



O dano da privação do uso e sua configuração no Direito (parte 3)

04/09/2017

Nesta terceira parte [*clique para ler as partes 1 e 2*], o dano da privação do uso será tratado dentro da perspectiva do Direito nacional. De modo mais específico, será feito um breve – e, certamente, incompleto – apanhado de situações pontuais em que o Direito nacional tutela a privação do uso, seguido de uma menção às principais manifestações encontradas na doutrina. Por fim, serão verificadas as principais soluções que jurisprudência encontra para solucionar os problemas daí decorrentes, seguindo-se brevíssimas conclusões.

Análise tópica da privação do uso

A privação do uso é reconhecida de modo difuso – e por vezes com outros nomes – em situações particulares do direito nacional. Não se pretende, com a enumeração que se fará de casos particulares, extrair uma regra genérica, mas apenas ressaltar que a ideia de uma indenização pela simples frustração das vantagens que o uso de uma coisa pode nos proporcionar não é estranha ao nosso direito.

Talvez o exemplo mais recorrente – e talvez o menos evidente – de indenização pela privação do uso resida na cobrança de juros. Quer sejam moratórios, quer remuneratórios, a função precípua dos juros está em satisfazer os prejuízos sofridos por aquele que se vê privado de seu capital[1].

Também em casos de desapropriação, é firme o entendimento doutrinário e jurisprudencial de ser cabível a fixação de juros moratórios sobre o valor da indenização, incidentes desde a imissão na posse, em razão da privação da posse sofrida provisoriamente[2]. Nas chamadas desapropriações indiretas, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que os juros compensatórios (devidos pela privação do uso) incidem desde a efetiva ocupação[3].

O uso exclusivo de coisa comum – quer decorra de condomínio[4] ou de mancomunhão[5] – tem sido reconhecido como fonte de privação do uso. Também nos casos de financiamento imobiliário inadimplido, o Decreto Lei 70/66 (artigo 38) e a Lei 9.514/97 (artigo 35-A), trazem disposições prevendo o pagamento de indenização do proprietário do imóvel pelo devedor inadimplente que ali permanece indevidamente. Ainda é possível citar os casos de retenção indevida de imóvel por funcionário público, em que já se reputou devida a indenização pela privação do uso[6] concomitantemente com a multa a que alude a Lei 8.025/90, artigo 15, I, a, e a de indenização por turbação ou esbulho (CC, artigo 952) e do aluguel-pena na locação (CC, artigo 582) e no comodato (CC, artigo 575).

A única referência expressa, no entanto, encontra-se no artigo 276, III do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86): “Constituem danos de abalroamento, sujeitos à indenização: (...) os prejuízos decorrentes da privação de uso da aeronave abalroada”. Esta norma tem sua origem próxima ligada ao revogado Código Brasileiro do AR (Decreto Lei 32/66), cujo artigo 130 reputava indenizáveis “os danos decorrentes da privação do uso normal da aeronave abalroada,

correspondente aos lucros cessantes”. Embora não se tenha localizado doutrina ou jurisprudência específica sobre o assunto, a supressão da expressão “lucros cessantes” no atual diploma não deixa de chamar atenção, pois parece indicar um reconhecimento legal de que a privação do uso é capaz de gerar dano mesmo quando a hipótese de lucros cessantes não se faça presente.

Manifestações da doutrina brasileira

Muito pouco se encontra sobre a questão da privação do uso no plano doutrinário nacional.

Pontes de Miranda diz brevemente que “o dano pode ser só ao uso do bem, restrito ao patrimônio do possuidor ou do tenedor; ou ao uso e à propriedade”[7].

Dentre os manuais, Maria Helena Diniz diz constituírem “danos patrimoniais a privação do uso da coisa”[8].

Em texto publicado originariamente na Revista do Advogado, José Maurício Conti defende a possibilidade de indenização da privação do uso de um automóvel, qualificando-o como uma espécie de dano extrapatrimonial[9].

Araken de Assis, em estudo sobre o dano na resolução do contrato, admite a possibilidade de indenização pela privação do uso (sem prejuízo da devolução da coisa) ao vendedor que não recebe o preço, assim como ao comprador que o tendo pago, não recebe a coisa prometida[10], posição secundada, por Arnaldo Rizzardo[11].

Dedicam um pouco mais de espaço ao tema o livro sobre lucros cessantes de Gisela Sampaio da Cruz Guedes[12] e o texto de Francisco Paulo de Crescenzo Marino sobre perdas e danos publicado como capítulo de livro sobre obrigações[13]. Ambos situam a privação do uso como um dano material que não se confunde com lucros cessantes.

Por fim, há que se fazer referência a dois artigos acadêmicos – os únicos que se conseguiu localizar na doutrina nacional – que versam diretamente o tema da privação do uso. São os trabalhos de Aline de Miranda Valverde Terra[14] (que entende não ser possível a privação pura do uso e propõe que estas situações, quando possível, sejam resolvidas por meio da tutela restitutória do enriquecimento por intervenção) e Rodrigo da Guia Silva[15] (que, em sentido inverso, entende ser a privação pura do uso indenizável, sugerindo como fundamento a noção de dano injusto).

Manifestações da jurisprudência

Dentre as decisões que de algum modo reconhecem a possibilidade de se indenizar a privação do uso contemplam-se, principalmente, quatro soluções.

Parcela significativa das decisões considera a privação do uso como um dano extrapatrimonial (ou moral). O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já mandou indenizar o dano moral por privação do uso (a) automóvel que ficou por mais de 90 dias no conserto sem justificativa plausível[16] ou (b) por falta de peça para conserto[17], (c) de imóvel residencial em decorrência de vazamento de gás em obra da construção do Rodoanel Mario Covas[18] ou (d) em razão de proibição do síndico de que os proprietários acessassem sua unidade condominial

[19]. Como já se teve a oportunidade de ressaltar na [parte 2 desta coluna](#), é admissível, em tese, que a privação do uso acarrete, além de dano patrimonial, um dano moral. O erro constitui em considerar que o problema da privação do uso resume-se a indenizações por dano moral[20]

Outra parte da jurisprudência procura indenizar a privação do uso como hipótese de lucros cessantes. Tais decisões são comuns em demandas envolvendo atraso na entrega de imóvel residencial vendido na planta. Há farta jurisprudência do STJ[21] dando interpretação ampla à expressão “aquilo que razoavelmente deixou de lucrar”, chegando-se a falar mesmo em “lucros cessantes presumidos” [22] ou de que sua existência dispensaria prova em razão da experiência comum[23]. A grande proximidade entre a privação do uso (em sua forma pura) e os lucros cessantes que, talvez, explique, em parte, a confusão que se faz. Ambos decorrem da supressão das vantagens proporcionadas por um bem e se projetam para o futuro, mas, enquanto os lucros cessantes consistem na frustração da percepção de ganhos, a privação do uso frustra a percepção do gozo apenas.

Menos frequentes, são as decisões que reputam a privação do uso como hipótese de enriquecimento sem causa[24]. Os problemas deste caminho estão no fato de que o enriquecimento sem causa (a) por pertencer ao direito restitutório não se presta propriamente a indenizar, mas recompor certas flutuações patrimoniais indesejadas pelo direito e (b) não indenizaria hipóteses em que a privação do uso pela vítima não importou a percepção de vantagem pelo responsável.

Por fim, encontram-se as decisões que reputam a privação do uso como um dano patrimonial autônomo, na linha do que se defendeu aqui. Exemplos desta posição são os julgados da lavra dos desembargadores Luiz Fernando Sales Rossi[25] e Francisco Eduardo Loureiro, ambos do TJ-SP. Como já afirmou o último “o uso ou fruição de uma unidade autônoma não constitui fato imaginário, mas concreto e altamente provável. Justo, portanto, que a ré indenize [o autor] por todo o período [de atraso]”[26].

Conclusões

Embora não seja captável pela fórmula da diferença patrimonial, a privação do uso de um bem importa a supressão do exercício de um direito (e das vantagens que isso proporciona) por parte de seu titular que não pode ser tolerada pelo direito. Limitar a resposta a tutelas que impeçam ou removam o obstáculo que impede a utilização ou à reparação in natura de forma imediata é pouco, pois deixaria sem solução um imenso número de casos em que tais soluções ou não são possíveis ou vêm de fora serôdia. Consiste, também, equívoco indenizar a privação do uso com recurso a figuras como a do dano moral, dos lucros cessantes ou enriquecimento sem causa.

Trata-se de um dano patrimonial autônomo e a frequência com que as hipóteses de privação do uso ocorrem já bastaria para que a doutrina e a jurisprudência passassem a dar maior atenção e melhor trato ao tema. Espera-se que esta coluna tenha contribuído para isso.

“Post scriptum” 1

[Recente decisão \(ainda não publicada\) do STJ](#) revela o que talvez possa ser o início de um

movimento daquela corte em abandonar a tese dos lucros cessantes para indenizar a privação do uso. O tema principal do julgado é a perda superveniente de interesse em postular a abatimento de preço contrato de compra e venda de imóvel quando o vício que fundamentava o pedido (impossibilidade de utilização da laje de uma cobertura), veio a ser afastado em razão de ulterior alteração da legislação municipal. O ministro Felipe Salomão, no entanto, ressaltou que embora já não lhe caiba direito à redução do preço, “a parte poderá pleitear eventual indenização pelos danos materiais decorrentes do período em que acabou ficando impedido de exercer seu direito de uso, gozo e fruição da laje”.

“Post scriptum” 2

No dia 31 de agosto, em julgamento de IRDR, [o TJ-SP aprovou cinco novas teses sobre demandas envolvendo compromissos de compra e venda de imóvel](#). A tese 5 consagra a privação do uso como um dano autônomo, que não se confunde com os lucros cessantes. Seu texto é: “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso será obtido economicamente pela medida de um aluguel, que pode ser calculado em percentual sobre o valor atualizado do contrato, correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”.

[1] Nas palavras de Marcelo José Tossi da Silva (SILVA, José Marcelo Tossi. Juros legais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). Obrigações. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 686-730, p. 687) juros correspondem à “remuneração paga àquele que, voluntariamente ou não, fica privado da posse direta de seu capital”. Pontes de Miranda também salienta a estreita relação entre o uso do dinheiro e os juros ao conceituar os últimos como “remuneração em fração da quantidade devida, prestável periodicamente, pelo uso do que se recebeu em dinheiro ou coisa fungível” (Tratado de Direito Privado. Tomo XXII, §2.887, 1). Em igual sentido Arnold Wald conceitua juros como “rendimento do capital, preço do seu uso, preço locativo ou aluguel do dinheiro”, mas lhe acrescenta a função de “prêmio pelo risco ocorrido decorrente do empréstimo” (WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 131). Também Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Obrigações. 10 ed. Atualizador Humberto Theodoro Júnior. Forense: Rio de Janeiro, 1995, p. 172) afirma que “[a] privação de um capital em consequência do retardamento na sua entrega ocasiona prejuízo que se apura facilmente pela estimativa de quanto renderia, em média, se já estivesse em poder do credor”. José Carlos Moreira Alves, em voto proferido no julgamento do RE RE ‘90.656, (j. 01.06.1980, DJU 26.09.1980) afirmou que o único fundamento da cobrança de juros está na “privação do uso de elemento que integra o patrimônio de alguém”.

[2] “Juros compensatórios são os devidos pelo expropriante ao expropriado, a título de compensação pela perda antecipada da posse que este haja sofrido.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 903). O entendimento, porém, não é unânime; Carlos Alberto Dabus Maluf (MALUF, Carlos Alberto

Dabus. Teoria e prática da desapropriação. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015., p. 224) considera que os os juros moratórios devidos em caso de desapropriação representam frutos civis que visam evitar o locupletamento ou enriquecimento sem causa por parte do ente expropriante.

[3] “Os juros compensatórios, na desapropriação indireta, incidem a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização corrigido. (Súmula 114, STJ).

[4] “Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do artigo 1.319 do CC/2002. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 983.450/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.02.2010, DJ 10.02.2010, RDDP, vol. 85, p. 134).

[5] Ver RABELO, Manoel Alves; RANGEL, Rafael Calmon. Do arbitramento de aluguéis pelo uso exclusivo da coisa comum pelos cônjuges companheiros. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 58, p. 281-292, abr./jun. 2014.

[6] Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp 999.389, Rel. Min. Castro Meira, j. 12.08.2008, DJe 02.09.2008.

[7] Tratado de Direito Privado. Tomo XXII. § 5.519, 2.

[8] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7, p. 51.

[9] CONTI, José Mauricio. Direito do consumidor: indenização por veículo parado em concessionária. Revista do Advogado, n. 49. São Paulo, p. 47-54, 1996

[10] ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato. Ajuris, Porto Alegre, v. 60, p. 121-128, 1994, p.128.

[11] RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.485.

[12] GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- [13] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). Obrigações. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 653-685.
- [14] TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 9, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6753/3850>>. Acesso em: 28 ago.2017.
- [15] SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 25, v. 107, p. 89-122, set./out. 2016.
- [16] Tribunal de Justiça de São Paulo, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Apelação 0013527-90.2008.8.26.0405, rel. Des. José Malerbi, j. 20.05.2013.
- [17] Tribunal de Justiça de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0023210-26.2013.8.260196, rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 24.02.2016.
- [18] Tribunal de Justiça, Quarta Câmara de Direito Privado, Apelação 0028530-61.2003.8.26.0405, rel. Des. Milton Carvalho, j. 16.05.2013.
- [19] Tribunal de Justiça de São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Apelação 0046790-93.2009.8.26.0562, rel. Des. Rui Cascaldi, j. 30.04.2013.
- [20] Essa fuga para o dano moral não chega a ser uma novidade e nem parece ser algo restrito ao problema do dano da privação do uso. Ao analisar as primeiras decisões da Justiça brasileira sobre perda de chance, Rafael Peteffi da Silva observou que “[...] alguns julgados parecem estar confundindo as hipóteses em que a perda de uma chance deve ser considerada como integrante da categoria de danos extrapatrimoniais com as hipóteses em que a chance perdida é um dano com evidente valor de mercado e, portanto, de natureza patrimonial [...]”, fenômeno que atribui “[...] dificuldade de quantificação de danos patrimoniais representados pela perda de uma chance” (SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 196-197).
- [21] Terceira Turma, REsp 644.984, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 16.08.2005, DJU 05.09.2005, p. 402). Terceira Turma, REsp 137.510, rel. Min. Ary Pargendler, j. 13.08.2001, DJU 01.10.2001, p. 203). Quarta Turma, AgRg no Agravo em Recurso Especial 689.362, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 16.06.2015, DJe 22.06.2015. Quarta Turma, EDcl no AREsp 356.269, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 02.06.2015, DJe 08.06.2015; Quarta Turma, AgRG no AREsp 676.571, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j.28.05.2015, DJe 05.05.2015; Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.08.2015, DJe 25.08.2014; Terceira Turma, AgRg no Ag



1.319.473, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25.06.2013, DJe 02.12.2013; Terceira Turma, REsp 1.355.554, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.12.2012, DJe 04.02.2013; Terceira Turma, AgRg no AREsp 395.105, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28.04.2015, DJe 01.06.2015; Terceira Turma, AgRg nos EDcl no AREsp 30.786, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.08.2012, DJe 24.08.2012.

[22] Superior Tribunal de Justiça, AgRG no AREsp 30.786, rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.08.2012, DJe 24.08.2012.

[23] Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 1.633.274, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.10.2016, DJe 14.11.2016.

[24] Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação 023322594.2009.8.26.0007, rel. Des. Maia da Cunha, j. 26.3.2015. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. Apelação 0000907-56.2007.8.26.0607, rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 15.10.2013.

[25] “Ainda que não se considere a indenização a título de lucros cessantes, que demandaria a comprovação efetiva da perda de uma chance e o que se deixou de lucrar, a indenização a título material pela privação do uso do imóvel, diante do descumprimento do contrato, é medida que se impões, até mesmo para preservar o equilíbrio do contrato firmado entre as partes”. Tribunal de Justiça de São Paulo, Oitava Câmara de Direito Privado, Apelação 1007668-45.2013.8.26.0100, rel. Des. Salles Rossi, j. 10.04.2015.

[26] Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação 9134696-78.2008.8.26.0000. Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 30.10.2008.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-set-04/direito-civil-atual-dano-privacao-uso-configuracao-direito-parte/>