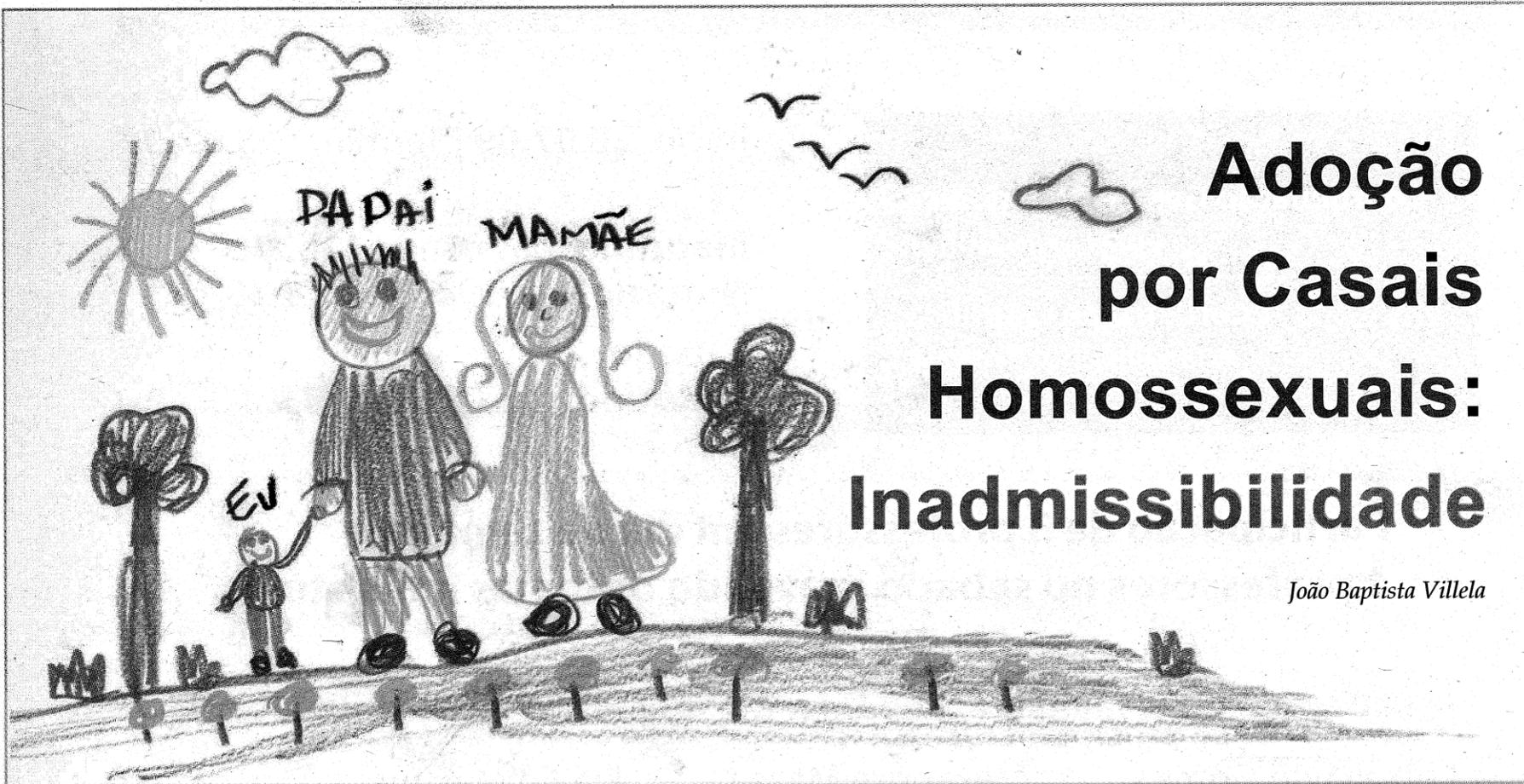


Carta Forense

WWW.CARTAFORENSE.COM.BR



Adoção por Casais Homossexuais: Inadmissibilidade

João Baptista Villela

Edição nº 73

A reparação dos lucros cessantes

A jurisprudência também está repleta de casos em que os lucros cessantes foram arbitrados com base em presunções injustificadas, sem que nenhuma circunstância no caso concreto indicasse, efetivamente, que o "lesado" havia deixado de lucrar.

Gisela S. da Cruz



Plantão judiciário: da litigância de má-fe por tentativa de alteração do juiz natural

As partes podem tentar modificar o juiz natural através da escolha do juiz plantonista.

Flávia Moreira
Guimarães Pessoa

Cessão fiduciária de títulos de crédito e a recuperação judicial

Concentra-se este ensaio na análise da situação do credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis na recuperação judicial da empresa; mais especificamente o crédito garantido por cessão fiduciária.

Jean Carlos
Fernandes

Princípio da proporcionalidade no Processo Penal



Ele impõe a justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais.

Denilson Feitoza
Pacheco

Releitura revigorada do Art. 832, § 1º, da CLT

A verificação da aplicabilidade do dispositivo, como afirmado, depende da investigação da existência, ou não, de tratamento pela legislação processual trabalhista do mesmo fato.

Francisco Gérson
Marques de Lima



Tributação e Direitos Fundamentais

A tributação deve conviver harmonicamente com o exercício dos direitos fundamentais.

Regina Helena Costa



A reparação dos lucros cessantes na jurisprudência

"A razoabilidade como sinônimo de bom senso"

Na responsabilidade civil, a experiência ensina – afirma Díez-PICAZO – que algumas demandas por indenização são exageradas e desmedidas por buscarem seu fundamento no que DERNBURG havia denominado "sonhos de ganância". Na prática, o que se vê é que os mais exorbitantes (ou menos razoáveis) pedidos de indenização têm precisamente o seu fundamento neste conceito imaginário de lucro frustrado. Não é à toa que a expressão "dano hipotético" quase sempre se refere a lucro cessante; afinal, é esta a faceta do dano patrimonial que mais se deixa dominar pela forte soma de incerteza que resulta de se operar com entidades imaginárias. Ao Direito, que não se interessa por sonhos, "(...) compete distinguir cuidadosamente estas 'miragens de lucro', como lhes chama Dernburg, da verdadeira idéia de dano", como já alertava HANS ALBRECHT FISCHER.

A experiência demonstra que o *iter* reconstrutivo da ressarcibilidade de qualquer lucro cessante é um processo cheio de dificuldades, que esbarra na frieza racionalista – de resto, indispensável – dos critérios de repartição do ônus de prova. Especialmente quando a experiência pretérita da vítima não demonstra a existência anterior de lucros semelhantes, é expressivo o número de decisões que negam a reparação dos lucros cessantes mesmo quando esta faceta do dano patrimonial é claramente devida, porque o julgador se sente aí sem um parâmetro seguro que possa servir de base para a sua decisão. A própria expressão "lucros cessantes" conduz a esta conclusão equivocada, porque passa a idéia de um ganho constante ou habitual (reiterado, portanto) que fora interrompido, quando, em realidade, há inúmeras hipóteses de lucros cessantes, já consagradas pela própria jurisprudência, em que o lesado não recebia tais proveitos antes do evento danoso.

Por outro lado, a jurisprudência também está repleta de casos em que os lucros cessantes foram arbitrados com base

em presunções injustificadas, sem que nenhuma circunstância no caso concreto indicasse, efetivamente, que o "lesado" havia deixado de lucrar. Com base na premissa de que nesta esfera não é possível se exigir uma prova cabal do prejuízo, algumas decisões desviam-se para este extremo oposto, adotando presunções que fogem por completo da realidade. Também aqui o princípio da reparação integral é sacrificado – afinal, fere-se tal princípio não apenas quando a indenização fica aquém do dano, mas também, igualmente, quando vai além deste.

As dificuldades não param por aí, evidenciando-se, sobremaneira, quando se trata de avaliar a extensão dos lucros cessantes indenizáveis. Na reparação dos lucros cessantes, chega-se, por vezes, a situações extremas, de autêntica aleatoriedade. Os problemas são, a bem da verdade, de diversas ordens. Não apenas porque algumas realidades dignas de ressarcimento – como, por exemplo, a chamada perda de uma chance – são de problemática inclusão neste campo dos danos patrimoniais, mas, sobretudo, porque, dependendo da natureza da lesão, os pontos de interseção entre os critérios utilizados pelo direito civil e aqueles próprios de outros ramos do direito – tome-se aqui, a título de exemplo, o direito do trabalho – criaram certos pomos discursivos que ora se atraem, ora se repelem, tal qual um contínuo fluxo-refluxo, próprio dos sistemas que ainda estão em busca de sedimentação. É o caso, por exemplo, do lucro cessante decorrente de lesão corporal.

Todo esse "desassossego intelectual" – misto de inquietação e estímulo –, que gira em torno da reparação desta faceta do dano patrimonial, é fruto também da própria definição legal de lucros cessantes, constante do art. 402 do Código Civil, que é fonte permanente de equívocos, por se tratar de uma concepção aberta, carente de concretização. O que se vê, na prática, é que, na ausência de outros parâmetros, a referência ao advérbio "razoavelmente" vem sendo interpretada como uma auto-

rização legal para o julgador determinar, com base no seu único e exclusivo bom senso, se esta faceta do dano patrimonial é devida, para, assim, em caso positivo, fixar o *quantum* indenizatório, mais uma vez com fundamento no bom senso. Chega-se mesmo a afirmar, categoricamente, que "[a] expressão 'o que razoavelmente deixou de lucrar', constante do art. 1.059 do Código Civil [art. 402 do Código Civil de 2002], deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria" (STJ, 4ª T., REsp. 61.512/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.08.1997, v.u., DJ 01.12.1997, p. 62757).

O postulado normativo da razoabilidade, entretanto, não é sinônimo de bom senso. A razoabilidade, que é considerada um princípio constitucional implícito, na reparação dos lucros cessantes aproxima-se mais de um standard, de uma diretiva ou, para usar uma expressão já aventada na doutrina, de um postulado normativo-aplicativo, a indicar que se trata de uma metanorma que deve estruturar e estabelecer os critérios de aplicação de outras normas. A solução encontrada pelo legislador brasileiro, ao prever como parâmetro da indenização dos lucros cessantes a razoabilidade, além de propiciar maior abertura ao sistema, garantindo sua mobilidade, erige a dimensão normativa dos princípios também dentro da perspectiva do controle da atuação judicial.

Na fase atual da responsabilidade civil, para se evitar ou, pelo menos, se minimizar a chamada "loteria forense", os "decisionismos" e as "decisões salomônicas", importa valorizar a argumentação jurídica e ampliar o controle social sobre a fundamentação das decisões. A razoabilidade tem aí, então, um importante papel: embora não estabeleça soluções prévias, com fórmulas matemáticas bem definidas, funciona, na reparação dos lucros cessantes, como uma espécie de guia para o julgador, que deve socorrer-se do

postulado como forma de garantir uma decisão mais criteriosa e fundamentada. A mera referência à razoabilidade não supre, porém, qualquer ausência de fundamentação, já que a razoabilidade não pode ser utilizada como um topos sem arcabouço, nem fundamento normativo.

A importância que tem, para a responsabilidade civil, a identificação das circunstâncias do caso concreto já demonstra, por si só, que a solução para os lucros cessantes não está em equações matemáticas pré-concebidas, mas, sim, num parâmetro aberto que possa adequar-se à realidade de cada vítima. Na reparação dos lucros cessantes, esse parâmetro é a razoabilidade, que aparece aí em consonância com a crescente publicização da responsabilidade civil. Justamente por se tratar de um conceito aberto, a razoabilidade apresenta certas dificuldades para o pensamento jurídico tradicional. A definição do que é razoável dependerá sempre de diversos fatores e influências externas; sujeita-se o conteúdo da razoabilidade, sobretudo, ao momento histórico. O postulado da razoabilidade – como, de resto, todos os institutos jurídicos – é fruto de um processo histórico. O termo é vago, sem dúvida, mas o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de enunciados marcados por essa vagueza semântica, o que, em se tratando de lucro cessante, não deve ser visto como uma imprecisão, mas antes como a solução para os problemas que esta faceta do dano patrimonial encontra na prática. A razoabilidade não é enrijecida, mas dinâmica e apta a moldar-se segundo as circunstâncias do caso concreto; tal qual à boa-fé, estabelece o critério para a valorização judicial do comportamento, e não a solução prévia. Enfim, precisa ser o quanto antes concretizada.

Gisela Sampaio da Cruz

Advogada. Mestre e a Doutora em Direito Civil pela UERJ.