O dano da privação do uso e sua configuração no Direito nacional

O assunto escolhido é ainda incipiente no Brasil e consiste em saber se a mera privação do uso de uma coisa é indenizável para além da hipótese de lucros cessantes. É o caso, por exemplo, da pessoa que, após um acidente de trânsito causado por terceiro, fica impossibilitada de usar seu automóvel (empregado unicamente para fins particulares) pelo período necessário ao conserto ou daquele que, adquirindo imóvel residencial ainda na planta, vê a obra ser entregue com meses de atraso.

Em nenhum destes casos há lucros cessantes propriamente dito, mas nem por isso é possível dizer que o lesado não sofreu qualquer tipo de lesão indenizável. O texto será dividido em três partes. A primeira será dedicada à considerações histórico-sociais sobre o surgimento do dano da privação do uso nos países de tradição romano-germânica. A segunda, será dedicada à caracterização do dano da privação do uso, com a análise de seus pressupostos teóricos, de sua natureza e seus contornos. A terceira parte focará no direito nacional a fim de verificar como o tema vem sendo tratado pela doutrina e na jurisprudência.

Breves considerações históricas
Em suas Confissões, ao ponderar sobre o que é o *tempo*, Santo Agostinho afirmou: "Se ninguém me perguntar eu sei; se o quiser explicar a quem me fez essa pergunta, já não sei". *Mutatis mutandi*, talvez se possa dizer algo semelhante acerca do que seria o dano. É tão fácil senti-lo como difícil conceituá-lo. E a dificuldade aumenta quando se trata de definir dano em sentido jurídico. O certo é que — ao menos do Direito brasileiro — são escassas as obras que se dediquem de forma ampla e exclusiva sobre o tema [1].

Fora do território nacional, nota-se uma intensificação da produção doutrinária acerca do dano a partir da segunda metade do século XX[2]. É neste momento que surgem, pelo mundo, importantes estudos sobre o dano e sua natureza, dentre os quais destacam-se as obras como *Il danno* de Adiano de Cupis (cuja primeira edição é de 1954), *Il fatto dannoso nella responsabilità civile* de Vicenzo Carbone (1969), *La liquidazione del danno: il danno in generale e il danno non patrimoniale* de Lagostena Augusta Bassi e Lucion Rubini (1974) e, mais recentemente, *Il danno risarcibile* de Massimo Franzoni (2004), na Itália; *Mayne and McGregor on Damages*, que posteriormente foi totalmente reescrita por Harvey McGregor (1961) e continua sendo editada até hoje sob o título *On Damages*, e *The Principles of the Law of Damages* de Harry Street (1962), na Inglaterra; e *The costs of acidentes: a legal and economic analysis* por Guido Calabresi (1970) nos Estados Unidos..

Esse súbito interesse sobre o dano não parece ser fruto do acaso ou de algum modismo. Como bem nota Júlio Gomes[3], neste momento, o capitalismo já havia superado a fase acumulativa pautada na proteção dos meios de produção e começado a adotar uma nova força motriz de seu desenvolvimento: o consumo. Daí este mesmo autor cunhar a expressão "consumo cessante" para designar as hipóteses em que a privação do uso não recai sobre um bem de produção, mas sobre um bem destinado ao consumo[4].

Não à toa é nesta mesma época em que o dano da privação do uso — o objeto deste estudo — começa a ter aceitação, primeiramente pela jurisprudência, seguida pela doutrina.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Data de 3 de março de 1958 a primeira manifestação da Corte de Cassação italiana[5] reconhecendo a viabilidade de indenização sobre o dano da privação do uso. O caso versava sobre o pedido de indenização formulado por uma empresa de transporte em razão da indisponibilidade de um bonde (*tram*) tirado de circulação em um acidente viário. Como a empresa era obrigada a dispor de veículo reserva (e este custo já se encontrava embutido no cálculo do preço da passagem), a parte ré dizia não ter havido prejuízo indenizável. O entendimento ali adotado — de que o dano gerado corresponderia ao desgaste sofrido pelo veículo utilizado na substituição — posto tenha sido objeto de elogios por Adriano de Cupis, não prosperou, vindo a privação do uso adotar outros contornos por decisões posteriores.

Não muito tempo após, o BGH alemão julgou situação semelhante em que o autor pedia uma indenização pelos três dias em que seu veículo ficou parado para conserto em razão de um acidente de trânsito, com a diferença de que, neste caso, o veículo não era empregado em no transporte de passageiros (mas, para fins particulares) e tampouco houve a utilização de veículo reserva[6]. A corte entendeu que o "dano consiste na mera indisponibilidade de utilização, e a privação temporária do uso é per se um dano econômico que gera direito à indenização"[7] e, como fundamento dessa conclusão, argumentou que a conveniência de ter um carro para uso (particular) pode ser "comprada", o que a torna esse fato "comerciável", de maneira que a privação dessa conveniência constitui a perda do equivalente econômico expendido para obtê-la.

Ainda que estas primeiras decisões considerem o dano da privação do uso sob perspectivas totalmente distintas, é curioso observar que ambas dizem respeito a veículos automotores que passaram a assumir papel destacado no desenvolvimento da economia moderna, não só como um eficiente meio de locomoção, mas como um signo de *status* social.

Desde então, o dano da privação do uso vem, paulatinamente, sendo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência ao mesmo tempo em que tem penetrado em diversos ordenamentos jurídicos[8], inclusive o brasileiro, ainda que de modo tímido e de forma um tanto oblíqua como se verá.

Feitas essas breves considerações de caráter histórico, cabe verificar os motivos pelos quais a privação do uso não era reconhecida como um dano autônomo e o que foi necessário para superar esta posição. É o que será abordado na coluna da próxima semana.

O autor agradece aos coordenadores da coluna Direito Civil Atual (os Professores Ignácio Maria Poveda Velasco, Otavio Luiz Rodrigues Junior, José Antônio Peres Gediel, Rodrigo Xavier Leonardo e Rafael Peteffi da Silva e os Ministros Antônio Carlos Ferreira, Luís Felipe Salomão e Humberto Eustáquio Soares Martins) pelo honroso convite que lhe foi feito para escrever neste destacado espaço.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFBA e UFMT).*

[1] Uma exceção é a obra do desembargador Antonio Lindenbergh C. Montenegro, "Ressarcimento de Danos", hoje em sua 8ª edição (2005) e cuja primeira data de 1984. Outra é o livro que resultou da tese

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de doutoramento do hoje ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil”. Não se ignora, obviamente, a existência de obras sobre algumas espécies de dano, notadamente o moral (como a obra “Dano Moral” do juiz aposentado Antônio Jeová dos Santos) ou de estudos sobre responsabilidade civil ou inadimplemento obrigacional que dediquem bom espaço ao estudo do tema (as obras “Responsabilidade Civil”, de Caio Mário da Silva Pereira, “Programa de Responsabilidade Civil”, de Sérgio Cavalieri Filho e o clássico “Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências”, de Agostinho Alvim, constituem bons, mas não único, exemplos). De todo modo, a doutrina nacional é carente de obras que se proponham a analisar o dano de forma abrangente e destacada do problema da responsabilidade civil ou obrigacional.

[2] Ressalve-se, porém, a existência de obras acerca do dano anteriores a esta época, dentre as quais vale destacar o “Tractado pratico das avaliações, e dos damnos” de (Manoel de Almeida e Souza de) Lobão (1826) e o clássico “A reparação dos danos no Direito Civil” de Hans Albrecht Fischer, traduzida para o português em 1938 por Antônio de Arruda Ferrer Correia.

[3] GOMES, Júlio Manuel Vieira. O dano da privação do uso. Revista de Direito e Economia, Coimbra, n. 12, 1986, p. 179.

[4] O termo consumo aqui não deve ser compreendido na acepção que lhe dá o art. 86 do Código Civil (que define como consumíveis os bens cujo uso importa destruição de sua substância ou sejam destinados à alienação)¸ mas à moda do Código de Defesa do Consumidor, que trata o consumo ligado mais à ideia de uso de bens vendidos no mercado.

[5] Il Foro Italiano.vol. 81, Parte prima: giurisprudenza costituzionale e civile (1958), p.347/348-351/352

[6] A íntegra da decisão, traduzida para a língua inglesa, assim como as referências às fontes oficiais (BGHZ 40, 345 III. Civil Senate (III ZR 137/62) = NJW 1964, 542), está disponível em: < http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=691>.

[7] Tradução livre a partir da versão em língua inglês: “[…] the harm consists in the mere fact of its unavailability for use, and temporary loss of use is per se an economic harm which generates a claim for damages”.

[8] No âmbito europeu, posto que a indenização pela privação do uso tenha encontrado acolhimento em diversos países do Velho Continente (como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Escócia e Grécia), ainda é vista com resistência em outros que não a aceitam (como Suíça, Áustria, Holanda e Noruega) (Ver, a este respeito, WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; ZIMMERMANN, Reinhard. Digest of European tort law: essential cases on damage. Berlim: De Gruyter, 2011. v. 2., p. 844-845. Ver, também, BAR, Christian von; CLIVE, Eric M. Principles, definitions and model rules of European private law: draft common frame of reference (DCFR). (Based in part on a revised version of

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

the “Principles of European contract law”, Study Group on a European Civil Code. Research Group on the Existing EC Private Law). Full ed. München, Sellier: European Law Publishers, 2009. 6 v., p. 3338 e seg.). A privação do uso também é reconhecida como um dano indenizável na Argentina (ver, por todos, ZANNONI, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo Depalma, 1993, p. 270 e seg.), Colômbia (POSSE, María Cristina Isaza. De la cuantificación del daño: manual teórico práctico. Bogotá: Editorial Temis, 2015, p. 46-47.

Date Created
07/08/2017

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.