

PRIVAÇÃO DO USO: DANO OU ENRIQUECIMENTO POR INTERVENÇÃO?

DEPRIVATION OF USE: DAMAGE OR ENRICHMENT BY INTERFERING

Aline de Miranda Valverde Terra¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Privação do uso e responsabilidade civil; 2. Privação do uso e lucro da intervenção; 2.1. Privação do uso e não uso do bem por seu titular; 2.2. Privação do uso e frota de reserva; Considerações Finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO: O presente artigo se destina a analisar a privação do uso no direito brasileiro. De início, investiga-se o enquadramento dogmático da privação do uso, examinando-se a impossibilidade de considerá-la um dano autônomo, a limitação da responsabilidade civil para disciplinar seus efeitos em todas as situações, e a admissibilidade de se recorrer ao enriquecimento sem causa, sob o viés do lucro da intervenção, para a tutela do sujeito titular do direito de cujo uso é privado.

PALAVRAS-CHAVE: privação do uso; enriquecimento sem causa; intervenção; responsabilidade civil; danos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the deprivation of use in Brazilian law. At first, the present paper investigates the dogmatic framework for deprivation of use, examining the impossibility of considering it an autonomous damage, the inadequacy of the civil responsibility to discipline its effects in all situations, and the possibility of resorting to unjust enrichment, especially when viewed as profit from intervention, for the protection of the holder of the right.

¹ Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora agregada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ).

KEYWORDS: deprivation of use; unjust enrichment; intervention; civil responsibility; damages.

INTRODUÇÃO

A estrutura do direito de propriedade é composta por dois aspectos: o econômico e o jurídico. O aspecto econômico é identificado com a senhoria, com as faculdades de usar, fruir e dispor, a revelar as potencialidades econômicas de aproveitamento do bem. O aspecto jurídico reside na possibilidade de o titular se utilizar das vias judiciais próprias para proteger a propriedade.² Ambos os aspectos encontram-se expressamente previstos no *caput* do artigo 1.228 do Código Civil, segundo o qual “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Para o estudo que ora se propõe, interessa o aspecto estrutural econômico, que não é, todavia, suficiente. A estrutura do direito de propriedade deve atender à função econômico-social para cuja realização o direito é atribuído e tutelado. Contemporaneamente, não há propriedade destituída de função. E se o titular exerce legitimamente a função justificadora do merecimento de tutela, o ordenamento há de protegê-lo, garantindo que se valha da estrutura econômica da propriedade para a realização das funções a que se destina.

Contudo, não raro, o titular do bem é privado do uso e gozo que lhe são assegurados. Situações frequentes emergem tanto de ilícitos extracontratuais, como aqueles ocorridos no âmbito de acidente automobilístico, em razão do qual o proprietário fica privado do uso do veículo durante seu conserto, quanto de inadimplementos contratuais, como ocorre quando a construtora não entrega a obra no prazo, e impede o adquirente de usar o imóvel, ou quando a seguradora se recusa a pagar a indenização pela perda total do veículo, a impedir o segurado de adquirir e usar um novo carro. Em todas essas hipóteses, o titular do bem é impedido de exercer os atos inerentes ao domínio, e deixa de auferir

² TEPEDINO, Gustavo. Os direitos reais no novo Código Civil. **Temas de Direito Civil**. t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 158.

os benefícios que a utilização do bem lhe proporciona, o que inviabiliza, inclusive, o atendimento de sua função econômico-social. Tais situações não podem ser ignoradas pelo Direito, que deve garantir tutela eficiente ao titular do bem diante da privação do uso.

Note-se que apenas a privação ilegítima do uso é passível de suscitar a atuação do Direito em favor do titular do bem. Por essa razão, deve-se analisar se a conduta daquele que conduz à privação do uso está calcada em interesse juridicamente relevante. De regra, as demandas de privação do uso se referem a condutas ilegítimas dos réus: ou estão em mora na entrega ou devolução do bem a seu titular – como ocorre nas hipóteses de mora do construtor na entrega do imóvel, ou na mora do fornecedor no conserto e devolução do bem defeituoso –, ou praticaram algum ato danoso ao bem, para cuja reparação foi necessário privar o titular de usá-lo – como nas hipóteses de abaloamento de veículos. Nesses casos, não há interesse legítimo do causador do dano a justificar sua conduta, razão suficiente a reconhecer o merecimento de tutela ao interesse do titular do bem.

Não se pode, todavia, deixar de considerar as menos comuns – mas possíveis – situações em que a conduta do réu é legítima e merecedora de tutela, e eventuais danos sofridos pelo titular do bem não serão injustos. Pense-se na apreensão de veículo por autoridade policial por descumprimento de normas de trânsito. Ainda que a privação do uso impeça seu titular de auferir as vantagens pretendidas, não fará jus à indenização, uma vez que o interesse resguardado pela conduta da autoridade policial, consistente na segurança no trânsito, afigura-se legítimo, e sobrepõe-se ao interesse do proprietário de usar seu bem. Em síntese, é isto que se conclui: apenas a conduta ilegítima do agente é passível de gerar a reação do ordenamento contra privação do uso.

Resta investigar, portanto, os mecanismos de tutela do titular diante da privação do uso. Para tanto, impõe-se verificar, primeiro, a atuação da responsabilidade civil nesta seara, perquirindo se a simples privação do uso encerra um dano em si mesmo, como categoria autônoma, ou se, por outro lado, consiste apenas em possível fato gerador de dano, cuja natureza dependerá do interesse violado.

Ademais, necessário perscrutar se a responsabilidade civil se coloca como a única resposta do ordenamento jurídico à privação do uso ou se existe algum outro instituto apto a disciplinar a questão.

1. PRIVAÇÃO DO USO E RESPONSABILIDADE CIVIL

No Brasil, pouco se discute sobre a privação do uso, ao contrário do que se passa em Portugal, onde o tema, há tempos, desperta o interesse da doutrina e suscita vivas controvérsias, a começar pela própria autonomia do dano de privação do uso.

Identifica-se alhures tendência a conceber a mera privação do uso como causadora de dano autônomo de natureza patrimonial. Nesse sentido, afirma-se que o simples uso do bem constitui vantagem susceptível de avaliação pecuniária, pelo que sua privação acarreta naturalmente um dano, já que representa “o corte definitivo e irrecuperável de uma ‘fatia’ dos poderes inerentes ao proprietário”, a configurar causa adequada de modificação negativa na relação entre o lesado e seu patrimônio.³

O raciocínio, portanto, é este: como o direito de propriedade compreende os direitos de uso e fruição da coisa, e destas faculdades é privado o titular do bem, resta afetado o próprio direito de propriedade; como as faculdades inerentes ao domínio ostentam cariz patrimonial, não podem deixar também de ter um preço, de modo que sua violação produz dano patrimonial. Nessa esteira, afirma-se que o dono do veículo, ao ser privado do uso, sofre lesão em seu patrimônio, uma vez que dele faz parte o direito de utilização das coisas próprias.

A favor da tese, Menezes Leitão afirma:

entre os danos patrimoniais inclui-se naturalmente a privação do uso das coisas ou prestações, como sucede no

³ ABRANTES GERALDES, António Santos. **Temas da Responsabilidade Civil. Indemnização do Dano da Privação do Uso**, v. I, 3 ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2007, p. 71. No mesmo sentido, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 8 ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 534.

caso de alguém ser privado da utilização de um veículo seu ou ser impedido de realizar uma viagem turística que tinha contratado. Efectivamente, o simples uso constitui uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária, pelo que a sua privação constitui naturalmente um dano.⁴

Abrantes Geraldès completa o raciocínio, e afirma:

mesmo que se considere que a situação não atinge a gravidade susceptível de merecer a sua inclusão nos danos na categoria dos danos morais, nos termos do art. 496.º, n.º 1, do CC, é incontornável a percepção de que entre a situação que existiria se não houvesse o sinistro e aquela que se verifica na pendência da privação existe um desequilíbrio que, na falta de outra alternativa, deve ser compensado através da única forma possível, ou seja, mediante a atribuição de uma quantia adequada.⁵

Inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal apontam no mesmo sentido:

(...) O proprietário privado por terceiro do uso de uma coisa tem, por esse simples facto e independentemente da prova cabal da perda de rendimentos que com ela obteria, direito a ser indemnizado por essa privação, indemnização essa a suportar por quem leva a cabo a privação em causa. A privação do uso do veículo constitui um dano indemnizável, por se tratar de uma ofensa ao direito de propriedade e caber ao proprietário optar livremente entre utilizá-lo ou não, porquanto a livre disponibilidade do bem é inerente àquele direito constitucionalmente consagrado (...).⁶

Encontram-se também orientações segundo as quais a privação do uso gera dano autónomo de natureza moral, porque impõe ao lesado alteração da sua rotina diária para atingir os mesmos resultados alcançados antes da privação. Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal de Justiça que a "simples impossibilidade de dispor do veículo constitui para o lesado um dano não patrimonial, sendo certo que a regra é assente em direito que a privação ilícita

⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, v. I, 5 ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 333.

⁵ ABRANTES GERALDES, António Santos. **Temas da Responsabilidade Civil. Indemnização do Dano da Privação do Uso**. p. 71.

⁶ 1ª Secção, Relator Paulo Sá, processo nº 314/06.6TBCSC.S1, j. 12.1.2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 20.10.2013.

do uso de qualquer bem constitui um dano de que o lesado deve ser compensado".⁷

A razão, todavia, parece estar com a terceira orientação, contrária à autonomia do dano de privação do uso. Não há dano na simples privação da possibilidade abstrata de utilização contida no direito de uso e gozo do bem por seu titular, como sustentam as orientações anteriores. A relevância não reside, pois, na capacidade de decisão exclusiva quanto à utilização do bem, mas na concreta privação do uso. Isso porque a mera potencialidade abstrata do uso não constitui interesse jurídico merecedor de tutela; o interesse jurídico tutelado é aquele, patrimonial ou não, que pode restar violado pela supressão de alguma vantagem específica que poderia ser auferida pelo uso efetivo do bem, e apenas a lesão a interesse juridicamente tutelado configura dano, passível de indenização.⁸

Com efeito, "a privação da possibilidade de uso é apenas uma fonte possível de dano, mas não já em si mesma um dano".⁹ O dano só pode ser materializado no âmbito das privações concretas das vantagens que a coisa proporciona¹⁰ e não em razão das potenciais perturbações das possibilidades abstratas de uso, razão pela qual se exige, para a configuração do dano, a prova da lesão a interesse merecedor de tutela causada pela supressão de uma efetiva vantagem que o titular auferiria com o uso do bem.

⁷ 3ª Secção, Relator Oliveira Mendes, processo nº 2511/07.8TACSC.L2.S1, j. 28.9.2011. Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 20.10.2013.

⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102 e ss. A respeito do dano moral, leciona Maria Celina Bodin de Moraes: "O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida." Mais adiante, prossegue a autora: "A lesão causadora do dano injusto refere-se, diretamente, ao bem jurídico tutelado, ao interesse ou direito da pessoa humana, merecedor de tutela jurídica" (BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179 e 181).

⁹ MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo**. v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 591.

¹⁰ "Pensamos, pois, que a privação dessas *concretas* vantagens, e não logo a perturbação da faculdade de utilização que integra o direito de propriedade, é que importará já um *dano*, autonomizável da *ilicitude* por afectação da abstracta possibilidade de uso – um dano, portanto, bem mais próximo da ideia de vantagens que teriam podido ser fruídas depois do evento lesivo, e, assim, de vantagens ou de um "lucro" (em sentido amplo) cessante, do que de uma perda ou dano emergente em posições actualizadas do lesado" (MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Positivo**. p. 594-596).

Em sentido semelhante, Paulo Mota Pinto afirma:

há que distinguir, por assumirem diversa relevância para efeitos de regime, entre a faculdade *abstracta de utilização* da coisa, (...) e *as concretas e determinadas vantagens* retiradas do gozo da coisa. A primeira, como possibilidade abstracta (...), é logo inerente ao *licere* que constitui o 'lado interno' dos direitos de domínio e não tem uma estrita vinculação temporal, na medida em que o direito de usar e fruir uma coisa (não deteriorada) pode ser exercido num momento posterior. Confere ao proprietário um 'espaço de liberdade', dependente na sua actualização da possibilidade e opção de uso. (...) Diversamente, as *concretas vantagens* do gozo da coisa não se situam no plano do mero *licere* inerente à propriedade (...), mas situam-se também no plano *fáctico*. Como concretizações dependentes de elementos subjectivos e contextuais, as *vantagens concretas do gozo* autonomizam-se, quer do direito pessoal de gozo, por exemplo, de um locatário, quer daquele *iu utendi et fruendi* do proprietário em que se traduz a faculdade de utilização.¹¹

A jurisprudência brasileira não admite, de regra, o dano autônomo de privação do uso. Analisam-se as vantagens que foram suprimidas da esfera jurídica do titular do bem para aferir a presença do dano patrimonial, conforme se observa no trecho do voto Relator Desembargador Sérgio Izidoro Heil, do TJRS:

(...) Ora, restou devidamente demonstrado que a parte ré não cumpriu devidamente o contratado, pois não entregou o apartamento, sendo flagrante que as expectativas da autora foram frustradas resultando, inelutavelmente, em prejuízos financeiros, rotulados de perdas e danos. Essas perdas e danos podem advir do fato de a apelante ter pago aluguel durante o período em que já deveria estar residindo em seu imóvel, assim como de eventual rendimento que deixou de auferir com a gestão do apartamento que estava comprando. (...) Faz jus às perdas e danos, sob a forma de lucros cessantes, o comprador de imóvel residencial, ao valor dos alugueres que deixou de usufruir, em razão da não entrega do imóvel no prazo estipulado pela incorporadora. (...) De mais a mais, a apelante juntou declarações de que no período da temporada de verão os imóveis equivalentes ao descrito no contrato variam entre R\$ 130,00 (cento e trinta reais) e R\$ 100,00 (cem reais) a diária para locação

¹¹ MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Positivo**. p. 586-588.

(fls. 25/26), tornando evidente o prejuízo sofrido pela apelante. (...).¹²

Em outras ocasiões, a supressão de vantagens do titular do bem pode dar azo à configuração de dano moral, como na hipótese submetida ao TJRS, em que a proprietária do imóvel e seu filho foram impedidos de usar, por mais de sete anos, a área de lazer do condomínio em razão da queda das pastilhas da fachada do prédio, problema nunca solucionado pela construtora:

(...) Os apelantes dizem que com a queda das pastilhas da fachada do prédio, além do risco de vida, ficaram privados – ela e seu filho – de usufruir as áreas condominiais de lazer com segurança. (...) Tais fatos vêm a demonstrar que a autora e seu filho sofreram no decorrer destes anos, sem solução para o problema, que não se enquadram como meros dissabores da vida cotidiana. Evidente o dano moral sofrido pelos demandantes. A autora, porque adquiriu apartamento em condomínio com infraestrutura de lazer e *playground* para si e seu filho menor de idade – nascido em 04/0595 (fl. 22), visando dar-lhe liberdade, recreação, e segurança. Mas disso não usufruiu, já que durante anos não teve a tranquilidade de sair para trabalhar – é funcionária pública estadual (fl. 02)- e deixar seu filho nas dependências do condomínio sujeito a ser atingido por pedaço de parede. Inclusive, para sua própria segurança, houve determinação do condomínio em privar as crianças de brincarem na área de lazer, porque nesta havia perigo, podendo ser atingidas a qualquer momento por pastilha do revestimento da fachada do prédio. Cabível, portanto, a indenização por dano moral a ambos os autores, pois ofendidos em seus direitos personalíssimos. (...).¹³

Em outra oportunidade, o mesmo Tribunal condenou empresa de manutenção de ar-condicionado ao pagamento de danos morais pela privação de uso de um aparelho pela autora por mais de seis meses, e fixou o valor da indenização considerando “o caráter supérfluo de um aparelho de ar condicionado, que pode trazer conforto, mas não é indispensável à sobrevivência, e cuja privação pode trazer algum incômodo nos meses de verão, mas não nos meses de inverno.”¹⁴

¹² TJRS, 3ª CDP, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, AC 149217, j. 24.7.2007.

¹³ TJRS, 19ª CC, Rel. Des. José Francisco Pellegrini, AC 70025283425, j. 29.9.2009.

¹⁴ TJRS, 2ª CC, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, AC 599455581, j. 22.11.2000.

O STJ já se pronunciou no mesmo sentido, e avaliou as vantagens suprimidas do titular do bem para concluir pela configuração de dano moral:

(...) Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para o fato de o autor ter ficado indevidamente privado de seu veículo por sete meses, sendo obrigado a usar transporte público, contratar advogado e suportar a humilhação de ser visto como mau pagador, quando seu débito, embora com atraso, estava quitado, foi fixado o valor de indenização de R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais) a título de dano moral (...).¹⁵

É possível, ainda, a configuração simultânea de danos materiais e morais em decorrência da privação do uso. Esse é o caso, por exemplo, da situação julgada nos autos da apelação cível 70022155618, em que os vendedores de caminhão foram condenados a ressarcir os danos causados ao adquirente, privado do uso em razão de apreensão por autoridade policial, uma vez que o chassi estava adulterado, e o veículo ainda não havia sido transferido para seu nome por ato dos vendedores, que deixaram de fornecer os documentos necessários:

(...) Inafastável, diante disso, o acolhimento do pedido de indenização dos lucros cessantes, uma vez que, a toda evidência o autor só poderia utilizar o veículo em questão para fins profissionais. A utilização de um caminhão como veículo de passeio é certamente um fato excepcional e altamente improvável. Quanto ao pedido de indenização de danos morais, merece acolhida apenas no que diz respeito aos transtornos referidos acima. A privação do uso do veículo, a par dos danos materiais, certamente constituiu motivo de angústia e desgaste psicológico, como é facilmente imaginável. (...).¹⁶

A identificação do dano causado pela supressão do uso – dano material ou moral – depende, portanto, do tipo de vantagem da qual foi privado e, conseqüentemente, do interesse merecedor de tutela que foi lesado. Apenas a análise do caso concreto permitirá identificar a natureza do dano causado ao titular do bem, de acordo com a vantagem que lhe foi suprimida. Na privação do uso de um veículo, por exemplo, poderá haver dano emergente caso seu titular,

¹⁵ STJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, AgRg no AREsp 39.789/RS, j. 20.10.2010.

¹⁶ TJRS, 13ª CC, Rel. Des. Carlos Alberto Etcheverry, AC 70022155618, j. 17.10.2008.

em razão de ter ficado impedido de sua utilização para seus deslocamentos rotineiros, tenha tido que se valer de meio de transporte mais oneroso, como táxi ou veículo alugado; configurar-se-á o lucro cessante,¹⁷ se o dono do veículo não puder usá-lo para fins profissionais, como no caso de um táxi ou outro veículo empregado em transporte de carga; por fim, restará configurado o dano moral, caso o titular do veículo não o tenha podido usar para levar sua filha à igreja no dia do seu casamento, conforme já havia programado.

Se apenas a supressão de reais vantagens que poderiam ser obtidas pelo efetivo uso do bem é passível de gerar dano, a substituição do bem de cujo uso é privado por outro de igual natureza e função pode afastar a configuração do dano. Se ao suposto lesado é conferida a possibilidade de usar outro bem equivalente àquele do qual se utilizava, e perceber todas as vantagens a que teria acesso com o uso do bem original, não há dano pela privação do uso. O taxista que sofre abaloamento em seu veículo e dele fica privado por 10 dias não sofre dano material se recebe, em substituição, pelo mesmo período, outro táxi com iguais características.¹⁸

Para que se afaste a configuração do dano, é imprescindível que o titular consiga, de fato, usufruir de todas as vantagens que lhe proporcionava o bem do qual foi privado, inclusive aquelas emocionais, valendo-se do bem substituto. Com efeito, se o bem for infungível, dotado de valor afetivo, a substituição por outro idêntico ou até mais suntuoso dificilmente será capaz de afastar a lesão à dignidade da pessoa humana. Pense-se na hipótese da esposa que, ao verificar que o brinco que ganhara do marido de presente de noivado anos atrás estava

¹⁷ Sobre o tema, remete-se a GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁸ Mesmo as decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que entendem ser a privação do uso um dano patrimonial autônomo, afastam a configuração do dano quando o bem de cujo uso é privado é substituído por outro: "(...) A privação do uso de um veículo é, em si mesma, indenizável, desde logo por impedir o proprietário (ou, eventualmente, o titular de outro direito, diferente do direito de propriedade, mas que confira o direito de usá-lo) de exercer os poderes correspondentes ao seu direito. (...) Normalmente, a indemnização pela privação do uso de um veículo acidentado deverá ter como limites temporais, por um lado, a ocorrência do sinistro e, por outro, o pagamento efectivo da indemnização; no caso, todavia, sabe-se que, a partir do momento em que o autor adquiriu um outro, a falta de disponibilidade do veículo sinistrado, cuja perda total havia sido declarada, deixou de se traduzir num dano para o autor" (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 7ª Secção, Relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, processo nº 3036/04.9TBVLG.P1.S1, j. 8.5.2013. Disponível em <http://www.dgsi.pt>. Acesso em 20.10.2013).

com os dois fechos quebrados, leva-os a conceituada joalheria para reparo, e ajusta-se a entrega dali a 1 semana. Embora a esposa pretendesse usar a joia em sua festa de bodas que ocorreria 10 dias após o conserto, não pôde fazê-lo, pois a joalheria levou 2 meses para devolvê-los. Nenhum outro brinco que a joalheria oferecesse seria capaz de substituir o presente do marido, já que dotado de inegável valor afetivo. Embora do ponto de vista objetivo um brinco substituto pudesse fazer as vezes do original, não o faria funcionalmente, já que desprovido do mesmo valor afetivo, e por isso incapaz de afastar a ocorrência do dano moral.

Na análise da configuração, ou não, do dano deve-se verificar, ainda, se o titular do bem efetivamente o usava, ou pretendia fazê-lo, quando da privação do uso. Isso porque, se o titular não o usava e sequer pretendia usá-lo, não há vantagem a ser suprimida pela privação do uso, razão por que não há dano indenizável.¹⁹ Pense-se na hipótese em que o proprietário do veículo, ao sair de férias com a família, deixa seu automóvel por 30 dias no aeroporto, onde permanecerá até o seu retorno. Considere-se ainda que nesse interregno o veículo sofra abalroamento, mas seja reparado durante o gozo das férias do proprietário. Ou então, imagine-se que uma construtora atrase em 6 meses a entrega das unidades autônomas, e que um dos adquirentes seja investidor, que adquiriu o imóvel para aproveitar o bom momento do mercado, pelo que não pretendia ocupa-lo, alugá-lo ou vendê-lo neste interregno; ou seja, pretendia mantê-lo fechado, e esperar o momento ideal para realizar o lucro.

Em ambos os exemplos formulados, como nenhum dos dois titulares auferiria qualquer vantagem caso não houvesse a privação do uso, não há dano patrimonial ressarcível. Todavia, embora seja possível afirmar categoricamente não haver danos patrimoniais, a mesma certeza já não existe em relação aos

¹⁹ Em sentido contrário, Abrantes Geraldes: "Inequívoco é que o direito de propriedade integra, como um dos seus elementos fundamentais, o poder de exclusiva fruição, do mesmo modo que confere ao proprietário o direito de não usar. A opção pelo não uso ainda constitui uma manifestação dos poderes do proprietário, também afectada pela privação do bem. Neste contexto, sendo a disponibilidade material dos bens um dos principais reflexos do direito de propriedade, apenas excepcionalmente, perante um quadro factual mais complexo, será possível afirmar que a paralisação não foi causa adequada de danos significativos merecedores de ajustada indemnização" (ABRANTES GERALDES, António Santos, **Indemnização do Dano da Privação do Uso**. p. 73).

danos morais uma vez que, a depender das circunstâncias concretas, o simples fato de o bem já não estar à disposição de seu titular pode gerar uma lesão à sua integridade psicofísica, a configurar dano moral.²⁰ Esta, todavia, não é uma hipótese de frequente configuração, e demandará a cabal comprovação do dano sofrido, que não é *in re ipsa*.²¹

Como a tutela indenizatória só se justifica diante de dano ressarcível, a concessão de indenização em tais hipóteses acabaria por atribuir ao titular benefício que não existiria caso não tivesse ocorrido o uso por terceiro, e geraria seu enriquecimento sem causa. Forçoso reconhecer, portanto, que a responsabilidade civil não opera nessas hipóteses, ausente que está a configuração de dano.

Nessa direção, algumas decisões do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, embora afirmem a autonomia do dano de privação do uso de natureza patrimonial, exigem a demonstração, no caso concreto, de que se o bem estivesse disponível, seu titular efetivamente o utilizaria. Por outro lado, caso não desejasse usá-lo, estar-se-ia perante mera privação da possibilidade de uso, sem repercussão econômica que, por si só, não revelaria qualquer dano patrimonial indenizável.²²

²⁰ Para análise detalhada dos substratos da dignidade da pessoa humana, dentre os quais está a integridade psicofísica, e cuja lesão enseja a configuração de dano moral, remete-se o leitor a BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. p. 81-140.

²¹ Combate a concepção do dano moral como dano *in re ipsa*, Anderson Schreiber, segundo o qual “a construção da presunção de dano extrapatrimonial ou do dano moral *in re ipsa* parece intimamente vinculada a uma concepção que enxerga nesta espécie de dano uma categoria consequencial e subjetiva – o dano moral como reflexo da lesão sobre a serenidade emocional da vítima. Rejeita-se aqui tal concepção, em favor de um entendimento que vislumbre no dano extrapatrimonial nada além da lesão a um interesse extrapatrimonial concretamente merecedor de tutela. A lesão ocorre objetivamente e sua verificação se dá de forma inteiramente desvinculada da repercussão no estado de espírito da vítima. Esclarecido isto, parece certo que nada há de se presumir, procedendo-se tão-somente à análise concreta e objetiva da relação entre a conduta alegadamente lesiva e o interesse alegadamente lesado” (SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos. p. 194-195).

²² Neste sentido, confira-se: “A privação do gozo de uma coisa pelo titular do respectivo direito constitui um ilícito que o sistema jurídico prevê como fonte da obrigação de indenizar, pois que impede o respectivo proprietário de dela dispor e fruir as utilidades próprias da sua natureza. A questão da ressarcibilidade da ‘privação do uso’ não pode ser apreciada e resolvida em abstracto, auferida pela mera impossibilidade objectiva de utilização da coisa. Uma coisa é a privação do uso e outra, que conceptualmente não coincide necessariamente, será a privação da possibilidade de

Nota-se, portanto, que somente o exame das peculiaridades do caso concreto permitirá identificar a real ocorrência de dano e sua natureza. O exame cuidadoso da presença do dano mostra-se imprescindível, uma vez que “se não há dano, não há o que indenizar,”²³ e a responsabilidade civil já não é chamada a atuar.

2. PRIVAÇÃO DO USO E LUCRO DA INTERVENÇÃO

2.1. Privação do uso e não uso do bem por seu titular.

Algumas privações do uso não encontram na responsabilidade civil a tutela adequada, já que nem sempre há dano a ser indenizado. Nesse sentido, conforme já se destacou, quando o titular do bem já não o usa e tampouco pretende fazê-lo, a eventual privação do uso não causa, de regra, dano ressarcível. Com efeito, afigura-se indispensável analisar as peculiaridades presentes nas diversas situações em que ocorre a privação do uso, a fim de identificar o correto enquadramento dogmático do suporte fático.

No entanto, reconhecer a inadequação da responsabilidade civil à situação em tela não importa reconhecer a inaplicabilidade de qualquer outro instituto. Imagine-se a hipótese em que o dono de casa de veraneio entrega as chaves do imóvel a amigo para que faça a manutenção durante o mês em que viajará de férias com a família para o exterior. Imagine-se, ainda, que este amigo aproveite-se da ausência do proprietário, ocupe a casa com sua própria família, e passe a usá-la e desfrutar de todos os seus benefícios. Note-se que neste exemplo formulado, o proprietário já não iria usar a casa no período em que seu

uso: uma pessoa só se encontra realmente privada do uso de alguma coisa, sofrendo com isso prejuízo, se realmente a pretender usar e a utilizasse caso não fosse a impossibilidade dela dispor; não pretendendo fazê-lo, apesar de também não o poder, está-se perante a mera da possibilidade de uso, sem repercussão econômica, que, por si só, não revela qualquer dano patrimonial indenizável. Bastará que a realidade processual mostre que o lesado usaria normalmente a coisa, vendo frustrado esse propósito, para que o dano e a indemnização seja devida” (1ª Secção, Relator Alves Velho, processo nº 1583/1999.S1, j. 2.6.2009. Disponível em www.dgsi.pt. Acesso em 20.10.2013).

²³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. p. 144.

amigo a ocupou, nem pretendia alugá-la a terceiros, ou dela retirar qualquer outro benefício econômico. Não houve, portanto, supressão de vantagens auferíveis pelo titular.

A despeito da ausência de dano, vislumbra-se aqui a configuração de suporte fático do enriquecimento sem causa, fonte autônoma de obrigações prevista no artigo 884 do Código Civil,²⁴ e que difere da responsabilidade civil não apenas pela diversidade de situações que permitem a aplicação de uma ou outra disciplina, mas, sobretudo, em razão da função de cada uma delas. De acordo com Carlos Nelson Konder,

de um lado, a responsabilidade civil visa, com base no princípio *neminem laedere*, a reparar um dano sofrido pela vítima em razão de um ato ilícito (culposo) ou em virtude de uma atividade de risco (responsabilidade objetiva). Ela confere uma proteção dinâmica ao patrimônio e se volta para o ressarcimento pleno da vítima, atribuindo uma obrigação de indenizar. Já o enriquecimento sem causa é um instrumento de proteção estática do patrimônio; posto menos intenso, abarca casos que não seriam cobertos pela responsabilidade civil, uma vez que não há ilicitude (*stricto sensu*) ou dano. A reparação do dano sofrido, quando ocorre é sempre indireta, pois o que se busca é remover a vantagem auferida por um para transferi-la a quem ela era de direito.²⁵

Os casos de enriquecimento sem causa se situam, por conseguinte, no âmbito da reprovabilidade perante os princípios do sistema, e sua função precípua é remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido; a remoção do dano, quando existente, é indireta e eventual. "O que provoca aqui a reação do

²⁴ "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."

²⁵ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 379. Confirma-se, ainda: "é clara a distinção entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa: enquanto a primeira confere uma proteção dinâmica ao patrimônio a partir do princípio do *neminem laedere* e visa ao ressarcimento integral do dano sofrido pela vítima, o segundo oferece apenas uma proteção estática ao patrimônio que, posto menos intensa abrange casos não cobertos pela responsabilidade civil, como quando não há ilicitude ou dano. Na aplicação do instituto do enriquecimento sem causa o objetivo não é reparar o dano, mas forçar o beneficiado a restituir o indevidamente locupletado" (TEPEDINO, Gustavo, *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 754-755). No mesmo sentido: NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem Causa**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233-243.

ordenamento é a vantagem ou o aumento injustificado do patrimônio de "A" (enriquecido), e não a possível perda ou diminuição verificada no patrimônio de "B" (empobrecido)".²⁶ Pouco importa, portanto, em sede de enriquecimento sem causa, a modificação do patrimônio daquele cuja situação jurídica fundamentou o locupletamento alheio, a existência ou não de dano, mas apenas o incremento do patrimônio do enriquecido.

Alguns requisitos são necessários para a configuração do enriquecimento sem causa, todos presentes na hipótese ora aventada. Exige-se, em primeiro lugar, o *enriquecimento*, isto é, o incremento patrimonial do sujeito obrigado a restituir. O enriquecimento pode decorrer de atribuição patrimonial – vale dizer, de ato pelo qual alguém aumenta o patrimônio de outrem à sua custa –, de ato de terceiro, ou de ato do próprio enriquecido, que pode ocorrer, dentre outras formas, por intervenção do enriquecido em direitos ou bens jurídicos alheios. Esta última hipótese, designada enriquecimento por intervenção e identificada por Menezes Leitão como "um prolongamento da eficácia do direito de propriedade, inserindo-se no âmbito da proteção jurídica dos bens",²⁷ encerra, precisamente, a situação de que se trata.

O enriquecimento por intervenção consiste no incremento patrimonial obtido pela exploração de bens, trabalho e direitos alheios,²⁸ e pode resultar tanto de efetivo aumento do ativo, quanto de diminuição do passivo ou poupança de certa despesa.²⁹ O amigo que usa a casa de veraneio enquanto seu proprietário viaja com a família para o exterior poupa despesa que incorreria caso alugasse uma casa para passar suas férias.

O segundo requisito reside na necessidade de o enriquecimento se dar *à custa de outrem*, o que não significa que o enriquecimento decorra do empobrecimento

²⁶ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54.

²⁷ MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, v. 8, n. 25, p. 27, abr./jun. 2004.

²⁸ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. p. 381.

²⁹ Como indica Antunes Varela, o enriquecimento pode decorrer de aumento do ativo, como também de diminuição do passivo, ou mesmo de poupança de despesa (ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 481).

alheio. Algumas vezes a coincidência ocorrerá, e será possível identificar um deslocamento patrimonial do empobrecido para o enriquecido. Entretanto, nas hipóteses de enriquecimento por intervenção em que o titular do bem não o usa, o deslocamento patrimonial não se verifica: o proprietário que não usa a casa de veraneio e não pretende sequer alugá-la ou dar-lhe qualquer outro destino, não deixa de auferir vantagem pecuniária alguma em razão da privação do uso e concomitante uso por terceiro.³⁰

Por essa razão, a expressão 'à custa de outrem' deve ser entendida como "a necessidade de que haja um *suporte do enriquecimento por outrem*, que se produza um *locupletamento à custa* alheia, ou seja, com bens jurídicos pertencentes a pessoa diversa",³¹ não já como a imprescindibilidade de um correspondente empobrecimento.

A teoria adotada, portanto, não é a da *deslocação patrimonial*, mas a do *conteúdo da destinação jurídica dos bens*, segundo a qual

tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afectação de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à *custa* do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a praticar os actos donde a vantagem procede.³²

O enriquecimento é ilícito precisamente porque, de acordo com a ordenação substancial dos bens aprovada pelo Direito, ele deve, de regra, pertencer a seu titular.³³

³⁰ "Pode até não se verificar qualquer efetivo empobrecimento. Na verdade, o instituto abrange também situações em que a vantagem adquirida por uma pessoa não resulta de um correspondente sacrifício económico sofrido por outra – diminuição patrimonial ou simples privação de um aumento –, embora se haja produzido a expensas desta, à sua custa. Recordem-se, por exemplo, certos casos de uso de coisa alheia sem prejuízo algum para o proprietário" (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. p. 444-445).

³¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações**. p. 446, grifos no original.

³² ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em geral**. p. 492-493.

³³ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em geral**. p. 487.

Vislumbra-se, ainda, entre o enriquecimento e o suporte do enriquecimento a interdependência necessária à configuração do enriquecimento sem causa: o enriquecimento do amigo decorreu do uso da casa de veraneio sem autorização de seu proprietário, o que lhe poupou despesas com aluguel.

O artigo 885 do Código Civil³⁴ exige que não haja causa justificadora do enriquecimento, ou seja, que não haja título jurídico, legal ou convencional, a justificar o incremento patrimonial.³⁵ O amigo, ao receber as chaves da casa de veraneio, tornou-se mero detentor,³⁶ e conserva a posse em nome do proprietário e em cumprimento de suas ordens. Nesse sentido, se o dono da casa não permitiu que a usasse, mas apenas exercesse atos de manutenção, o uso feito pelo detentor não está justificado por título jurídico, e caracterizada está a ausência de causa.

Por fim, a ação *in rem verso*, na hipótese em análise, atende ao requisito da subsidiariedade,³⁷ uma vez que não há, no ordenamento jurídico nacional, qualquer outra pretensão à disposição do dono da casa de veraneio que lhe permita obter resultado igual ou mais favorável do que aquele que alcançará por meio da pretensão de enriquecimento sem causa.³⁸ Até porque, como já se destacou, não há dano a ser indenizado, o que impede o ajuizamento de demanda de responsabilidade civil.

Resta, portanto, demonstrado que a privação do uso de bem cujo titular não o usaria encontra tutela na ação *in rem verso*, pela qual serão restituídos a seu patrimônio todos os lucros obtidos a partir do uso ilegítimo de seu bem por

³⁴ "Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir."

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 5 ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, p. 236.

³⁶ "Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário."

³⁷ O requisito da subsidiariedade está referido no artigo 886 do Código Civil: "Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido".

³⁸ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**. p. 119.

terceiro, haja vista que, por força da doutrina do conteúdo da destinação jurídica, apenas o titular dos bens faz jus às vantagens por eles produzidas.³⁹

2.2. Privação do uso e frota de reserva

Situação bastante semelhante, e que surge com frequência nos tribunais brasileiros, diz respeito a acidente de trânsito entre automóvel – cujo condutor é culpado pela colisão – e ônibus, que provoca a retirada do veículo danificado de circulação para os reparos necessários. De regra, as empresas de ônibus concessionárias de serviço público possuem, além da frota regular, frota de reserva destinada a permitir, mesmo diante da necessidade de retirar veículo de circulação para manutenção ou reparo decorrente de avarias, a manutenção do número de carros contratualmente exigido para atendimento da população. Portanto, apesar de o veículo acidentado ser retirado de circulação para conserto, sua substituição por outro da frota de reserva garante que a prestação do serviço permaneça inalterada e a empresa continue a exercer sua atividade econômica como o fazia antes do evento danoso.

O Judiciário costuma condenar o agente culpado pelo acidente a indenizar a transportadora por “lucros cessantes”, apesar de não haver qualquer prejuízo em relação aos lucros auferidos. No julgamento do RE 535979/ES, o STJ decidiu, por unanimidade:

[a] empresa rodoviária tem direito aos lucros cessantes, quando um de seus veículos for sinistrado por culpa de outrem, ainda que possua frota reserva. Segundo o art. 1.059 do CC/1916, não se exige que os lucros cessantes sejam certos, bastando que, nas circunstâncias de cada caso concreto, sejam razoáveis ou potenciais.⁴⁰

³⁹ Sobre a quantificação do que deve ser restituído, confira-se SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**. p. 122 e ss. Veja-se, ainda, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. p. 460 e ss.

⁴⁰ STJ, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, REsp 535979/ES, j. 18.12.2003. Confira-se ainda: STJ, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, REsp 137510/DF, j. 13.8.2001.

Embora a decisão, como a grande maioria das decisões que tratam do tema, atribua indenização a título de lucros cessantes, não se trata, em definitivo, de lucros cessantes, uma vez que a transportadora nada deixou de ganhar. “A rigor”, afirma Gisela Sampaio Guedes, “quando uma transportadora tem seus veículos abalroados, deve-se investigar até que ponto a empresa deixou de cumprir seus contratos, a fim de determinar o que efetivamente deixou de auferir em razão do evento danoso. Diante de uma frota de reserva, que pode perfeitamente substituir o automóvel abalroado, não há que se falar em lucros cessantes”.⁴¹

Ao que tudo indica, a jurisprudência, intuitivamente, percebe a configuração de situação reprovável pelo ordenamento jurídico, e se vale da responsabilidade civil para combatê-la. Há, todavia, um erro de perspectiva. Não há, aqui, dano ressarcível, uma vez que a transportadora se vale de veículo da sua frota de reserva para substituir aquele da frota convencional de cujo uso foi privada. O veículo avariado é imediatamente substituído por outro da frota de reserva, que equivale funcionalmente àquele, de modo que a concessionária mantém inalterado o número de veículos em atividade e não há qualquer alteração na prestação do serviço público.

E mais. Não raro, a manutenção de frota de reserva decorre de exigência do próprio contrato de concessão, hipótese em que, por maior razão, não há dano a ser indenizado, uma vez que os custos da manutenção do veículo substituto já foram contabilizados na equação econômico-financeira daquele contrato, e repassados para os usuários do serviço público.

Com efeito, a privação do uso, aqui, como na hipótese tratada anteriormente, configura suporte fático de enriquecimento por intervenção. O enriquecido, ao abalroar veículo da transportadora, intromete-se em seus bens, comete ingerência não autorizada nos bens da concessionária, uma vez que não lhe deixa outra escolha além de se valer de carro da frota de reserva para substituir

⁴¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. p. 158.

o veículo por ele danificado, a fim de permanecer com o número de carros em circulação necessário ao atendimento dos usuários.

O enriquecimento, neste caso, reside igualmente na poupança de despesa decorrente da intervenção nos bens alheios: ao obrigar a concessionária a se valer da frota de reserva para manter o número adequado de veículos em circulação, o agente poupa os gastos em que incorreria a título de indenização pela privação do uso do ônibus avariado, uma vez que, neste caso, não é difícil vislumbrar os lucros cessantes que a retirada do veículo de circulação causaria à transportadora.⁴² O dano, portanto, seria certo não fosse a frota de reserva, e o agente poupa esse gasto justamente por intervir nos bens da concessionária e obrigá-la a substituir o veículo danificado.

O enriquecimento, também neste caso, se dá à custa de outrem: o agente se aproveita da frota de reserva da empresa de transporte para poupar uma despesa, já que deixa de arcar com a indenização pelos lucros cessantes. Tampouco importa aqui que a intromissão em bens alheios não gere empobrecimento para a concessionária; basta o enriquecimento do causador da privação do uso. Como já se acentuou, a função do enriquecimento sem causa é retirar o enriquecimento do patrimônio do enriquecido, e não recompor perdas patrimoniais do titular do bem que sofre a intervenção, que muitas vezes podem nem ocorrer.

Ausente, ainda, qualquer causa justificadora do enriquecimento. O agente, ao danificar o veículo da transportadora, deixou de incorrer no pagamento da indenização decorrente dos danos produzidos pela retirada do mesmo de circulação porque a concessionária dispunha de frota de reserva, o que não lhe autoriza, todavia, a danificar os seus carros.

Imagine-se, por exemplo, que vários veículos da transportadora tenham sido abalroados, retirados de circulação e substituídos por toda a frota de reserva. Logo em seguida, outro acidente retirou mais um veículo das ruas, sem que

⁴² Sobre lucros cessantes, confira-se GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes:** do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade.

houvesse, todavia, carro da frota de reserva para substituí-lo. Esta segunda hipótese configura suporte fático de responsabilidade civil porque, como não há frota de reserva disponível, a privação do uso do veículo abalroado causa dano efetivo à transportadora. Na primeira hipótese, por sua vez, não há dano a ser indenizado, já que a frota de reserva será utilizada para substituir o veículo de cujo uso é privado.

Ora, por que todos os agentes que colidiram com os veículos e se aproveitaram da existência da frota de reserva para suprir a privação do uso dos carros por eles danificados deveriam estar em situação mais vantajosa do que este último agente, que arcará com os danos provocados pela privação do uso do veículo em que colidiu, por não haver mais frota de reserva disponível? Qual a causa que está presente na primeira situação, a justificar o aproveitamento pelos motoristas de estrutura criada pela empresa transportadora e garantir-lhes situação mais favorável do que o motorista do segundo exemplo? Nenhuma. Não há título justificador do enriquecimento do primeiro grupo de condutores. O objetivo da constituição da frota de reserva não é beneficiar terceiros, evitando que sejam instados a ressarcir os danos causados à frota permanente, protegendo-os de eventual responsabilidade civil, mas sim garantir que a transportadora preste de forma adequada o serviço público que lhe incumbe, atendendo à demanda existente com eficiência. Se os condutores se aproveitam da estrutura criada pela transportadora e são poupados da indenização em sede de responsabilidade civil por não haver configuração do dano de privação do uso, essa poupança de despesa representa, em última instância, enriquecimento por intervenção na estrutura criada pela transportadora (frota de reserva), enriquecimento este desprovido de título justificador.

A rigor, o raciocínio ora empreendido pode ser utilizado em todas as demais hipóteses em que não há supressão das vantagens usufruídas pelo titular do bem de cujo uso é privado, precisamente porque ele mesmo, titular, dispõe de outro bem que o substitui, sem prejuízo do próprio uso a que este bem substituto se destina. Esta hipótese, portanto, é diversa daquela em que o próprio sujeito que causa a privação do uso fornece o bem substituto, em que não há dano e tampouco enriquecimento sem causa. Aqui, ao contrário, é o próprio titular que

providencia a substituição do bem original, a fim de evitar justamente a supressão das vantagens por ele auferidas. Neste caso, não há dano, já que o proprietário cuida de evitá-lo, mas há inegável enriquecimento sem causa do agente, que deixa de incorrer no pagamento de indenização por supressão de vantagens, e poupa despesas interferindo no patrimônio alheio.

De todo modo, inegável que as obrigações de enriquecimento sem causa tutelam, ainda que de forma oblíqua, o interesse do titular à apropriação de tudo que importe aproveitamento de bens ou direitos de sua esfera jurídica, o que se dá pela função restitutória, ou seja, pela restituição ao seu patrimônio de todos os proveitos por ele produzidos que se encontrem indevidamente no patrimônio de terceiros.⁴³

Note-se que, em ambas as hipóteses abordadas – a privação do uso decorrente de utilização por terceiro de bem não usado por seu titular, e a privação do uso de veículo substituído por carro da frota de reserva –, a atribuição do valor retirado do patrimônio do enriquecido ao titular do bem não gera o seu enriquecimento sem causa. Há, aqui, causa jurídica para o incremento patrimonial do referido titular, identificada, precisamente, na teoria da destinação dos bens, segundo a qual quem deve usufruir de todos os benefícios produzidos pelo bem é, de regra, seu titular. Entre manter o enriquecimento no patrimônio do enriquecido e deslocá-lo para o patrimônio do titular, o ordenamento jurídico optou por esta última solução, coerente com a disciplina dos bens e com o princípio da solidariedade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, nota-se a impossibilidade de se construir disciplina única para a privação de uso: de acordo com a situação fática do caso concreto, seu enquadramento dogmático poderá variar, situando-se ora no âmbito da responsabilidade civil, ora no do enriquecimento sem causa.

⁴³ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2013, p. 444.

Ademais, mesmo na hipótese em que o ordenamento jurídico oferece tutela por meio da responsabilidade civil, a privação do uso não encerra, em si mesma, nova espécie de dano, vale dizer, dano autônomo. O dano pressupõe a lesão a interesse jurídico tutelado, que, na hipótese em tela, ocorre por supressão das efetivas vantagens que poderiam ser fruídas por meio do bem. Sendo assim, o dano será material ou moral, consoante o interesse lesado pela não fruição da específica vantagem seja patrimonial ou não.

Se o dano reside na lesão a interesse merecedor de tutela decorrente da não fruição de vantagens produzidas pelo bem, sua substituição por outro de semelhante natureza e função, que permita a fruição de tais vantagens, afasta a configuração do dano.

Por outro lado, há situações em que a privação do uso, embora não cause dano, serve de suporte fático para o enriquecimento por intervenção, a criar para o interventor a obrigação de restituir ao proprietário o incremento patrimonial obtido, por força da teoria da destinação dos bens, segundo a qual ao seu titular pertencem todos os proveitos por ele produzidos. É o que ocorre nas hipóteses em que o titular do bem já não o usava e sequer pretendia fazê-lo, de modo a dele não retirar qualquer vantagem efetiva, e o bem é objeto de intervenção de terceiros sem causa legítima que o autorize.

Da mesma forma, haverá enriquecimento por intervenção sempre que o bem de cujo uso é privado for substituído por outro de semelhante natureza e função pelo próprio titular do bem original, a fim de continuar fruindo das efetivas vantagens produzidas. Assim evita-se a produção do dano que ocorreria não fosse a substituição, e o agente poupa despesa e se enriquece, por força, justamente, da intervenção nos bens alheios.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRANTES GERALDES, António Santos. **Temas da Responsabilidade Civil. Indemnização do Dano da Privação do Uso.** v. I, 3 ed. rev. e atual., Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das Obrigações.** 8 ed. rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2000.

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral.** v. I, 10 ed., Coimbra: Almedina, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369-398.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ**, v. 8, n. 25, Brasília, p. 24-33, abr./jun. 2004.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. **Direito das Obrigações**, v. I, 5 ed., Coimbra: Almedina, 2006.

MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo.** v. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem Causa.** 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações.** 4 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva: 2013.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 5 ed., Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

SAVI, Sérgio. **Reponsabilidade Civil e Enriquecimento sem causa. O Lucro da Intervenção**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da responsabilidade civil à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Os direitos Reais no novo Código Civil. **Temas de Direito Civil**. t. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 147-171.

TEPEDINO, Gustavo. A função social da propriedade e o meio ambiente. **Temas de Direito Civil**. t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 175-199.

TEPEDINO, Gustavo, *et alli*. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Submetido em: Dezembro/2014

Aprovado em: Dezembro/2014