípio da vertebração.....	155
Conclusão.....	157
Referências.....	161
Posfácio.....	179
por Maurílio Casas Maia	
Sobre os autores.....	185

Prefácio

por Nelson Rosenvald

Agradeço aos coautores Gustavo Borges e Joana Just Vogel pela gentileza do convite para prefaciar o livro intitulado “Dano temporal e sua autonomia na responsabilidade civil”. Antes de sequer folhear os originais, tive imediata simpatia pela obra em razão da parceria que lhe confere identidade. Gustavo, Professor e Pós-Doutor pela UNISINOS se une a Joana, sua ex-aluna na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). O fato é que em tempos tão rápidos não podemos nos encastelar no conhecimento outrora colhido. A melhor forma de oxigenação do saber jurídico consiste em dialogarmos com nossos melhores discípulos. Mais do que nunca se aplica a conhecida lição de Guimarães Rosa: “Mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende”.

No Brasil, tradicionalmente a denominação “danos extrapatrimoniais” significa a mesmíssima coisa que danos morais. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos V e X, bem como o art. 186 do Código Civil, emprega a expressão “danos morais” para se referir a todas as espécies de danos não patrimoniais. Assim, em nosso país não se verifica a mesma flutuação terminológica que em França, “préjudice moral”, Espanha, “daño moral”, Itália, “danno non patrimoniale”, e nos países anglo-saxônicos, “non pecuniary losses”.

Reconhecemos a forte carga semântica da expressão “dano moral” – que se presta pela sua amplitude a uma polissemia. A expressão dano moral não apenas é consagrada no texto constitucional, como também em nossa tradição e cultura jurídica, tendo sido ela uma das principais facetas de afirmação da dignidade da pessoa humana no direito civil, chegando ao ponto de ser a ela vinculada conceitualmente. Há críticas na doutrina quanto a esta equipolência. Cometa-se que a tradicional classificação bipartida, da reparabilidade do dano como patrimonial ou moral, estaria esgotada e que resultaria inapta para alcançar soluções justas em numerosas situações da vida real. Por tal motivo, propõe-se a incorporação de novas categorias de danos, com evidente refinamento e detalhamento conceitual e terminológico.

Confesso que até 2019, defendia que a distinção entre danos extrapatrimoniais e danos morais poderia apenas fazer sentido em países como a Itália que possuem sistemas fechados (típicos) de reparação, que somente admitem a compensação do dano extrapatrimonial de forma estreita, ou seja, nos casos expressamente regulamentados pelo legislador. Tais contenções advindas da opção pela técnica regulamentar impeliram a doutrina e tribunais a buscarem por válvulas de escape que permitiriam a mitigação da rigidez legal e das injustiças que certamente surgiriam da impossibilidade de associar determinadas ofensas à dignidade humana a uma tutela pelo ordenamento jurídico.

Justamente por essa diversidade com o direito italiano, considerava que em nosso ordenamento a alusão a outras categorias de danos extrapatrimoniais seria desnecessária, já que vivemos em um sistema aberto que conta com as cláusulas gerais de danos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Não valeria a pena modificar um sistema “bipolar” que bem caminha dentro de nossa cultura e experiência, para incorporar formas autônomas de danosidade que nada acrescentariam ao sistema jurídico, a não ser a insegurança

jurídica decorrente de uma desordem conceitual inerente à proliferação de múltiplas categorias desconexas e de difícil harmonização – ensejando a possibilidade de repetida reparação dos mesmos danos –, além da própria desvalorização do significado do dano extrapatrimonial.

Contudo, o “tempo” atropela as convicções. A reforma trabalhista (lei 13.467/17) inseriu o Título II-A à CLT, introduzindo o art. 223-B, explicitamente outorgando ao dano extrapatrimonial a condição de gênero, tendo como espécies o dano moral e o existencial. A partir do momento em que o legislador expressamente conduz o dano extrapatrimonial a uma posição prioritária e autônoma no campo da tutela do ser humano, já não é mais possível manter a percepção unívoca e monopolista do dano moral.

Assim, servirmo-nos desse prefácio para a defesa de uma tipologia mínima do dano extrapatrimonial, partindo da premissa de que, mesmo na realidade de nosso sistema jurídico aberto – com espeque na cláusula geral do art. 186 do CC – já não é mais possível sustentar a sinonímia de dano moral e extrapatrimonial. A experiência revela que o princípio da reparação integral é ultrajado, diante da consideração genérica do dano moral em uma heterogeneidade de situações, sem o menor cuidado com a especificação sobre exatamente quais danos extrapatrimoniais são objeto de uma certa decisão. Ademais, a simples invocação de expressões genéricas, sem que se outorgue apropriados contornos e argumente-se por quais motivos o seu emprego é pertinente no caso concreto, não constitui razão válida para fundamentar uma sentença (art. 489, CPC).

Para superar a abordagem tradicional do direito brasileiro pela qual dano moral e dano extrapatrimonial se equivalem – tal como dois lados de um mesmo quadrado –, doravante, para o direito civil pátrio passei a sustentar a existência de um gênero, o “dano extrapatrimonial”, dividido em 4 espécies, quais sejam: dano à imagem; dano estético; dano existencial e dano moral.

A esta altura, surpreso, o leitor poderia questionar: onde se encontra o dano temporal?

Paradoxalmente, este livro encaixa perfeitamente em minha proposta. Jamais pretendi delinear uma classificação exaustiva, pois diferentes modelos fatalmente se estabelecerão ao longo de tempo, sem que isto afete a conceituação do dano extrapatrimonial como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. Esta abrangência conceitual para o “novo” propicia três vantagens: a) abre ao magistrado espaço para a ponderação de bens conforme as peculiaridades de cada lide permitindo que a fundamentação constitua a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar em um ou outro sentido; b) permite que a doutrina conceba critérios objetivos para orientação judicial face às inevitáveis tensões entre direitos fundamentais; c) oxigena a cláusula geral do artigo 186 do Código Civil, tornando-a permeável aos influxos de consistentes argumentos que densificam normas constitucionais, tais como a indenização por omissão de cuidado nas relações familiares (art. 226, CF) e o dano derivado do direito ao esquecimento na sociedade de informação (Art. 220. § 1, CF).

Como o bem jurídico “tempo” me foi impiedosamente escasso em 2020, tive a fortuna de ler a apresentação de Marcos Dessaune e o Posfácio de Maurílio Casas Maia. Tal como Gustavo Borges, ambos são autores de publicações pioneiras sobre a temática abordada. Quem não seria capaz de concordar com Marcos quando afirma que o tempo é o “bem jurídico mais valioso de que cada ser humano dispõe em sua existência – possivelmente só comparável à sua saúde física e mental, que são bens jurídicos distintos embora igualmente valiosos e indispensáveis para que se possa gozar plenamente o primeiro”? Como não aderir a asserção de Maurílio quanto a necessidade de “proteção do tempo humano que, ao fim e ao cabo, é muito além de dinheiro – é vida, liberdade e dignidade”.

O grande mérito do trabalho de Gustavo e Joana consiste em aceitar o desafio – diante da própria vagueza semântica das cláusulas gerais –, de selecionar o dano temporal como verdadeiro interesse existencial merecedor de tutela, através de ponderados argumentos, de forma a evitar a “guerra de etiquetas” e uma precipitada proliferação de danos reparáveis, que, se não contida pelo próprio direito privado, culmina por implodir o próprio sistema compensatório do dano extrapatrimonial. Os autores oferecem consistente justificação quanto à possibilidade de indenização da usurpação indevida do tempo, tratando-se de valor jurídico a ser tutelado na sociedade contemporânea. Situa-se o dano temporal como autônomo em relação aos demais danos, sobretudo pela desnecessidade de caracterização da dor, do amargor, da direta ofensa à honra ou até de qualquer consequência econômica e até mesmo a inviabilidade de se provar o dano decorrido da usurpação indevida do tempo, ou seja, a dispensabilidade da prova da atividade que teria sido realizada no período improdutivo. A final, “o tempo que você gosta de perder não é tempo perdido” (Bertrand Russel).

É inquestionável que avulte a discussão quanto a lesão ao tempo. Inicialmente tido como grandeza física, converteu-se em bem jurídico inestimável e escasso. Se antes o tempo influenciava outras situações jurídicas, como a prescrição, usucapião e o fenômeno da *supressio* dentro da teoria do abuso do direito, hoje o tempo, em si, passou a ser objeto de tutela autônoma: Por vezes consiste na própria prestação principal de uma relação obrigacional (v.g. sedex), como em outras circunstâncias se especifica dentre os deveres anexos emanados da boa-fé objetiva (v.g. a expedição de diploma). Na jurisprudência, o tempo é objeto de demandas autônomas, como na espera por atraso de voo ou mesmo, incidentalmente, como adicional pelo agravamento da própria causa da pretensão, tal como na indevida negativação, em que o demandado demora para sanar a falha, majorando-se

o *quantum*. Na confluência entre o dano e tempo, o dano temporal se traduz em violação à liberdade da vítima, com omissão do dever de solidariedade pelo ofensor, consistente na supressão injustificada de escolhas existenciais próprias de cada pessoa a seu direito ao tempo livre, independentemente de uma específica “produtividade”.

Parabenizo Gustavo e Joana pelo oferecimento ao público de um importante contributo para a afirmação do dano temporal na responsabilidade civil, independentemente de previsão legal. Mesmo aqueles que, como eu, (ainda) não tiveram a convicção da autonomização de mais uma modalidade do dano extrapatrimonial, terão a partir de agora novos elementos para desafiar as suas convicções, ou então – pela sinceridade do elevado debate jurídico, – razões suficientes para fortalecer argumentos contrários. Uma coisa é certa: já não se pode mais ignorar a *fattispecie* do dano temporal.

Belo Horizonte, Natal de 2020.

Nelson Rosenvald

Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-Doutor em Direito Civil na Università Roma Tre (IT-2011). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO-2017). Visiting Academic na Oxford University (UK-2016/17). Professor Visitante na Universidade Carlos III (ES-2018). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC). Fellow of the European Law Institute (ELI). Member of the Society of Legal Scholars (UK). Professor do corpo permanente do Doutorado e Mestrado do IDP/DF.

Apresentação

por Marcos Dessaune

Não sendo um membro formal da Academia, recebi com alegria e alguma surpresa o convite para escrever esta Apresentação do livro *Dano Temporal e sua autonomia na Responsabilidade Civil*, da lavra do Professor Doutor Gustavo Borges e da jovem jurista Joana Just Vogel, sua ex-aluna na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

Após alguma hesitação inicial, percebi que a convocação a mim dirigida representava, na realidade, uma honraria para um autor que se criara na práxis da advocacia e, ao ser instado a preludiar e a exaltar a publicação de uma nova obra germinada no âmago da Academia, via-se indiretamente homenageado por ela nas pessoas dos seus ilustres autores. Portanto a única resposta admissível, diante daquela inesperada distinção, era aceitar o encargo.

A razão do convite invulgar, que me levaria ao (re)encontro com os acadêmicos Gustavo Borges e Joana Vogel, assenta-se no fato de que a *tutela jurídica do tempo da pessoa humana*, surgida a partir dos meus modestos e despreziosos estudos consumeristas iniciados nos idos de 2005, ter se tornado, na atualidade, um dos temas de maior interesse dos jovens acadêmicos, como Joana Vogel, ao lado do seu crescente destaque na jurisprudência e na doutrina brasileiras, como nas lições do Professor Gustavo Borges.

Nesta bem erigida obra, é preciso salientar que os autores perceberam aquilo que Fernando Noronha (2013) chamara de

“tradicional confusão” entre danos extrapatrimoniais e danos morais presente em praticamente todos os autores reputados como “clássicos nesta matéria”, sustentando neste estudo, por conseguinte, a necessidade de se fazer a distinção “entre dano moral em sentido amplo e dano moral em sentido estrito”.

Logo Borges e Vogel defendem que “o dano temporal deve ser considerado como autônomo em relação aos demais danos, sobretudo ao dano moral, [...] até porque, ao enquadrá-lo como dano moral, corre-se o risco de dar ao tempo – o suporte indispensável ao exercício e à manifestação da personalidade de cada indivíduo – valor consideravelmente inferior ao que de fato ele, por si só, possui.”

Estão certos os autores! Quando desenvolvi a primeira versão da tese do *Desvio Produtivo do Consumidor*, lançada em livro no ano de 2011 pela Editora Revista dos Tribunais (RT), ainda não existia a nomenclatura “dano temporal”. Por essa razão, ao elaborar a obra primitiva *Código de Atendimento ao Consumidor (CAC)* a partir de 2005, criei a expressão “desvio produtivo do consumidor” para denominar o fenômeno socioeconômico que então se desvelava para mim, o qual, na primeira versão da minha tese ainda incipiente, eu entendia representar um “novo e relevante dano” distinto do dano moral clássico.

Alguns anos depois, novos estudos levaram-me à *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor* – que veio a lume em 2017 –, na qual concluí que, na realidade, o desvio produtivo tem natureza jurídica de “fato ou evento danoso” e acarreta, necessariamente, um “dano extrapatrimonial de natureza existencial” pela lesão ao tempo vital e às atividades existenciais do consumidor, podendo ainda lhe causar outros danos. Em outras palavras, um evento de desvio produtivo tem potencial para gerar danos diversos e autônomos para o consumidor.

Na perspectiva da melhor doutrina contemporânea, a lesão antijurídica ao tempo que dá suporte à vida, enquanto esfera do desenvolvimento da personalidade humana, caracteriza o dano temporal ou moral *lato sensu*, ao passo que a lesão

antijurídica às atividades existenciais da pessoa consumidora, destacando-se o estudo, o trabalho, o descanso, o lazer, o convívio social e familiar, configura o dano existencial.

Considerando, de um lado, que a vida humana dura certo tempo e se constitui das próprias atividades existenciais que nela se sucedem e, de outro, que elaborei a Teoria aprofundada com base em institutos jurídicos à época consagrados – como o “dano existencial” de origem italiana aplicado desde 2013 pela jurisprudência brasileira –, passei a sustentar que um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um dano existencial.

Mas ao fim e ao cabo, Borges, Vogel e eu estamos implicitamente de acordo que um evento de desvio produtivo do consumidor provoca um dano temporal (ou existencial) que deve ser considerado como autônomo em relação aos demais danos que podem advir do mesmo evento danoso, especialmente o dano moral em sentido estrito. Afinal o que estamos a defender é que o *tempo*, enquanto recurso produtivo limitado que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida das pessoas, é o bem jurídico mais valioso de que cada ser humano dispõe em sua existência – possivelmente só comparável à sua saúde física e mental, que são bens jurídicos distintos embora igualmente valiosos e indispensáveis para que se possa gozar plenamente o primeiro.

Portanto saúde aos autores para que, ao longo da sua existência, possam colher os merecidos frutos desta obra!

Vitória/ES, 27 de outubro de 2020.

Marcos Dessaune
Advogado, consultor e autor da Teoria do Desvio
Produtivo do Consumidor e do Customer
Service Code / Código de Atendimento ao
Consumidor (CSC-CAC-2020)

“O grande mérito do trabalho de Gustavo e Joana consiste em aceitar o desafio – diante da própria vagueza semântica das cláusulas gerais –, de selecionar o dano temporal como verdadeiro interesse existencial merecedor de tutela, através de ponderados argumentos, de forma a evitar a “guerra de etiquetas” e uma precipitada proliferação de danos reparáveis, que, se não contida pelo próprio direito privado, culmina por implodir o próprio sistema compensatório do dano extrapatrimonial. Os autores oferecem consistente justificação quanto à possibilidade de indenização da usurpação indevida do tempo, tratando-se de valor jurídico a ser tutelado na sociedade contemporânea.”

NELSON ROSENVALD

