

PROBLEMAS DE DIREITO CIVIL

Homenagem aos 30 anos de cátedra
do Professor **Gustavo Tepedino**
por seus orientandos e ex-orientandos

Organizadores

Anderson Schreiber

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Milena Donato Oliva

Alessandra Tufvesson • Alexandre Ferreira de Assumpção Alves • Alexandre Freitas Câmara • Aline de Miranda Valverde Terra • Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Luíza Maia Nevares • Anderson Schreiber • André Gondinho • André Ricardo Cruz Fontes • Antonella Marques Consentino • Barbara Almeida de Araujo • Bruno Costa Lewicki • Camila Helena Melchior Baptista • Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho • Carlos Tolomei • Celso Quintella Aleixo • Chiara Spadaccini de Teffé • Cíntia Muniz de Souza Konder • Daniela Trejos Vargas • Danielle Machado Soares • Danielle Tavares Peçanha • Danilo Doneda • Deborah Pereira Pinto dos Santos • Diana Loureiro Paiva de Castro • Fabiana Barletta • Fábio de Oliveira Azevedo • Fernanda Sabrinni • Francisco de Assis Viégas • Gabriel Rocha Furtado • Gabriela Tabet de Almeida • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Guilherme Magalhães Martins • João Quinelato de Queiroz • José Roberto de Castro Neves • Juliane Fernandes Queiroz • Laís Cavalcanti • Leonardo Mattietto • Leonardo Roscoe Bessa • Marcelo Junqueira Calixto • Marcos Alberto Rocha Gonçalves • Marcos Alves da Silva • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Maurício Moreira Menezes • Milena Donato Oliva • Nelly Potter • Pablo Renteria • Paula Greco Bandeira • Priscila Mathias Fichtner • Rachel Saab • Rafael Garcia Rodrigues • Raul Murad Ribeiro de Castro • Roberta Mauro Medina Maia • Rodrigo da Guia Silva • Rose Melo Vencelau Meireles • Samir Namur • Sérgio Marcos Carvalho de Avila Negri • Thaita Campos Trevizan • Victor Willcox • Vitor Butruce • Viviane Perez de Oliveira • Vivianne da Silveira Abílio



32316



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

PROBLEMAS DE DIREITO CIVIL

Homenagem aos 30 anos de cátedra
do Professor Gustavo Tepedino
por seus orientandos e ex-orientandos

Anderson Schreiber
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
Milena Donato Oliva

Alessandra Tufvesson • Alexandre Ferreira de Assumpção Alves • Alexandre Freitas Câmara • Aline de Miranda Valverde Terra • Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Luiza Maia Nevares • Anderson Schreiber • André Gondinho • André Ricardo Cruz Fontes • Antonella Marques Consentino • Barbara Almeida de Araujo • Bruno Costa Lewicki • Camila Helena Melchior Baptista • Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho • Carlos Tolomei • Celso Quintella Aleixo • Chiara Spadaccini de Teffé • Cíntia Muniz de Souza Konder • Daniela Trejos Vargas • Danielle Machado Soares • Danielle Tavares Peçanha • Danilo Doneda • Deborah Pereira Pinto dos Santos • Diana Loureiro Paiva de Castro • Fabiana Barletta • Fábio de Oliveira Azevedo • Fernanda Sabrinni • Francisco de Assis Viégas • Gabriel Rocha Furtado • Gabriela Tabet de Almeida • Gisela Sampaio da Cruz Guedes • Guilherme Magalhães Martins • João Quinelato de Queiroz • José Roberto de Castro Neves • Juliane Fernandes Queiroz • Laís Cavalcanti • Leonardo Mattietto • Leonardo Roscoe Bessa • Marcelo Junqueira Calixto • Marcos Alberto Rocha Gonçalves • Marcos Alves da Silva • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Mauricio Moreira Menezes • Milena Donato Oliva • Nelly Potter • Pablo Renteria • Paula Greco Bandeira • Priscila Mathias Fichtner • Rachel Saab • Rafael Garcia Rodrigues • Raul Murad Ribeiro de Castro • Roberta Mauro Medina Maia • Rodrigo da Guia Silva • Rose Melo Vencelau Meireles • Samir Namur • Sérgio Marcos Carvalho de Avila Negri • Thaita Campos Trevizan • Victor Willcox • Vitor Butruce • Viviane Perez de Oliveira • Vivianne da Silveira Abilio



■ O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

■ Fechamento desta edição: 14.09.2021

■ O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

■ Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br

■ Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2021 by
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br

■ Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

■ Capa: Fabricio Vale

■ CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

P956

Problemas de direito civil : homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos / Alessandra Tufvesson ... [et al.] ; coordenação Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Milena Donato Oliva. – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2021.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-65-596-4205-2

1. Direito civil – Brasil. 2. Proteção de dados – Brasil. 3. Contratos – Brasil. 4. Responsabilidade (Direito) – Brasil. 5. Direito de família – Brasil. 6. Herança e sucessão – Brasil. I. Tufvesson, Alessandra. II. Schreiber, Anderson. III. Monteiro Filho, Carlos Edison do Rêgo. IV. Oliva, Milena Donato.

21-73000

CDU: 342.7(81)

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472



SOBRE OS AUTORES

Alessandra Tufvesson

Ex-aluna do Professor Gustavo Tepedino. Juíza de Direito. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Doutor em Direito na área de concentração em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor titular na UFRJ e professor-associado na UERJ. Membro do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas.

Alexandre Freitas Câmara

Doutor em Direito Processual (PUCMINAS). Professor adjunto de Direito Processual Civil da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Desembargador (TJRJ).

Aline de Miranda Valverde Terra

Professora de Direito Civil da UERJ e da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócia de Aline de Miranda Valverde Terra Consultoria Jurídica.

Ana Carolina Brochado Teixeira

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professora de Direito Civil. Coordenadora editorial da *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*. Advogada.

Ana Luiza Maia Nevares

Doutora e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito Civil da PUC-Rio. Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da Família do IBDFAM. Diretora Acadêmica do IBDFAM-RJ. Membro do IBDCivil e do IAB. Advogada.

Anderson Schreiber

Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli studi del Molise* (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador Visitante do *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio fundador do escritório Schreiber Advogados.

André Gondinho

Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Administração pela *Alliance Manchester Business School*. Ex-Professor de Direito Civil em diversas instituições de ensino superior, a exemplo do IBMEC, da Faculdade de Direito Candido Mendes, da Escola de Magistratura do RJ.

André Ricardo Cruz Fontes

Desembargador do TRF-2ª Região e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Antonella Marques Consentino

Advogada. Bacharel Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado (LL.M) pela Columbia University.

Barbara Almeida de Araujo

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Lecionou a cadeira de Direito Civil na Universidade Candido Mendes-Centro e na Pontifícia Universidade Católica-RJ. Ingressou no Instituto Nacional da Propriedade Industrial em 2014. Atualmente, ocupa o cargo de Assistente na Procuradoria Federal Especializada junto ao INPI. Também escreve sobre Propriedade Industrial.

Bruno Costa Lewicki

Doutor em Direito Civil (UERJ). Foi assessor técnico da Comissão de Cultura da Câmara dos Deputados e coordenador do curso de graduação em direito do Ibmecc-RJ. Seu texto neste livro é dedicado a Marcos Souza, gestor público que, em mais de uma passagem pelo Ministério da Cultura, comandou as discussões sobre a reforma da lei autoral brasileira com sabedoria política, determinação férrea, e uma vontade de ensinar apenas comparável ao seu desejo de aprender. Essa história ainda não terminou, e torço para que Marcos, e outros servidores como ele, a continuem.

Camila Helena Melchior Baptista

Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Professor Titular de Direito Civil da UERJ. Ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio fundador de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho Advogados.

Carlos Tolomei

Advogado, Professor, Consultor, Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e *Visiting Scholar* na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Celso Quintella Aleixo

Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Ex-Professor de Direito Civil da Universidade Católica de Petrópolis e da Universidade Estácio de Sá.

Chiara Spadaccini de Teffé

Doutoranda e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é professora de Direito Civil e de Direito e Tecnologia na Faculdade de Direito do IBMEC. Leciona em cursos de pós-graduação do CEPED-UERJ, na Pós-graduação da PUC-Rio, na Pós-graduação do Instituto New Law e na Pós-graduação da EBRADI. É também professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio) e do Data Privacy Brasil. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OABRJ. Membro do conselho executivo da revista eletrônica *civilistica.com*. Membro do Fórum permanente de mídia e liberdade de expressão da EMERJ. Foi professora substituta de Direito Civil na UFRJ e pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio). Associada ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Atua como advogada em áreas do Direito Civil e do Direito Digital e como consultora em proteção de dados pessoais. *E-mail*: chiaradetteffe@gmail.com.

Cíntia Muniz de Souza Konder

Doutora em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito e Sociologia pela UFF. Professora de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e do Ibmecc. Professora dos cursos de Pós-graduação *lato sensu* da UERJ e da PUC-Rio. Advogada.

Daniela Trejos Vargas

Professora adjunta do Departamento de Direito da PUC-Rio, Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio, bacharel em Direito pela PUC-Rio, advogada.

Danielle Machado Soares

Advogada da MD Advogados Associados, Ex-Professora da Universidade Católica de Petrópolis e da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Processo Civil e Mestre em Direito Civil.

Danielle Tavares Peçanha

Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogada. Pesquisadora do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Danilo Doneda

Doutor em direito civil (UERJ), tendo tido como orientador o Prof. Gustavo Tepedino. Advogado. Professor no IDP. Diretor do CEDIS/IDP. Membro do Conselho diretor da IAPP.

Deborah Pereira Pinto dos Santos

Mestre e Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. *Master of Law* pela Faculdade de Direito de Harvard (LLM'18). Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Advogada.

Diana Loureiro Paiva de Castro

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procuradora do Estado de São Paulo.

Fabiana Barletta

Professora-Associada III da UFRJ. Possui pós-doutorado em Direito do Consumidor pela UFRGS. Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

Fábio de Oliveira Azevedo

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor da EMERJ e da AMPERJ. Professor das pós-graduações da PUC e da FGV. Membro do IAB, do IBDCivil, do IBDCont e do Ibradim. Advogado.

Fernanda Sabrinni

Doutora em direito privado pela Universidade Paris II Panthéon-Assas e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Pós-doutora em direito das novas tecnologias pela Universidade de Paris. Conselheira do Comitê brasileiro da Association Henri Capitant. Professora na Ecole Supérieure des Professions Immobilières – ESPI. Laboratoire ESPI2R. Advogada.

Francisco de Assis Viégas

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócio do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Gabriel Rocha Furtado

Doutor e Mestre em Direito Civil (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil (UFPI). Associado ao Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Advogado. *E-mail:* gabriel@rochafurtado.com.br.

Gabriela Tabet de Almeida

Mestre em Direito pela UERJ. Gestão em Segurança Pública e Justiça Criminal no Estado do Rio de Janeiro pela UFF. Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Adjunta do Departamento de Direito Civil da UERJ. Professora da pós-graduação *lato sensu* do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED/UERJ), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), da EMERJ e da EPM. Advogada, parecerista e árbitra.

Guilherme Magalhães Martins

Promotor de Justiça – RJ. Professor-associado de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Professor permanente do Doutorado em Direito, Instituições e Negócios – UFF. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Segundo Vice-Presidente do Instituto Brasilcon e Diretor Institucional do IBERC.

João Quinelato de Queiroz

Professor de Direito Civil do IBMEC. Mestre e Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Presidente da Comissão de Direito Privado e Novas Tecnologias do Conselho Federal da OAB. Diretor Financeiro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. *E-mail:* joaquinelato@gmail.com.

José Roberto de Castro Neves

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Rio) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Advogado.

Juliane Fernandes Queiroz

Professora de Direito Civil PUCMinas. Coordenadora de Cursos de Pós-Graduação IEC PUCMinas. Autora de livros na área de Direito de Família, Sucessões e Bioética. Doutorado em Direito Civil pela UERJ. Pesquisa Pós-Doutoral Università Torino Itália. Advocacia e Consultoria jurídica em Direito Biomédico especializado em RHA.

Laís Cavalcanti

Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Leonardo Mattietto

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado.

Leonardo Roscoe Bessa

Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da graduação e do Programa de Mestrado e Doutorado do CEUB (DF). Professor da Escola Nacional da Magistratura – ENM. Mestre em Direito pela UnB. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Procurador de Justiça do MPDFT. Instagram: @leonardoroscoebeesa.

Marcelo Junqueira Calixto

Doutor e Mestre em Direito Civil (UERJ). Professor Adjunto da PUC-Rio (Mestrado e Graduação) e dos cursos de Pós-Graduação da FGV, da UERJ e da EMERJ. Membro do IBDCivil, do IBDCONT, do IBERC, do BRASILCON e do IAB. Advogado.

Marcos Alberto Rocha Gonçalves

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2019). Professor em cursos de graduação e pós-graduação. Advogado.

Marcos Alves da Silva

Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Doutor pela Universidade Nova de Lisboa. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA (Mestrado e Doutorado). Professor da Fundação do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Advogado em Curitiba – PR.

Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-Rio). Doutor em Direito Civil (UERJ). Professor-associado no Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF-MG).

Mauricio Moreira Menezes

Professor Titular de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado.

Milena Donato Oliva

Professora de Direito Civil e do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Nelly Potter

Doutora em Direito Civil UERJ. Mestre em Direito Civil UERJ. Mestre em Direito Público UCAM. Especialista em contratos FGV. Especialista em Contratos – Universidade de Colônia/Alemanha.

Pablo Renteria

Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Secretário-Geral do Comitê Brasileiro da *Association Henri Capitant*. Fundador do Escritório Renteria Advogados.

Paula Greco Bandeira

Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Priscila Mathias Fichtner

Doutora em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Sócia no Escritório Chalfin, Goldberg e Vainboim Advogados.

Rachel Saab

Advogada. Doutoranda em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Rafael Garcia Rodrigues

Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Universitário. Procurador do Trabalho.

Raul Murad Ribeiro de Castro

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Sócio do Denis Borges Barbosa Advogados. *E-mail*: raulmurad@dbba.com.br.

Roberta Mauro Medina Maia

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Uerj. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Ex-aluna dos cursos de Negociação da Universidade de Harvard (2016), de Mediação Empresarial do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (2020) e de Mediação de Conflitos Judicializados da Universidade de Pepperdine (2021). Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e ao Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (IBRADIM). Advogada.

Rodrigo da Guia Silva

Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador visitante do Instituto Max-Planck de Direito Privado Comparado e Internacional, Hamburgo – Alemanha. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Sócio do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

Rose Melo Vencelau Meireles

Professora Adjunta de Direito Civil da UERJ, Procuradora da UERJ, Mestre (2003) e Doutora (2008) em Direito Civil pela UERJ. Advogada e Mediadora.

Samir Namur

Mestre e doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor universitário e advogado.

Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Civil pela *Università degli Studi di Camerino* (Itália). *E-mail*: sergio.negri@ufjf.edu.br.

Thaita Campos Trevizan

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci/ Uniasselvi/SP. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES).

Victor Willcox

Mestre e Doutorando em Direito Civil do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

Vitor Butruce

Doutor em Direito Comercial (USP). Mestre em Direito Civil (UERJ). Sócio do BMA – Barbosa Müssnich Aragão.

Viviane Perez de Oliveira

Advogada graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV/RJ). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Sócia fundadora do escritório Perez & Barros Sociedade de Advogados.

Vivianne da Silveira Abílio

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Sócia do Escritório Gustavo Tepedino Advogados – GTA.

SUMÁRIO

Parte I TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

1	A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA SUA APLICAÇÃO <i>Alexandre Ferreira de Assumpção Alves</i>	3
2	CORPO, AUTONOMIA EXISTENCIAL E CONSTRUÇÃO DA VIDA PRIVADA <i>Ana Carolina Brochado Teixeira</i>	29
3	A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO: ONTEM E HOJE <i>Anderson Schreiber</i>	50
4	MARCHAS E CONTRAMARCHAS DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DO AUTOR <i>Bruno Lewicki</i>	60
5	O DIREITO ADQUIRIDO SOB O PRISMA CIVIL CONSTITUCIONAL <i>Carlos Tolomei</i>	78
6	A CATEGORIA ESPECIAL DOS DADOS SENSÍVEIS: FUNDAMENTOS E CONTORNOS <i>Chiara Spadaccini de Teffé</i>	97
7	LEITURA CIVIL-CONSTITUCIONAL DA CONCESSÃO DE CRÉDITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO <i>Cíntia Muniz de Souza Konder</i>	124
8	A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS <i>Danilo Doneda</i>	143
9	INVALIDIDADE E CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: HISTÓRIA, DOGMÁTICA E CRÍTICA DOS INSTITUTOS <i>Leonardo Mattietto</i>	154

10	A NOVA LEI DO CADASTRO POSITIVO <i>Leonardo Roscoe Bessa</i>	171
11	DOS BENS COMUNS AOS COMPORTAMENTOS COMUNS <i>Marcos Alberto Rocha Gonçalves</i>	185
12	NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E PATRIMÔNIO SEPARADO <i>Milena Donato Oliva</i>	197
13	PRESCRIÇÃO: UMA RECONSTRUÇÃO FUNCIONAL <i>Rachel Saab</i>	209
14	AUTONOMIA PRIVADA E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO <i>Rafael Garcia Rodrigues</i>	228
15	REFLEXÕES SOBRE A ABRANGÊNCIA DO DIREITO DE EXCLUSÃO EM PATENTES <i>Raul Murad Ribeiro de Castro</i>	241
16	A (DES)NATURALIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E A EXPROPRIAÇÃO DA SUBJETIVIDADE <i>Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri</i>	259
17	O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NO TEMPERAMENTO DAS PATOLOGIAS NEGOCIAIS <i>Victor Willcox</i>	271

Parte II OBRIGAÇÕES E CONTRATOS

18	CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA: FUNÇÃO, ESTRUTURA E OPERATIVIDADE <i>Aline de Miranda Valverde Terra</i>	303
19	O ABUSO DE DIREITO POTESTATIVO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL <i>Camila Helena Melchior Baptista de Oliveira</i>	320
20	RESOLUÇÃO POR INADIMPLEMENTO EFICIENTE DO CONTRATO: INDENIZAÇÃO E LUCRO DA INTERVENÇÃO <i>Deborah Pereira Pinto dos Santos</i>	337
21	POTENCIALIDADES FUNCIONAIS DAS CLÁUSULAS DE NÃO INDENIZAR: RELEITURA DO REQUISITO TRADICIONAL DE VALIDADE REFERENTE AO DOLO E À CULPA GRAVE DO DEVEDOR <i>Diana Loureiro Paiva de Castro</i>	356
22	A REVISÃO DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR <i>Fabiana Rodrigues Barletta</i>	373

23	A PROTEÇÃO CONTRA CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS – ANÁLISE COMPARATIVA DO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO FRANCÊS <i>Fernanda Sabrinni</i>	385
24	O ARTIGO 473, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL E A CHAMADA SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA DENÚNCIA SOB A PERSPECTIVA DO GIUSTO RIMEDIO <i>Francisco de Assis Viégas</i>	397
25	O CÓDIGO DO CONSUMIDOR E AS CLÁUSULAS PENAIAS <i>José Roberto de Castro Neves</i>	415
26	NOTAS SOBRE O CONTEÚDO DO SINALAGMA E SEUS REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO <i>Laís Cavalcanti</i>	429
27	O CONTRATO COMO MECANISMO DE ALOCAÇÃO DE RISCOS CONTRATUAIS: O EXEMPLO DA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE PELO FORTUITO <i>Paula Greco Bandeira</i>	448
28	A BOA-FÉ QUALIFICADA NOS CONTRATOS DE SEGURO <i>Priscila Mathias Fichtner</i>	460
29	DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA AO ENRIQUECIMENTO INJUSTO <i>Rodrigo da Guia Silva</i>	480
30	DIREITO A NÃO CUMPRIR: NOTAS SOBRE O PERFIL FUNCIONAL DA EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO <i>Vitor Butruce</i>	501
31	AS CLÁUSULAS PENAIAS NO DIREITO BRASILEIRO: CRITÉRIOS DISTINTIVOS ENTRE CLÁUSULAS PENAIAS MORATÓRIA E COMPENSATÓRIA <i>Vivianne da Silveira Abílio</i>	526

Parte III RESPONSABILIDADE CIVIL

32	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS: DA CULPA AO CONCEITO OBJETIVO DE ILICITUDE <i>Alessandra Tufvesson</i>	549
33	DE VOLTA À REPARAÇÃO DO DANO MORAL: 30 ANOS DE TRAJETÓRIA ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS <i>Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho</i>	563

34	DESAFIOS NA REPARAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES: A IMPORTÂNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO <i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	578
35	CONSUMO, RESPONSABILIDADE E VULNERABILIDADE NA INTERNET <i>Guilherme Magalhães Martins</i>	602
36	DESAFIOS DA CLÁUSULA GERAL DE RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: <i>João Quinelato de Queiroz</i>	617
37	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO POR OMISSÃO E OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 608.880/MT <i>Marcelo Junqueira Calixto</i>	637
38	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO SOB A PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL <i>Thaita Campos Trevisan</i>	651

Parte IV DIREITOS REAIS

39	POR QUE A HIPOTECA NÃO É UM VERDADEIRO DIREITO REAL? <i>Alexandre Freitas Câmara</i>	673
40	O PRINCÍPIO DA TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS <i>André Gondinho</i>	684
41	A PROTEÇÃO FUNCIONAL DA POSSE DOS BENS PÚBLICOS: ESTUDO DA AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE <i>Barbara Almeida de Araujo</i>	696
42	AS GARANTIAS MOBILIÁRIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UMA PROPOSTA DE MODERNIZAÇÃO <i>Daniela Trejos Vargas</i>	711
43	SITUAÇÕES DE FATO: CONDOMÍNIO DE ÁGUAS <i>Danielle Machado Soares</i>	726
44	CONDOMÍNIO EDILÍCIO ENTRE FORMALISMO E FUNÇÃO: NOVAS ESTRUTURAS E MERECEMENTO DE TUTELA <i>Fábio de Oliveira Azevedo</i>	742
45	A COLIGAÇÃO DE DIREITOS REAIS NOS CONDOMÍNIOS HOTELEIROS <i>Gabriel Rocha Furtado</i>	758

46	DIREITO REAL E RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO* <i>Pablo Renteria</i>	774
47	OPONIBILIDADE ERGA OMNES E BOA-FÉ SUBJETIVA: REFLEXÕES SOBRE A USUCAPIÃO TABULAR E O ART. 54 DA LEI 13.097/2015 <i>Roberta Mauro Medina Maia</i>	791

Parte V FAMÍLIA E SUCESSÕES

48	A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO TESTAMENTO <i>Ana Luiza Maia Nevares</i>	813
49	NACIONALIDADE BRASILEIRA E ADOÇÃO INTERNACIONAL <i>André R. C. Fontes</i>	823
50	PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS ANTE O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL <i>Celso Quintella Aleixo</i>	828
51	O BEM DE FAMÍLIA EM PERSPECTIVA FUNCIONAL: (IM)PENHORABILIDADE DO IMÓVEL LUXUOSO <i>Danielle Tavares Peçanha</i>	845
52	TUTELA DA PESSOA HUMANA E MANIPULAÇÃO EMBRIONÁRIA NA FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> <i>Gabriela Tabet de Almeida</i>	866
53	GAMETAS E EMBRIÕES HUMANOS NO LIMBO DO ESQUECIMENTO <i>Juliane Fernandes Queiroz</i>	884
54	REFLEXÕES PREAMBULARES SOBRE AS CONJUGALIDADES CONTEMPORÂNEAS: ESTADO, LAICIDADE E LIBERDADE <i>Marcos Alves da Silva</i>	897
55	FUNDAMENTO DA TUTELA POSSESSÓRIA E O PAPEL DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NO CONTEXTO DA AUTONOMIA DA POSSE FRENTE À PROPRIEDADE <i>Marcus Eduardo de Carvalho Dantas</i>	908
56	A CAMINHO DA NORMATIVA DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS <i>Rose Melo Vencelau Meireles</i>	928
57	DESCONSTRUINDO O DISCURSO JURÍDICO DO CASAMENTO: ANTES E AINDA <i>Samir Namur</i>	943

Parte VI
SOCIETÁRIO

58	REFLEXÕES SOBRE O CONTRATO DE ADESÃO <i>Antonella Marques Consentino</i>	957
59	DIREITO SOCIETÁRIO NA CONSTITUIÇÃO <i>Mauricio Moreira Menezes</i>	976
60	GRUPOS SOCIETÁRIOS DE FATO: BREVE ENSAIO SOBRE UMA REALIDADE SOCIETÁRIA CONTEMPORÂNEA <i>Nelly Potter</i>	995
61	REVISITANDO O TEMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA <i>Viviane Perez de Oliveira</i>	1006

PARTE I
TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL E
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

34

DESAFIOS NA REPARAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES:
A IMPORTÂNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DA
RAZOABILIDADE NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO

GISELA SAMPAIO DA CRUZ GUEDES

Sumário: 1. Introdução. 2. A razoabilidade como *topos* normativo a ser concretizado. 3. Desafios e pontos de atenção na reparação dos lucros cessantes. 3.1 O julgador deve investigar o que normalmente acontece. 3.2 O julgador deve observar o aspecto individual do caso concreto. 3.3 O julgador deve analisar a correspondência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. 3.4 O julgador deve avaliar o suporte empírico existente. 3.5 O julgador deve descontar eventuais despesas operacionais e outros gastos que o lesado teria em condições normais. 3.6 O julgador deve avaliar eventuais benefícios trazidos pelo evento danoso. 3.7 O julgador deve estabelecer qual é o termo inicial dos lucros cessantes. 3.8 O julgador deve estabelecer qual é o termo final dos lucros cessantes. 3.8 O julgador deve verificar se os lucros cessantes podem ser cumulados com outras verbas. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A experiência ensina – afirma Díez-Picazo – que algumas demandas por indenização são exageradas e desmedidas por buscarem seu fundamento no que Dernburg havia denominado de “sonhos de ganância”.¹ 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 situações hipotéticas.

Ao Direito, que não se interessa por sonhos, “(...) compete distinguir cuidadosamente estas miragens de lucro”, como lhes chama Dernburg, da verdadeira ideia de dano”, como já alertava Hans Albrecht Fischer.² 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 ideia 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, há certos pontos de interseção entre os critérios utilizados pelo Direito Civil e aqueles próprios de outros ramos do direito – como o Direito do Trabalho, por exemplo – que ainda estão em busca de sedimentação.

Todo esse “desassossego intelectual” 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 autorização 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.

O postulado normativo da razoabilidade, entretanto, não é sinônimo de bom senso. No Brasil, como nosso estimado professor homenageado já teve a oportunidade de esclarecer: “invoca-se, de modo acrítico, a razoabilidade como parâmetro final das decisões, bem como sua equivalência aos mais diversos conceitos”.³

¹ Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938, pp. 49-50.

² Gustavo Tepedino, “A razoabilidade na experiência brasileira”, In: Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira e Vitor Almeida (coord.), *Da dogmática à efetividade do direito civil*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30.

³ Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 2000, p. 323.

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 a boa-fé, estabelece o critério para a valorização judicial do comportamento, e não a solução prévia. Enfim, precisa ser o quanto antes concretizada, senão corre o risco, já aventado por Gustavo Tepedino, “de apresentar-se como reforço hermenêutico ocioso ou, pior, revelador de valoração subjetiva do magistrado, à moda de antiga anedota que considerava que os grandes conflitos acabam sendo decididos pelo magistrado experiente, de acordo com o *jeitão* da controvérsia”.⁴

2. A RAZOABILIDADE COMO TOPOS NORMATIVO A SER CONCRETIZADO

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 a ausência de fundamentação, já que o postulado não pode ser utilizado como um *topos* sem arcabouço, nem fundamento normativo.

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.

Como esclarece Agostinho Alvim, o advérbio “razoavelmente” constante do atual art. 402 do Código Civil “não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma do prejuízo)”.⁵ O art. 402 do Código Civil contém, ao seu ver, “(...) uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não [apenas] em sua quantidade”.⁶

Sendo assim, faz-se necessário que o postulado da razoabilidade seja concretizado. Daí que para se compreender a razoabilidade, o melhor critério é o que busca ressaltar as suas funcionalidades. No feixe de significados da razoabilidade, destacam-se os três mais ligados às funções que o postulado desempenha na reparação dos lucros cessantes: razoabilidade como *equidade*, razoabilidade como *congruência* e razoabilidade como *equivalência*. A partir destas três noções abertas, a razoabilidade pode ser traduzida em comandos mais específicos que têm por finalidade orientar o julgador de forma um pouco mais objetiva.

⁴ Gustavo Tepedino, “A razoabilidade na experiência brasileira”, cit., 30.

⁵ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 206.

⁶ Agostinho Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 206.

A razoabilidade como equidade exige a relação da norma geral com as particularidades do caso concreto, seja a apontar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja a indicar em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas circunstâncias especiais, deixa de se enquadrar no modelo geral dos casos daquela espécie. A razoabilidade como congruência impõe a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, quer demandando uma relação de congruência entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir, quer reclamando que se observe o suporte empírico existente. Já a razoabilidade como equivalência ordena a relação de correspondência entre duas grandezas, quais sejam, o dano e a indenização, equilibrando-as. É esta vertente que irá auxiliar o nexos causal na sua função de delimitar a extensão do dano, aparando as arestas que devem realmente ficar de fora da indenização.

Na prática, essas três vertentes da razoabilidade – *equidade*, *congruência* e *equivalência* (proporcionalidade) – se complementam. A partir delas é possível extrair uma espécie de “guia” para orientar o julgador no momento de fixar a indenização devida a título de lucros cessantes. Os “pontos de atenção”, referidos neste artigo, nada mais são do que uma tentativa de dar mais concretude à razoabilidade, que, evidentemente, sempre poderá ser revista e incrementada, observando o momento histórico.

3. DESAFIOS E PONTOS DE ATENÇÃO NA REPARAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

3.1. O julgador deve investigar o que normalmente acontece

Na reparação dos lucros cessantes, o julgador nunca terá a *certeza* de que o lucro seria alcançado não fosse o evento danoso, mas deve supor “que o lesado teria obtido um lucro que qualquer pessoa teria feito empregando uma diligência média (que o lesado teria vendido as mercadorias ao preço do mercado, arrendado a casa nas condições normais naquela terra e naquele momento, etc.)”.⁷ Para a configuração dos lucros cessantes, embora não baste a simples possibilidade de realização de lucro, também não é indispensável a absoluta certeza de que estes teriam se verificado sem a interferência do evento danoso. Presume-se o que normalmente acontece, porque “[a] certeza dos lucros cessantes, bem como dos prejuízos futuros, baseia-se, pois, na evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos”.⁸

Afirma a doutrina que existe manifestamente lucro frustrado quando, por exemplo, para alcançar tal lucro, o prejudicado não tivesse de exercer qualquer atividade. Nessa linha, tome-se a seguinte situação hipotética, formulada por Hans Fischer: “[V]alendo-se de ardis fraudulentos, X consegue que ‘A’, pouco antes de morrer, revogue o testamento em que instituíra ‘B’ seu herdeiro universal. Trata-se dum caso nítido de *lucrum cessans*, visto que, sem a fraude, ‘B’ teria adquirido a herança *ipso jure*, como dispõe o código civil”.⁹ Outro exemplo, extraído do direito contratual, é o do vendedor que, em virtude de impossibilidade superveniente de que ele mesmo é culpado, não transmite ao comprador a casa de habitação vendida, a qual aumenta consideravelmente de valor

Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1998, Coimbra: Almedina, 1998, p. 84, nota 45.

fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., pp. 386-387. No mesmo sentido, observa Jaime Santos Briz: “Como dice el § 252, p. 2, del Código alemán, ha de tratarse de una ganancia frustrada que, con cierta probabilidad, fuera de esperar según el curso normal (ulterior) de las cosas o de las circunstancias del caso concreto” (*La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 251).

Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 51-52.

em consequência de ser incluída no traçado de novas ruas. Em ambas as hipóteses, não há dúvida de que são devidos os lucros cessantes, já que advêm do curso ordinário dos acontecimentos, sem qualquer interferência do prejudicado.¹⁰

Estão também compreendidos neste conceito os casos em que a realização do lucro teria decorrido de uma simples aceitação ou, então, do cumprimento de uma condição potestativa a cargo do lesado. Isto porque não há motivo para supor – a menos que efetivamente se prove – que o prejudicado não teria aproveitado tão fácil ocasião.¹¹ Já nas situações em que, com a atividade do lesado, se teria de combinar a vontade de um terceiro, a determinação do lucro cessante torna-se mais complicada. Quando a participação de terceiro se acha garantida contratualmente, costuma-se contar com ela como se conta com um fato certo.¹² Quando tal participação, independentemente da existência dos referidos contratos, seja realizável de maneira fácil, a mesma solução costuma ser aplicada.¹³

Com um passo adiante, pode-se dizer que também se deve incluir na categoria do lucro cessante as aquisições das quais o ofendido teria se beneficiado só com a observância da diligência comum. No curso normal, deve ser relacionado o desenvolvimento do mínimo de diligência exigível que no comércio, por exemplo, se observa no homem médio. Ao se avançar um pouco mais, bem se vê que não basta, para destruir a referida presunção, mostrar que o prejudicado não é pessoa particularmente diligente, tendo já faltado em outras ocasiões – ao causador do dano cabe provar que aquele alegado benefício não se teria efetuado. E esta regra não vale só a favor, mas também contra quem pleiteia a indenização: não deve admitir-se a probabilidade de lucros resultantes de atos que normalmente acarretam prejuízos e que, portanto, toda pessoa inteligente tenderia a evitar.¹⁴

¹⁰ Pereira Coelho chega até mesmo a se referir a duas modalidades de lucro cessante: (i) lucro cessante verificado por si só e (ii) lucro cessante que depende do comportamento do lesado (*O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, cit., p. 83, nota 44).

¹¹ É o que afirma Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., pp. 252-253.

¹² Essa foi também a conclusão a que chegou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao examinar um caso em que, para se configurar os lucros cessantes, a atividade do lesado teria de ser combinada com a vontade de um terceiro, já manifestada em contrato. Tratava-se de um contrato de transporte em que a transportadora, no curso da condução, deixara tombar um dos equipamentos que compunha sua carga, com perda total. Como prova dos lucros cessantes que sofreu, a contratante trouxe aos autos do processo o contrato de locação do tal equipamento – contrato por prazo determinado –, que comprovava que receberia a título de aluguel quinze mil reais por mês, durante doze meses, o que perfazia o total de cento e oitenta mil reais. (TJ/RS, 11ª CC, AC 70017845173, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 13.06.2007, v.u., publ. 29.06.2007).

¹³ Suponha-se, por exemplo, que o locatário, a quem fora concedido o direito de sublocar, já celebrou contrato de sublocação. Nestas condições, poderá o inquilino exigir que o locador, que se negou culposamente a pô-lo na posse do imóvel alugado, lhe abone a título de indenização o equivalente à diferença entre as rendas estipuladas no contrato de sublocação e as que ele próprio devia satisfazer. E, na visão de Hans Fischer, se o locatário tiver alugado o imóvel comprovadamente com o intuito de sublocar, “(...) terá mesmo direito a incluir no cômputo dos danos a provável renda normal do prédio a sublocar se, não tendo ainda encontrado arrendatário nem fechado contrato de sublocação no momento de sobrevir o facto danoso, se tratar, todavia, do arrendamento numa casa situada perto da estação de caminho de ferro em época de intenso tráfico de passageiros, ou numa praia da moda durante a temporada de banhos” (Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 55-57). Isto porque, em ambas as situações, seria legítimo presumir que a sublocação seria, de fato, realizada.

¹⁴ Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 51-52.

Outro ponto importante – em se tratando, por exemplo, de mercadorias de fácil comercialização, como são os títulos negociáveis na Bolsa de Valores – é a questão de se averiguar se o lesado queria de fato desfazer-se dessas mercadorias e, na hipótese afirmativa, se teria podido vender na oportunidade mais favorável do mercado. É razoável computar na indenização o preço máximo de valorização na Bolsa? A realização da venda logo na mais favorável conjuntura, ainda que possível, não é provável. Estes possíveis lucros, que exigem o aproveitamento da melhor oportunidade, o momento mais conveniente etc., sequer podem admitir-se quando o prejudicado seja um comerciante dedicado por profissão a realizar negócios dessa índole, tanto mais se o prejudicado se tratar de um homem comum do comércio. Fora destes casos, sempre que a realização do lucro não apareça como provável consequência de um negócio já perfeito, o credor da indenização deverá provar que dispunha de um contratante ou que, de fato, poderia encontrá-lo – aqui já é ténue a fronteira entre os lucros cessantes e a chamada perda de uma chance –, sob pena de se chegar a decisões muito pouco plausíveis e mesmo injustas que é, justamente, o que se pretende evitar por meio da aplicação do postulado da razoabilidade.

De resto, para investigar o que normalmente acontece, o julgador não deve perder de vista a experiência pretérita do lesado, quer dizer, o que habitualmente ocorria em sua atividade, seus planos de ações e de negócios, as declarações de imposto de renda dos anos anteriores etc. Para que os lucros cessantes sejam considerados devidos, contudo, não é absolutamente necessário que o lesado comprove sua experiência pretérita lucrativa. Quer dizer: a experiência pretérita do lesado é importante e deve ser considerada, mas isto não significa que lucro cessante é apenas aquilo que o lesado já vinha auferindo e deixou de perceber por conta do evento danoso.

O adjetivo “cessante”, que compõe a expressão, pode conduzir a esta conclusão equivocada, mas a jurisprudência está repleta de hipóteses em que os lucros cessantes foram legitimamente presumidos, mesmo sem o lesado ter demonstrado que já percebia aqueles rendimentos anteriormente. Basta lembrar dos casos de promessa de compra e venda de imóvel ainda em construção, em que o incorporador atrasa a entrega da unidade imobiliária. O lesado não precisa provar que todos os seus outros imóveis estão alugados para fazer jus aos lucros cessantes. Nessas situações, o critério eleito pela jurisprudência é o da comparação de mercado: fixa-se a indenização com base no valor locatício dos imóveis que se revestem das mesmas características naquela localidade.

Sem dúvida, em determinadas hipóteses, quando o lesado comprova a renda auferida no passado, torna-se muito mais fácil para o julgador determinar o *quantum* devido a título de lucros cessantes. Dependendo do caso, a experiência pretérita pode mesmo ser fundamental, principalmente quando não houver outro critério para se chegar ao que o lesado razoavelmente deixou de ganhar. A falta de experiência pretérita levou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) a negar – com razão – os lucros cessantes num caso de uma empresa que não tinha chegado a funcionar.¹⁵

Assim como a experiência pretérita, os orçamentos empresariais anuais e quaisquer outras projeções desse tipo também podem ajudar na indicação do que o lesado ganharia se não fosse

¹⁵ STJ, 3ª T., REsp. 253068/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.12.2002, v.u., DJ 04.08.2003, p. 290. Neste caso, a comparação com outra empresa do ramo não parecia mesmo legítima, porque, como bem ponderou o relator, o Min. Ari Pargendler: “Ninguém pode prever se um empreendimento no âmbito da indústria, comércio ou serviços será lucrativo. (...) O lucro pode, sim, ser visualizado sempre que autorizado por fatos antecedentes [ou por outras provas], nunca por suposições”. No caso concreto, o lesado teria, então, que ter acostado aos autos todos os contratos já negociados para quando a empresa começasse a operar, para que, pelo menos em perícia, se pudesse chegar a alguma conclusão mais precisa. O fato é que, sem tais demonstrações, não era mesmo razoável presumir que a empresa geraria lucros logo de início, porque não é isso o que normalmente acontece.

o evento danoso. Da mesma forma, em alguns casos, a própria comparação de mercado, com recurso aos sindicatos de classe, pode ajudar nesta busca.¹⁶ Como se vê, o importante é investigar o que normalmente acontece, tomando por base o que a experiência demonstra, mas sem deixar de atentar para as medidas e providências adotadas pelo lesado, bem como para a comparação de mercado. Qualquer alegação que fuja do que normalmente acontece deve ser comprovada, porque o postulado da razoabilidade, na sua vertente equidade, indica que não se deve presumir o extraordinário.

3.2 O julgador deve observar o aspecto individual do caso concreto

Para além do que normalmente acontece, como anota Pereira Coelho,¹⁷ fica aberta ao lesado a possibilidade de provar, em face das circunstâncias especiais do caso concreto, aqueles pressupostos do lucro cuja verificação não possa ter-se como *normal*, no sentido apontado. A

¹⁶ A comparação de mercado é um critério útil para a apuração dos lucros cessantes, mas o julgador precisa ficar atento, porque nem sempre a comparação sugerida pelo lesado é, de fato, adequada. Basta pensar no caso julgado pelo STJ envolvendo o Shopping Eldorado Pamplona (STJ, 3ª T., REsp. 1.750.233/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.02.2019, v.u.). A sociedade Optical Sunglasses Ltda. (“Sunglasses”), na qualidade de locatária, havia firmado contrato de locação de loja de uso comercial com Verparinvest S.A. (“Verparinvest”), locadora e dona do empreendimento consistente no Shopping Eldorado Pamplona. Como o shopping sequer chegou a ser construído, o contrato de locação foi descumprido pela Verparinvest. A Sunglasses, então, ingressou em juízo pleiteando a resolução do contrato cumulada com perdas e danos. A rigor, nesse caso, as perdas e danos que poderiam ser cumuladas com o pedido de resolução deveriam ter por objetivo recompor tão somente o interesse negativo do credor. No entanto, o juiz de 1ª instância entendeu que a Sunglasses fazia jus ao que ela deixou de ganhar com aquele específico negócio descumprido, por não ter podido abrir uma loja no shopping. Na liquidação de sentença por arbitramento, o juiz de 1ª instância homologou laudo pericial baseado em balanços contábeis de outra loja de mesma marca comercial, estabelecida em shopping de outra região da cidade de São Paulo, para chegar ao valor da indenização. Afirmou-se, na ocasião, que “o cálculo dos lucros cessantes foi baseado em dados objetivos de outra loja da Recorrente/Exequente, aberta em outro Shopping da mesma cidade, e na mesma época em que ocorreria a inauguração do Shopping Eldorado Pamplona, projetando para 5 (cinco) anos, período de duração do Contrato (...) e, por isso, não se justifica a aplicação da teoria da perda da chance”. Em 2ª instância, o TJ/SP reformou a decisão, reconhecendo a “incontornável falta de parâmetros de faturamento próprio que pudesse servir de esteio para a quantificação do lucro que deixara de ter em razão do inadimplemento do agravante”, mas, aplicando a teoria da perda da chance, “entendeu ser razoável fixar a indenização em 50% do valor apurado no laudo pericial”. Ambas as partes ficaram insatisfeitas com a decisão e recorreram para o STJ. A 3ª Turma do STJ entendeu, a nosso ver com razão, que, “se a atividade empresarial sequer teve início, não há elementos suficientes para que se afira a razoável probabilidade de que os lucros reclamados pela OPTICAL SUNGLASSES LTDA de fato ocorreriam, sobretudo porque sofrem interferência de diversos outros fatores externos, citados, inclusive, no acórdão recorrido, como localização, perfil do consumidor na região, acessibilidade e, fundamentalmente, a administração da unidade de negócio”. De fato, ainda que a apuração dos lucros cessantes tenha sido feita tomando como parâmetro outra loja da mesma rede, essa comparação era totalmente descabida, porque se tratava de loja de shopping localizado em outra região, com outro público alvo e em empreendimento já consolidado. Isso sem falar no fato de que, nesse caso, a Sunglasses estava pleiteando os lucros cessantes que integravam o seu interesse positivo, quando o certo seria, cumulativamente com o pedido de resolução, ela pleitear apenas o seu interesse negativo (e os lucros cessantes que eventualmente fizessem parte do interesse negativo).

¹⁷ Francisco Manuel Pereira Coelho, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, cit., p. 84, nota 45.

razoabilidade impõe também, portanto, o apreço do aspecto individual do caso. Dependendo da conjuntura, das especificidades do caso concreto, a reparação dos lucros cessantes não pode guiar-se pelo parâmetro do que normalmente acontece. Esta advertência leva à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a observação do curso normal dos fatos é necessária, mas, por si só, não é suficiente.

Com efeito, pode acontecer de o lesado não se conformar com o lucro verossímil segundo o curso normal das coisas. E, de fato, se as circunstâncias especiais do caso e, particularmente, as medidas e providências adotadas pelo lesado lhe permitam esperar lucros maiores, “nada lhe estorva o exigir a indenização deles”.¹⁸ Tomar como critério as especificidades do caso concreto está, em realidade, até mais de acordo com o espírito da reparação do que atender ao curso normal das coisas. No fundo, o critério aplicável é único, servindo a distinção entre “o curso normal das coisas” e as “especiais circunstâncias concretas” apenas para assinalar o peso da prova, já que esta é mais fácil quando se invoca o decorrer habitual dos negócios.

No que tange aos fatos controversos, o ônus da alegação e da prova recai sobre os ombros do autor que, ao invocar “o curso normal das coisas”, desloca a obrigação para o réu.¹⁹ Assim é que, em nenhum caso de avaliação de lucros cessantes, o julgador deve afastar-se do aspecto individual.²⁰ Da mesma forma, também quando se toma exclusivamente por guia a situação pessoal do prejudicado, não se chega a qualquer conclusão segura a respeito dos lucros efetivamente frustrados, se de todo se prescindir dos ensinamentos gerais que a experiência oferece.

Então, quando se considera, na jurisprudência, a idade de sessenta e cinco anos como a expectativa de vida produtiva média do brasileiro,²¹ está a se pensar no comum dos casos, mas não na hipótese, por exemplo, de o dano atingir um agente desportivo de alta competição. Quando a prática desportiva tem caráter profissional, quaisquer lesões corporais sofridas pelo praticante são, seguramente, causa de lucros cessantes significativos, mais fáceis de determinar se o agente desportivo trabalhar por conta de outrem, recebendo uma remuneração certa, do que se for autônomo. As especificidades desses contratos, de um lado, e a aleatoriedade da evolução das carreiras desportivas, de outro, colocam o julgador diante de um verdadeiro quebra-cabeça em matéria de determinação de lucros cessantes. Seja como for, o fato é que, quando o atleta se vê impossibilitado de continuar a exercer a sua atividade, não se deve presumir que ele competiria até os sessenta e cinco anos. A presunção cede, então, lugar para as especificidades do caso concreto.

Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 57-58.

É o que explica, por outras palavras, Hans Fischer: “Se eu afirmo haver-se-me tornado impossível um lucro que teria podido alcançar empregando uma diligência média se não fosse o facto danoso, ao indemnizante pertencerá mostrar que é destituída de valor esta alegação do provável, do verossímil. Em contrapartida, se declaro possuir extraordinárias faculdades e ter sofrido, portanto, uma perda maior do que aquela que pudesse resultar duma conduta normalmente diligente, o ônus da prova recairá sobre mim” (Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., p. 58).

É por isso que merecem críticas as decisões que, na falta da experiência pretérita, simplesmente tomam por base o salário mínimo para fixação dos lucros cessantes: TJ/RJ, 18ª CC, AC 2006.001.56265, Rel. Des. Cássia Medeiros, j. 06.02.2007, v.u., publ. 22.05.2007.

Na reparação dos lucros cessantes, é muito importante estabelecer um limite temporal, porque não se pode presumir, a menos que as circunstâncias concretas do caso assim o demonstrem, que a fonte de renda que se estancou seria eterna. Quando se trata, por exemplo, de lucro cessante decorrente de lesão corporal, parece lógico que se leve em consideração apenas o período provável de vida laboral do lesado. Nesse sentido: João António Álvaro Dias, *Dano corporal*: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios, reimpressão da 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 134.

Outro exemplo, desta vez extraído da jurisprudência, é o da pensão devida ao filho de quem foi vítima de acidente fatal que, no geral, tem como termo final a data em que o menor completa vinte e quatro anos de idade, porque, no Brasil, é nesta altura que, normalmente, os jovens se tornam independentes economicamente.²² Já se reconheceu, entretanto, que, “[s]e, por deficiência congênita ou adquirida, seja impossível ao credor de tal pensão adquirir independência, é possível adiar-se o termo final. É que nesses casos a coisa julgada opera *rebus sic stantibus*”.²³ Neste julgamento a presunção, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual em razão de sua especificidade.²⁴

A razoabilidade, na sua vertente equidade, não pode levar a operações arbitrárias no ato de distinguir o aspecto individual do caso. O postulado da razoabilidade deve incidir na reparação dos lucros cessantes sempre, mas deve incidir para que a reparação seja personalizada, fortemente individualizada, superando-se qualquer critério rígido e mecânico de avaliação em contraste com o princípio que postula tratamentos diferentes em presença de condições desiguais.

3.3 O julgador deve analisar a correspondência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada

Identificado o que normalmente acontece, deve-se distinguir “quais os critérios ou medidas materiais com base nos quais avaliamos se determinados pressupostos de facto devem ser tratados de forma essencialmente igual ou essencialmente desigual”.²⁵ Diante de um critério distintivo válido, o passo seguinte seria, então, o de verificar se tal critério é compatível com a medida que se quer adotar, seja para aumentar a indenização, seja para diminuí-la.

Nesta seara, o julgador deverá se perguntar, ao observar as particularidades do caso concreto, se existe uma razão material suficiente para fixar uma indenização a título de lucros cessantes maior ou menor do que a que arbitraría no comum dos casos daquela espécie, isto é, se existe, de fato, um motivo pertinente, a justificar uma indenização que não atenda apenas ao curso normal das coisas, mas, sim, ao caso concreto em todas as suas especificidades. Há de ser uma razão objetiva,

²² STJ, 1ª T., REsp. 603984/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.10.2004, v.u., DJ 16.11.2004, p. 193.

²³ STJ, 1ª T., REsp. 202868/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.03.2001, v.u., DJ 13.08.2001, p. 54. No julgamento da Apelação Cível n.º 70016722241, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul examinou o caso de um furto de mercadorias ocorrido no interior de um “shopping center”. O lesado pleiteava da administração do empreendimento, a título de lucros cessantes, tudo aquilo que deixaria de receber com a venda de tais mercadorias. Neste caso, como se vê, a configuração do lucro dependia da vontade de terceiros – e não apenas da conduta do próprio prejudicado –, os eventuais compradores das mercadorias. Mesmo sem o lesado ter provado que venderia toda a mercadoria, os lucros cessantes foram considerados devidos, porque era “presumível que a ocorrência do sinistro tenha acarretado a diminuição do faturamento, pois privados os autores de mercadorias em época de grande movimentação” (TJ/RS, 15ª CC, AC 70016722241, Rel. Des. Paulo Roberto Felix, j. 11.07.2007, v.u. – trecho do voto do relator). Foi levada em conta, portanto, uma situação particular do caso concreto: o furto ocorreu no final de ano, em época de grande movimentação.

²⁴ As presunções não são aplicáveis somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas, são aplicáveis se suas condições forem satisfeitas e sua aplicação não for excluída pela razão motivadora da própria regra ou, como anota Humberto Ávila, “pela existência de um princípio que institua uma razão contrária” (Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 142).

²⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 1.277.

bem fundamentada no corpo da decisão. Do contrário, a reparação dos lucros cessantes se transformaria num puro subjetivismo, condenável em matéria de reparação de danos não patrimoniais, tanto mais em se tratando de danos patrimoniais.

Nessa ordem de ideias, é razoável supor que um vendedor de sorvetes, por exemplo, lucre mais no verão do que no inverno. O critério distintivo aqui, que fará o vendedor de sorvetes ganhar mais a título de indenização do que a sua média anual de lucros, é o fator clima,²⁶ assim como também se pode presumir que um lojista de um shopping vende mais no período natalino.²⁷ Se, em

No julgamento da Apelação Cível n.º 20060510035116, realizado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJ/DF, 1ª TR/JEC, AC 20060510035116, Rel. Des. Ana Cantarino, j. 27.03.2007, v.m., DJU 16.05.2007 p. 115), discutiu-se uma situação parecida em que um vendedor autônomo de sorvetes pleiteava lucros cessantes por ter ficado vinte e seis dias impossibilitado de exercer sua atividade profissional. Com base na prova produzida pelo vendedor, o juiz de 1ª instância fixou na sentença a média diária de venda de duzentos e vinte e três sorvetes, multiplicando-a por vinte e seis para chegar ao valor da indenização. O vendedor recorreu, alegando que esse período de vinte e seis dias compreendia alguns dias festivos em que, provavelmente, suas vendas aumentariam, ultrapassando sua média anual. O vendedor pleiteou, então, a majoração da média para quinhentos sorvetes por dia, porque essa era, a seu ver, sua média de vendas em dias festivos. Não fez, contudo, qualquer prova nesse sentido, o que levou o seu recurso a ser julgado improcedente. É importante notar que, ao contrário da afirmação da relatora, lucro cessante não é “o ganho que certamente auferiria” o lesado, mas, sim, o ganho que o lesado provavelmente auferiria dentro dos padrões da razoabilidade. Exatamente por isso, também não é necessário “precisar a quantidade de vendas” que seriam realizadas não fosse o evento danoso, contentando-se o direito com uma estimativa que seja razoável. Nesse caso, a razoabilidade como congruência indica que, em se tratando de venda de sorvetes, o fator “dias festivos” deveria, sim, ter sido levado em conta para a reparação dos lucros cessantes, porque configura um critério distintivo que está em conformidade com o acréscimo da indenização. A pergunta que se põe é: no geral, é razoável supor que se vende mais sorvetes em dias festivos do que em dias normais? A experiência demonstra que a resposta a ser dada aqui deve ser a positiva e, se é assim, então é porque o critério distintivo é válido para o efeito de aumentar a indenização para além da média diária do vendedor.

Sem dúvida, porém, cabia ao vendedor de sorvetes (i) apontar as festividades locais, indicando, exatamente, quais teriam sido os dias comemorativos (ao invés de, simplesmente, alegar de forma genérica que o período de vinte e seis dias compreendia dias festivos) e (ii) fornecer parâmetros para que o juiz pudesse aumentar a média de venda em consideração aos dias festivos, o que parece não ter sido feito no caso concreto. Feita a indicação dos dias, porém, ainda que o vendedor de sorvetes não indicasse os parâmetros, o julgador já poderia aí ter considerado que, nos dias festivos, a venda seria minimamente superior à média diária, recorrendo, assim, a um suporte empírico existente: vende-se mais sorvetes em dias de festa, quando a cidade está cheia de turistas, do que em dias normais. É a probabilidade atuando a favor do vendedor.

Em 2004, no julgamento da Apelação Cível n.º 70009399569, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul examinou o caso de uma sociedade que, pouco antes do Natal, teve seu nome comercial incluído indevidamente em “cadastros de negativação de crédito”, quando já efetuado o pagamento da parcela vencida (TJ/RS, 5ª CC, AC 70009399569, Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 11.11.2004, v.u.). O pedido de dano moral foi julgado procedente, mas não o de lucros cessantes. A 5ª Câmara Cível daquele tribunal considerou que “[a] possibilidade de vendas em época natalina não presume o lucro, pois nada garante que as mercadorias adquiridas serão revendidas na sua integralidade, tratando-se a pretensão de dano hipotético, o qual não autoriza a condenação da apelante”. De fato, nada garante que os produtos seriam integralmente vendidos, mas a pergunta que se deve fazer não é essa. Em primeiro lugar, o que se deve perquirir é se é razoável supor que a sociedade realmente adquiriria mais produtos nessa época e, em caso positivo, qual seria o percentual de produtos comprados a mais. Há de se exigir aqui uma prova mínima: por exemplo, a prova de que, nos anos anteriores, a empresa comprara 20% a

vez disso, fosse levado em conta o sexo do sorveteiro ou do vendedor, por exemplo, o acréscimo na indenização não seria razoável, porque o critério distintivo “sexo” não tem influência na venda de sorvetes, nem na venda de produtos natalinos.

Em conclusão, pode-se dizer que toda vez que o caso concreto apresentar um fundamento material que o diferencie do normal dos casos daquela espécie, a razoabilidade como equidade andar de mãos dadas com a vertente da congruência. Esta terá a função de exercer o controle daquela, seja a favor da pretensão do lesado ou não. Tem-se aqui, então, bem delimitada uma das funções da razoabilidade como congruência, mas esta não é, porém, a sua única função. Exige a razoabilidade nesta segunda vertente, do mesmo modo, que o julgador se preocupe com a consistência interna e externa da sua decisão, como será visto a seguir.

3.4 O julgador deve avaliar o suporte empírico existente

Na reparação dos lucros cessantes, a razoabilidade exige também certa coerência lógica por parte do julgador, não só no sentido de consistência interna da decisão, mas também no de consistência externa, obrigando-o a levar em conta todo o suporte empírico existente.²⁸ Não que o julgador não deva agir com coerência sempre, longe disso. No entanto, quando se trata de reparar esta faceta do dano patrimonial, é preciso ter um cuidado especial com este dever de coerência já que se trabalha com presunções.

No plano da consistência interna, será importante que o julgador tenha atenção para não incorrer, induzido pelas partes, em eventuais contradições no raciocínio que venha a trilhar. Não teria sentido, por exemplo, a decisão que fixasse, a título de lucro cessante, o montante que o lesado, por conta do inadimplemento das outra parte, deixou de ganhar com o negócio novo, cumulado com o que deixou de auferir com o empreendimento antigo, colocado a parte

mais de produtos no mês de dezembro ou, então, a proposta de compra que, recentemente, fizera ao seu fornecedor, a demonstrar que a sociedade pretendia, de fato, investir na venda de produtos natalinos. Do contrário, o terreno não seria o dos lucros cessantes, mas, na melhor das hipóteses, o da perda de uma chance – supondo que o lesado conseguisse demonstrar a seriedade da chance perdida. Ultrapassada esta fase, quer dizer, feita esta prova – imagine-se, por exemplo, que a sociedade juntou nos autos do processo a proposta que enviara ao seu fornecedor de produtos natalinos, comprovando que pretendia comprar mais dez mil produtos para reforçar seu comércio no Natal –, parece razoável supor que as vendas aumentariam, ainda que nem todos os produtos fossem vendidos. Aí não se estaria mais no terreno da perda de uma chance, mas, sim, na seara dos lucros cessantes. Isto porque não era apenas possível que parte dos produtos fosse vendida; era, de fato, provável. No geral, a experiência demonstra que as vendas desse tipo de loja aumentam no Natal. Então, o segundo passo dessa investigação seria o de saber o quanto é razoável se esperar de aumento nesta época. Mais uma vez, cabe ao lesado fazer uma prova mínima, que possa orientar o magistrado, mas de modo algum deve exigir-se a “prova inequívoca da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”, simplesmente porque os lucros cessantes não comportam este tipo de prova. A razoabilidade não autoriza o julgador a trabalhar com o melhor dos cenários – todas as mercadorias serão vendidas –, tampouco com o pior deles – nenhuma mercadoria será vendida –, e também não significa que o julgador deverá, necessariamente, adotar o meio termo – e, assim, supor, sem qualquer critério, que metade das mercadorias será vendida. Nem sempre o meio termo será a solução mais razoável e adequada. Para chegar a uma decisão razoável – nem sempre também haverá apenas a única decisão razoável –, o julgador deverá investigar as circunstâncias do caso concreto, bem como as providências tomadas pelo lesado.

²⁸ Humberto Ávila, “Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 236, pp. 369-384, Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun./2004, p. 371.

justamente para que ele pudesse investir no novo. Do contrário, o julgador chegaria a uma cifra absurda, resultante da soma do lucro cessante compreendido no interesse positivo com o lucro cessante que compõe o interesse negativo.

Já no plano da consistência externa, o julgador deverá ficar atento ao suporte empírico existente, que servirá de pano de fundo da sua decisão, bem como às suas condições externas de aplicação. Este cuidado é necessário, porque, como os lucros cessantes são terreno fértil para as presunções, há sempre o risco de se perder contato com a realidade.²⁹

Ao apreciar a Apelação Cível n.º 2006.001.24175,³⁰ a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro analisou o caso de uma pessoa física que sofreu a perda irreversível da visão de um dos olhos por conta da utilização de um colírio contaminado, recomendado no pós-operatório de uma cirurgia de catarata. Por ter ficado cego do olho direito, o lesado pleiteou, além de danos morais, lucros cessantes, alegando que, embora aposentado, trabalhava como taxista antes da cirurgia. O pedido de danos morais foi corretamente deferido, mas o tribunal chamou a atenção para o “[d]escabimento da indenização pleiteada a título de lucros cessantes, pois, não obstante haja notícia nos autos de que, embora aposentado o autor trabalhava como taxista antes da cirurgia, o certo é que, como é do conhecimento geral, uma pessoa que sofre de catarata não tem condições de dirigir e se o faz põe em risco sua própria segurança e de terceiros”. Coerentemente com o suporte empírico existente, o julgador negou a indenização por lucros cessantes, mantendo a consistência interna e externa de sua decisão.

Outro exemplo de decisão que procurou manter a consistência interna e externa foi a proferida no julgamento do Recurso Especial n.º 307523/SP,³¹ em que o STJ, ao discutir o lucro que o titular de uma máquina obterá se esta não tivesse parado de funcionar, entendeu por bem que “[a] limitação do cálculo dos lucros cessantes ao tempo de vida útil da máquina a ser consertada não viola a coisa julgada que deferia lucros cessantes sem essa restrição. Peculiaridade da situação dos autos, em que a reparação do dano poderia chegar a valores exagerados, e ainda porque a reposição de novo e moderno equipamento propiciará à autora a obtenção dos lucros de que antes fora privada”. A limitação do cálculo ao tempo de vida útil, no caso, parece acertada, uma vez que não faria sentido considerar que a máquina funcionaria para sempre, já que até mesmo os bens de longa duração têm um período de vida útil.

3.5 O julgador deve descontar eventuais despesas operacionais e outros gastos que o lesado teria em condições normais

Não é preciso dizer muito para explicar que, no cálculo dos lucros cessantes, o julgador deve considerar eventuais despesas operacionais, bem como outros gastos que o lesado teria em condições normais. Tal assertiva é perfeitamente justificável e decorre, a bem da verdade, do próprio conceito de lucro (faturamento menos despesa).³² Tome-se aqui o exemplo acadêmico

²⁹ Thomas da Rosa de Bustamante, “A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico”, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n.º 22, pp. 137-161, Rio de Janeiro: Padua, abr.-jun./2005, p. 149.

³⁰ TJ/RJ, 18ª CC, AC 2006.001.24175, Rel. Des. Cássia Medeiros, j. 29.08.2006, v.u., DJ 06.09.2006.

³¹ STJ, 4ª T., REsp. 307523/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.09.2001, v.u., DJ 07.10.2002, p. 262.

³² Apesar disso, até é possível admitir-se que a indenização, em casos excepcionais, possa ser calculada com base no que o lesado deixou de faturar (e não, propriamente, no que ele deixou de lucrar). Tome-se o exemplo de um empresário cuja operação já estava super dimensionada para permitir um crescimento que não chegou a ocorrer em razão do evento danoso. Nesse exemplo hipotético, é possível que o

mais elementar de lucros cessantes, referente ao motorista de táxi que teve seu veículo abalroado. Em razão do acidente, o motorista pleiteia lucros cessantes, porque ficou com seu veículo fora de circulação por dez dias. No cálculo desta indenização, o raciocínio intuitivo do juiz será o de investigar qual é a média diária de rendimentos que se pode esperar de um motorista de táxi, o que poderá fazer recorrendo à experiência pretérita daquele próprio motorista ou mesmo a um sindicato de taxistas.

Obtido este valor, no que será auxiliado pelo lesado – ao menos, é isso que se espera – supondo não existir nenhum dado fundamental que diferencie este caso concreto do comum dos casos dessa espécie, o próximo passo seria multiplicá-lo por dez, já que foi este o número de dias que o veículo ficou sem funcionar. Poder-se-ia pensar, então, que, com esta simples operação de multiplicação, estaria encerrado o problema. Não é bem assim.

Se a investigação do magistrado ficasse adstrita ao valor que o motorista receberia de seus clientes, sem considerar as despesas que ele teria tido com as corridas – por exemplo, os gastos com combustível –, a verdade é que o lesado ficaria numa situação melhor do que a que estaria se não fosse o evento danoso. É por isso que a investigação do julgador não pode parar por aí, considerando que a indenização deve ser, tanto quanto o possível, correspondente ao dano, em homenagem ao princípio da reparação integral que, na reparação dos lucros cessantes, é guiado pelo postulado da razoabilidade.

O ideal é que, no momento de se proceder ao desconto, o juiz leve em consideração algum critério objetivo para apurar o percentual a ser subtraído, como, por exemplo, as informações constantes dos livros contábeis do lesado, no caso de pessoa jurídica, ou até mesmo a declaração de imposto de renda, na hipótese de a vítima se tratar de uma pessoa física. A partir dessas informações – ou melhor, da comparação dessas informações com o valor pleiteado – será possível estimar, com algum critério, as despesas que o lesado teria não fosse o evento danoso. O importante é que este percentual não seja arbitrado apenas com base no bom senso do julgador.

3.6 O julgador deve avaliar eventuais benefícios trazidos pelo evento danoso

No cálculo dos lucros cessantes, não basta levar em consideração as despesas operacionais poupadas pelo lesado, sendo de todo necessário avaliar também se o evento danoso, paralelamente ao dano, lhe trouxe algum outro tipo de benefício. Neste caso, o que se recomenda é que o magistrado desconte do valor da indenização os benefícios trazidos pelo evento danoso, porque “[s]i las ventajas no se compensasen con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedara restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía”.³³ Então, por exemplo, se uma pessoa retarda, negligentemente, a venda de uns títulos que lhe foram confiados, mas, nesse meio tempo, o título também se valoriza, o magistrado deverá subtrair dos lucros cessantes devidos o ganho com a valorização. Do contrário, o proprietário do título ficaria em situação melhor do que a que estaria se não restasse configurada a mora.

Trata-se do “princípio jurídico”³⁴ ou comando que se convencionou chamar de *compensatio lucri cum damno* ou “compensação de vantagens”, que, ao ver de Hans Fischer, deriva do próprio

faturamento não seja um critério ruim, se ficar demonstrado que, não fosse o evento danoso, a vítima teria aumentado seu faturamento, sem aumentar significativamente as suas despesas operacionais.

³³ Adriano de Cupis, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* [1954], 2. ed., tradução de Angel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1975, p. 328.

³⁴ Este “princípio” está elencado sob a epígrafe “compensação de benefícios” entre os “Princípios de Direito Europeu da Responsabilidade Civil”, no art. 10:103, segundo o qual “[n]a fixação do montante

conceito de dano, sem necessidade de preceito positivo especial,³⁵ e deve ser aplicado *ipso jure*, tão logo se comprove a existência de benefícios autônomos, desde que preenchidos certos requisitos. Decorre, pois, do próprio princípio da reparação integral e, no caso dos lucros cessantes, também da ideia de razoabilidade, traduzida na noção de equivalência. Ao contrário da compensação prevista no Código Civil (arts. 368-380),³⁶ como forma de extinção das obrigações, a *compensatio lucri cum damno* nunca poderá deixar qualquer resíduo a favor do réu,³⁷ o máximo que pode acontecer é ficar o direito do autor reduzido a zero,³⁸ se o julgador não conseguir apurar a existência de um prejuízo.³⁹

Não é, entretanto, qualquer benefício que enseja a *compensatio lucri cum damno*. Para que se possa proceder à imputação dos benefícios no cômputo dos danos, é necessário que aqueles se mantenham numa relação de causa e efeito com o fato que origina a reparação ou, por outras palavras, que a vantagem e o prejuízo provenham do mesmo fato do qual emana a responsabilidade civil. Assim é que, se o título em que se baseia a vantagem é completamente independente do fato gerador do dano, é porque falta unidade de origem, requisito indispensável para que o benefício obtido possa ser subtraído da indenização.⁴⁰ O caso mais simples é aquele em que o dano e o benefício provêm diretamente da mesma causa, sendo ambos consequência direta e imediata do evento danoso,⁴¹ mas a solução já não é tão fácil assim quando a cadeia causal que liga o dano e o benefício ao fato que origina a obrigação de indenizar se torna mais longa.

Constitui questão de particular melindre – autêntica *vaexata questio* – o problema de se saber se são ou não cumuláveis, no caso dos danos patrimoniais advindos de lesões corporais, a indenização devida a título de reparação civil e as quantias ou prestações recebidas a qualquer

da indenização serão tomados em conta os benefícios que o lesado obteve com o evento danoso, salvo se tal se revelar incompatível com a finalidade do referido benefício”.

³⁵ Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., p. 193. No Brasil, Orlando Gomes já entendia que “[a] *compensatio lucri cum damno*, que poderia ser invocada quando o prejuízo traz, ao mesmo tempo, uma utilidade, é admitida nos termos da doutrina da causação adequada, isto é, quando houver conexão natural entre a vantagem obtida e o fato danoso” (*Obrigações*, 15. ed., atualizado por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 51-52).

³⁶ Segundo Luis Díez-Picazo, na *compensatio lucri cum damno*, “(...) no se trata de establecer una compensación en sentido técnico del crédito indemnizatorio con otro crédito del obligado a indemnizar. Se trata de una pura imputación o consideración de los efectos ventajosos en el momento de llevarse a cabo la valoración del daño, por lo cual puede llamarse imputación de beneficios o computación de beneficios” (*Derecho de daños*, cit., p. 319).

³⁷ Cf. J. W. Hedemann, *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones* [1938], v. 3, tradução de Jaime Santos Briz da última edição alemã, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 129.

³⁸ Nesse sentido, esclarece Inocêncio Galvão Telles que “(...) nem haverá lugar a indemnização se, como pode conceber-se, os ganhos igualarem ou superarem os prejuízos” (*Direito das obrigações*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 309).

³⁹ Se é assim, “[o] que tudo concorre a mostrar é que a compensação de benefícios nada tem de comum com a verdadeira compensação” (Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 200-201).

⁴⁰ Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 238.

⁴¹ É certo, porém, que não se pode incluir no mesmo bojo aqueles restos que são, em realidade, fruto da deterioração do objeto atingido pelo evento danoso e que não têm qualquer valor, porque não se pode falar aí, propriamente, em vantagem a ser compensada – os destroços, em princípio, não constituem qualquer vantagem, salvo se tiver ocorrido a especificação do objeto. Quer dizer: caso os restos do objeto lesado formem uma nova figura, com valor patrimonial, poderá o ofensor pleitear que o julgador desconte da indenização o valor da coisa nova, desde que esta tenha entrado no patrimônio do lesado (Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., p. 211).

outro título – por exemplo, indenizações pagas por força de seguros de danos próprios. Em face da necessidade de tanto o dano quanto a vantagem serem consequência direta e imediata do mesmo fato, tem-se entendido – e esta é a posição majoritária na doutrina brasileira⁴² e estrangeira⁴³ – que a *compensatio lucri cum damno* não tem lugar nesses casos. Exatamente pela falta de identidade de causa, caberá a vítima decidir contra quem exercerá sua pretensão, se contra o causador do dano ou contra a seguradora. Apesar disso, mais recentemente, a doutrina tem alertado para a necessidade de posicionamento crítico em relação a esse entendimento, ao menos no que toca às possibilidades de ação regressiva, como na hipótese estampada no art. 120 da Lei n. 8.213/91. Isso porque se não houver a compensação, haverá um duplo pagamento do ofendido, que suplantará o valor do dano experimentado.⁴⁴

3.7 O julgador deve estabelecer qual é o termo inicial dos lucros cessantes

No mais das vezes, o termo inicial do qual deve partir o cálculo dos lucros cessantes coincide com a data em que ocorre o evento danoso, quer se trate de responsabilidade contratual, quer se trate de responsabilidade extracontratual. No entanto, dependendo do caso concreto, é possível que o marco temporal, que define a fluência dos lucros cessantes, esteja descolado da data em que ocorre a lesão ao interesse juridicamente tutelado. O julgador deve, portanto, ficar atento para que no cálculo dos lucros cessantes seja considerado o período correto.

No julgamento do Recurso Especial 839.123/RJ,⁴⁵ a Terceira Turma do STJ examinou o caso de um incêndio ocorrido numa loja de departamento. Na ocasião, a loja tentou valer-se do seguro contratado, mas a seguradora recusou, injustificadamente, o pagamento. A Terceira Turma entendeu que, diante da recusa injustificada, a loja de departamento fazia jus a lucros cessantes, mas o termo inicial não coincidia com a data do inadimplemento, quer dizer, com a data em que a seguradora descumpriu o contrato de seguro, recusando-se a pagar a indenização. Os lucros cessantes foram considerados devidos “a partir do momento em que a empresa estaria apta a reiniciar suas atividades se não houvesse o descumprimento contratual por parte da seguradora.”⁴⁶

Segundo a Terceira Turma, a liquidação deveria ser feita por arbitramento, verificando-se a real extensão dos lucros cessantes, ponderando-se, inclusive, questões fáticas, como a do tempo

⁴² Nesse sentido, cf. a opinião de José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 12. ed., atualização de Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.051, para quem “[a] razão é simples. Tais pensões, benefícios ou indenizações de seguro são correspectivos de prestações da vítima. Não é lícito ao responsável beneficiar-se da previdência da vítima, que não teve essa intenção, isto é, ressarcir o dano à custa do prejudicado ou daquele que o representa”. Para Martinho Garcez Neto, a *compensatio lucri cum damno* não pode ser aplicada para o ofensor recusar-se a pagar a indenização devida, tendo em vista que a vítima já recebera do seguro, dos institutos de previdência social, etc. uma soma em dinheiro a fim de cobrir os danos, já que as causas jurídicas são diversas (*Prática da responsabilidade civil*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 85 e ss.). É o que também entende Teresa Ancona Lopez, *O dano estético: responsabilidade civil*, 2. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 122. Nesse mesmo sentido: TJ/RJ, 18ª CC, AP 0033510-20.2010.8.19.0205. Des. Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, j. 16.09.2020, v.u., DJ 17.09.2020.

⁴³ Veja-se, por todos, Jaime Santos Briz, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 236).

⁴⁴ Rafael Peteffi da Silva; Fernando Vieira Luiz, “A *compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, pp. 281-312, out.-dez./2017, p. 296.

⁴⁵ STJ, 3ª T., REsp 839.123/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.09.2009, v.u., DJ 15.12.2009.

⁴⁶ STJ, 3ª T., REsp 839.123/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.09.2009, v.u., DJ 15.12.2009 – trecho do voto do relator.

necessário à reconstrução do imóvel e necessário ao reinício de suas atividades, estimativa de lucro, com o abatimento de custos e acertamento de verbas”. A Terceira Turma reformou acertadamente a decisão de segunda instância, considerando “indevida a abrangência dos lucros cessantes, que não poderiam compreender o período em que a loja estava sendo reconstruída.”⁴⁷ No arbitramento, determinou que fosse examinado “o que ‘razoavelmente’ a seguradora deixou de ganhar ante o fato do retardamento do recebimento do dinheiro do seguro e, conseqüentemente, do retardamento da recolocação do prédio em uso – devendo, nessa ocasião, descontar-se tempo de reconstrução, com o uso do dinheiro da indenização, para recolocação em uso.”⁴⁸

Mais recentemente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a 30ª Câmara de Direito Privado também teve oportunidade de examinar caso interessante em que se discutiu essa questão do termo inicial.⁴⁹ O caso girava em torno de um contrato de locação no curso do qual o imóvel foi interditado pela CETESB por contaminação. No acórdão embargado, o termo inicial de cálculo dos lucros cessantes havia sido fixado na data de interdição do imóvel pela CETESB, no ano de 2007. No entanto, nessa época, o imóvel ainda estava ocupado pela locatária, que não havia encerrado suas atividades no local, tanto que foi ajuizada ação de despejo para desocupação do imóvel.

Diante disso, entendeu-se que “não deve mesmo ser compreendido no período para cálculo dos lucros cessantes o período em que o imóvel ainda estava ocupado pela locatária, sob pena de *bis in idem* e enriquecimento sem causa. Como consequência, o termo inicial do lucro cessante deve corresponder à data da efetiva desocupação do imóvel pela locatária, o que ocorreu em 28 de maio de 2013.”⁵⁰ O termo inicial, inicialmente fixado em 2007, foi então alterado para 28 de maio de 2013, porque, com razão, se entendeu que “a partir de sua desocupação é que os locadores poderiam ter alugado novamente o imóvel para terceiros, mas não puderam, em decorrência da já constatada contaminação.”⁵¹

Esses dois casos servem para ilustrar a importância de se fixar corretamente o termo inicial dos lucros cessantes. Como os lucros cessantes são terreno fértil para as presunções, há sempre o risco de se perder contato com a realidade,⁵² então o julgador precisa ficar muito atento, especialmente em relação aos marcos temporais – não só para fixar o termo inicial dos lucros cessantes, mas também para fixar o seu termo final.

3.8 O julgador deve estabelecer qual é o termo final dos lucros cessantes

O termo final costuma ser muito debatido, tanto mais naqueles casos em que o lesado é uma pessoa jurídica que teve as suas atividades encerradas ou fortemente prejudicadas em razão do evento danoso. Quando se trata de uma pessoa natural, não raras vezes os tribunais, sensibilizados com a situação da vítima, arbitram os lucros cessantes sem considerar os marcos temporais adequados.

STJ, 3ª T., REsp 839.123/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.09.2009, v.u., DJ 15.12.2009 – trecho do voto do relator.

⁴⁷ STJ, 3ª T., REsp 839.123/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.09.2009, v.u., DJ 15.12.2009 – trecho do voto do relator.

⁴⁸ TJ/SP, 30ª CDPriv., EDcl Cível 1021490-02.2016.8.26.0002; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 12.12.2018, v.u., DJ 13.12.2018.

⁴⁹ TJ/SP, 30ª CDPriv., EDcl Cível 1021490-02.2016.8.26.0002; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 12.12.2018, v.u., DJ 13.12.2018 – trecho do voto do relator.

⁵⁰ TJ/SP, 30ª CDPriv., EDcl Cível 1021490-02.2016.8.26.0002; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 12.12.2018, v.u., DJ 13.12.2018 – trecho do voto do relator.

⁵¹ Thomas da Rosa de Bustamante, “A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico”, cit., p. 149.

Tome-se, por exemplo, o caso de pescadores que tiveram sua atividade laboral prejudicada em razão de vazamentos de óleo ocorridos num determinado rio. Não se pode pretender que todos os pescadores façam jus à idêntica indenização, até porque nem todos auferiam a mesma renda antes do acidente. O que, a bem da verdade, chama a atenção é que algumas decisões tomam como intervalo temporal em que são devidos os lucros cessantes cerca de quatro ou cinco meses, enquanto outras chegam até a considerar dez anos.⁵³ Ainda que se diga que, dependendo do impacto ambiental, uma determinada área pode demorar muito mais tempo para recuperar-se, o fato é que o pescador pode adaptar-se a outras regiões.

Sem dúvida, o pescador tem direito a uma indenização que corresponda, pelo menos, ao que ele ganharia no período em que se adapta à nova situação, até para que ele possa investigar qual será a sua próxima área de atuação. Não é razoável, porém, conferir-lhe o período de dez anos se o suporte empírico existente demonstra que a área será recuperada em menos tempo ou que, muito antes disso, o pescador estará adaptado em outra região.⁵⁴ O importante é não perder de vista as condições externas de aplicação da decisão. Quanto tempo leva para a área afetada se recuperar? De quanto tempo aquele específico pescador precisa para se adaptar à nova realidade? São questões que o julgador deve apreciar no momento de fixar o termo final dos lucros cessantes.

A preocupação com o termo final já veio à tona em inúmeros julgados. No julgamento do Recurso Especial 1.553.790/PE,⁵⁵ por exemplo, a Terceira Turma do STJ analisou uma liquidação de sentença que havia condenado determinada instituição financeira ao pagamento de lucros cessantes em virtude de inscrições indevidas do nome de uma sociedade em cadastros de inadimplentes, o que, segundo alegava a vítima, havia contribuído para o encerramento de suas atividades. A controvérsia cingia-se a examinar se era possível, à luz do caso concreto e do postulado normativo da razoabilidade, projetar os lucros cessantes para período posterior ao fim da empresa, prolongando-se o termo final em que os lucros cessantes seriam devidos para a data do seu efetivo pagamento.

Em 1ª instância, a instituição financeira havia sido condenada ao pagamento de danos emergentes e de lucros cessantes a partir dos primeiros “efeitos do ato ilícito (resultados negativos da empresa)”, que ocorreram em janeiro de 1992, até o efetivo pagamento da indenização, mesmo tendo a sociedade encerrado suas atividades em junho de 1996 por outro motivo. A decisão foi mantida em segunda instância, mas no julgamento do recurso pela Terceira Turma do STJ entendeu-se que “o postulado da razoabilidade, extraído do art. 402 do Código Civil, impõe a consideração da regular performance da empresa para os fins de análise da extensão dos lucros cessantes, porém a necessária observação da experiência pretérita, por si só, não é suficiente para ensejar a reparação dos lucros cessantes, especialmente considerando-se as peculiaridades da presente demanda em que o ato ilícito foi somente um dos diversos fatores que levaram o negócio à falência.”⁵⁶

⁵³ Gisela Sampaio da Cruz Costa Guedes, *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: RT, 2011, p. 295 e seguintes.

⁵⁴ Com base neste raciocínio, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível n.º 2006.001.25026, assim decidiu: “Embora não tenha o autor comprovado seu ganho médio, é certo que a própria PETROBRAS, nas indenizações que concedeu, o avaliou em R\$ 750,00, valor que se deve neste caso adotar. Lucro cessante que deve ser avaliado pelo período máximo de seis meses, pois período superior de cessação da atividade seria mera hipótese, tanto mais que o pescador pode atuar em outras regiões marítimas, totalizando a condenação ao pagamento do dano material a quantia de R\$ 4.500,00” (TJ/RJ, 1ª CC, AC 2006.001.25026, Rel. Des. Maria Augusta Vaz, j. 25.07.2006, v.u., DJ 28.07.2006).

⁵⁵ STJ, 3ª T., Resp. n.º 1.553.790/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25.10.2016, v.u., DJ 09.11.2016.

⁵⁶ STJ, 3ª T., Resp. n.º 1.553.790/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25.10.2016, v.u., DJ 09.11.2016 – trecho do voto do relator.

Em casos como esse, em que a falência não é um efeito necessário do evento danoso, não há como se estender o termo final dos lucros cessantes para além da data em que as atividades empresariais foram encerradas. Do contrário, o julgador estaria indo de encontro ao comando do art. 403 do Código Civil, segundo o qual, “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.⁵⁷ No Direito brasileiro, não se indeniza toda e qualquer consequência do evento danoso, mas apenas aquelas que estiverem ligadas ao evento por uma cadeia causal ininterrupta.

A reparação de danos patrimoniais tem por finalidade fazer com que o lesado não fique numa situação melhor, nem pior, do que aquela que estaria se não fosse o evento danoso. Esse é o comando do princípio da reparação integral, que estaria sendo descumprido tanto se a indenização ficasse aquém do dano, como se ultrapassasse o seu valor. Também é por isso que, no cálculo da indenização, devem computar-se não apenas as despesas operacionais e os tributos, mas também outros gastos que o prejudicado teria em situação regular.

Outro caso interessante julgado pelo STJ foi o Recurso Especial n.º 1.110.417.⁵⁸ O referido recurso foi interposto pela sociedade Esso Brasileira de Petróleo (“Esso”) que havia sido condenada a indenizar a Bacabal Júnior Ltda. (“Bacabal”) pelos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes de incêndio iniciado por um caminhão tanque, dirigido por preposto da Esso, que destruiu toda a instalação de um posto de gasolina, de propriedade da Bacabal. O acidente ocorreu em 17.05.1992 e, pelo que se infere do inteiro teor do acórdão, o posto ficou em obra por dez meses.

Apesar disso, o laudo pericial levou em consideração para a fixação dos lucros cessantes o período de dez anos, compreendido entre a data do acidente e a data de realização da própria perícia, partindo da premissa equivocada de que “o posto nunca tinha retomado as suas atividades, situação esta comprovada com a certidão dos órgãos fazendários”.⁵⁹ O laudo pericial, homologado pelo magistrado, ainda registrava que, “não tendo a mesma funcionado durante todo esse período não há que se falar em dedução de tributos ou despesas fixas, que como bem ressaltou o magistrado, sequer foram consideradas no cálculo pericial”.⁶⁰

Inconformada com a decisão que homologou o laudo pericial, a Esso interpôs agravo de instrumento, mas a decisão foi mantida sob o fundamento de que, “ao realizar a homologação dos cálculos, o juiz considerou provado que a empresa agravada restou inativa desde a época do incêndio até os dias atuais”. Assim que foi proferida a decisão de 2ª instância, a Esso interpôs, então, recurso especial contra a decisão proferida no agravo.

Nas razões do recurso especial, a Esso reiterou que a inatividade decorrente do incêndio durou apenas os meses necessários para as obras de reconstrução. Ressaltou, ainda, que era incontroverso nos autos “que a recorrida vendeu o terreno onde situado o empreendimento a outra empresa há mais de 11 anos, sendo este o motivo pelo qual não consta o registro de prosseguimento de suas atividades nos órgãos fazendários”.

No julgamento, a Quarta Turma do STJ decidiu, por unanimidade, acolher as razões do recurso, observando que “a circunstância de a empresa ter optado por vender o imóvel onde

STJ, 3ª T., Resp. n.º 1.553.790/PE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 25.10.2016, v.u., DJ 09.11.2016 – voto do relator.

STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011.

STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011 – trecho do relatório.

STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011 – trecho do relatório.

funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia.⁶¹ Em seu voto, a relatora Min. Maria Isabel Gallotti, deu provimento ao recurso especial “para anular a decisão homologatória dos cálculos, determinando o retorno dos autos à origem, para que seja realizada nova perícia, com a delimitação dos lucros cessantes ao período de tempo necessário para a reconstrução do posto, devendo ser considerado para cálculo dos lucros cessantes apenas o lucro líquido”.⁶²

O caso é interessante para ilustrar a importância de o julgador prestar atenção na necessidade de se estabelecer um termo final para os lucros cessantes. Nem sempre esse termo final será uma data determinada, pois há situações em que os lucros cessantes são devidos por um período indeterminado. Tome-se o exemplo da vítima que sofre uma lesão corporal e fica incapacitada de trabalhar para o resto de sua vida. Nesses casos, quando assumem a forma de pensão, os lucros cessantes podem ser devidos por um período indeterminado (nesse exemplo, o restante da vida da vítima), mas, mesmo nessas hipóteses, o julgador precisa delimitar os lucros cessantes, apontando na sua decisão o acontecimento que marcará o fim da obrigação de pagar a pensão.

Nesse caso, os lucros cessantes só poderiam ser calculados considerando o tempo necessário para reparar a destruição causada pelo incêndio, período em que as instalações não puderam ser utilizadas em função da obra necessária para que voltassem a funcionar. Se a Bacabal (recorrida) optou por não mais continuar na mencionada atividade econômica, alienando o imóvel onde estava situado o posto de gasolina para terceiros, tal opção não pode, evidentemente, perpetuar o pagamento de lucros cessantes decorrentes da atividade já não mais exercida. Estender os lucros cessantes para além do período devido é ir de encontro ao princípio da reparação integral. Em relação aos valores que extrapolarem esse marco temporal, não há relação de causalidade que suporte a indenização. São, antes, danos hipotéticos que não merecem abrigo no nosso sistema.

O termo final dos lucros cessantes também costuma ser muito discutido nos casos de descumprimento de promessa de compra e venda de imóvel em construção. De modo geral, entende-se que, quando há o descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, incluído o período de tolerância, o promitente comprador faz jus a lucros cessantes, a ensejar o pagamento de indenização, na forma de aluguel mensal, com base no valor locatício de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma.⁶³ Nesses casos, portanto, o termo final dos lucros cessantes deve coincidir com a data em que a unidade ficou disponível para o promitente comprador.⁶⁴ Há acórdãos que usam como marco temporal a data do “habite-se”, mas é preciso avaliar, no caso concreto, se a incorporadora, já na data do “habite-se”, ofereceu as chaves ao promitente comprador, colocando a unidade à sua disposição.

No entanto, se o empreendimento imobiliário sequer chegou a ficar pronto e, diante disso, o promitente comprador perdeu o seu interesse na prestação, a solução é diferente. A hipótese já não é mais de inadimplemento relativo (mora), mas, sim, de inadimplemento absoluto, diante do qual o remédio cabível seria a resolução do contrato. Se o promitente comprador ingressa em juízo a fim de resolver o contrato, ele também fará jus a lucros cessantes, mas nesse caso o termo final dos lucros cessantes deve ser a data em que o contrato é efetivamente resolvido, com decisão

⁶¹ STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011 – trecho do voto da relatora.

⁶² STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011 – trecho do voto da relatora.

⁶³ Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 1729593/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.09.2019, v.u., DJ 27.09.2019.

⁶⁴ TJ/SP, 7ª CDPPriv., EDcl 1009087-04.2017.8.26.0604, Min. Mary Grün, j. 03.03.2021, v.u., DJ 03.03.2021.

transitada em julgado.⁶⁵ O atraso prolongado também pode provocar a perda do interesse útil do credor pela prestação (ainda que o empreendimento fique pronto em algum momento), caso em que o promitente comprador poderá exercer o seu direito potestativo de resolver o contrato. Nessa hipótese, a data a ser considerada como termo final dos lucros cessantes não poderá ser a do habite-se, mas, sim, a data em que o contrato é resolvido.⁶⁶

Essa matéria sofreu significativas alterações com o advento da Lei n.º 13.786, de 27 de dezembro de 2018 – a chamada “Lei dos Distratos”. Conforme estabelece o art. 43-A da Lei n.º 4.591/64, introduzido pela Lei dos Distratos, “a entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador”. Se esse prazo for ultrapassado, o comprador poderá pedir a resolução do contrato e terá a integralidade dos valores pagos restituídos, corrigidos, em até sessenta dias a partir da data do distrato, tal como determina o §1º do referido dispositivo. Caso o comprador não deseje extinguir o contrato, a incorporadora terá de pagar uma multa de 1% do valor do contrato para cada mês de atraso, nos termos do §2º desse mesmo dispositivo.⁶⁷

Do lado da incorporadora, quando é o promitente comprador que não deseja mais levar a cabo o contrato, a grande inovação ficou por conta da multa introduzida no art. 67-A da Lei n.º 4.591/64. A redação do art. 67-A, porém, não prima pela boa técnica e, exatamente por isso, já foi alvo de duras críticas. Além de equiparar o “distrato” ao remédio da “resolução”,⁶⁸ figuras que não se confundem, ainda cria uma “multa convencional” cuja natureza jurídica é difícil de ser definida.⁶⁹

⁶⁵ Divergindo ligeiramente dessa ideia, por considerar como termo final a data em que a decisão de segunda instância foi proferida, veja-se a seguinte decisão: “1. O cumprimento de sentença cinge-se aos estritos parâmetros do título executivo, não havendo como dele se extrair pontos que não foram decididos na formação do título. Na hipótese, o acórdão objeto da execução se limitou a estabelecer como termo final dos lucros cessantes o momento em que houve a resolução contratual. No ponto, ressoa claro que, ao contrário do apregoadado pela parte agravante, não ficou decidido que o termo final dos lucros cessantes deveria corresponder à data do ajuizamento da ação. Logo, pretensa decisão nesse sentido ensejaria violação à coisa julgada. 2. Diante desse cenário, o termo final dos lucros cessantes, à luz das peculiaridades do caso concreto, deve ser a data em que o reportado acórdão em segunda instância foi prolatado, porquanto traduz termo razoável para essa finalidade, haja vista que é nesse momento processual que a decisão que resolveu o contrato se torna passível de execução provisória” (TJ/DFT, 2ª CC, AI 0721697-40.2018.8.07.0000, Rel.ª Simone Rodrigues Bellomo, j. 21.06.2019, v.u., DJ 24.07.2019).

⁶⁶ TJ/SP, 2ª CDPPriv., AC 1012966-56.2016.8.26.0506, Rel. Marcia Dalla Déa Barone, j. 19.07.2019, v.u., DJ 19.07.2019.

⁶⁷ Diversas críticas são dirigidas a esse dispositivo, cf.: Joseane Suzart Lopes da Silva, Os contratos imobiliários diante da Lei Federal 13.786/2018 e a fundamental proteção da parte vulnerável: os consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 122, pp. 267-305, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.-abr./2019, p. 279).

⁶⁸ A rigor, “a hipótese não parece ser de resolução por inadimplemento, distrato ou resolução excessiva onerosidade. Diversamente, se, na esteira da jurisprudência consolidada antes mesmo da Lei 13.786/2018, garante-se ao adquirente o direito de dissolver o contrato por simples manifestação unilateral de vontade, trata-se de rescisão contratual” (Francisco de Assis Viégas; João Quinelato de Queiroz, Notas sobre a extinção unilateral das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias por consumidores à luz da Lei 13.786/2018. *Revista de Direito Privado*, v. 101, pp. 203-231. São Paulo: Revista dos Tribunais, set.-out./2019, p. 209).

⁶⁹ Nesse sentido: “Trata-se de figura que por vezes é referida como espécie de cláusula penal, outras vezes é identificada como hipótese de arras, em razão de envolver a perda de quantia já transferida. De qualquer

Para além de todos esses casos, a questão do termo final já foi discutida em inúmeras outras situações. Os casos aqui citados servem apenas para ilustrar a importância de o julgador ficar sempre atento aos marcos temporais dos lucros cessantes. Tão importante quanto determinar o seu marco inicial, é delimitar a sua extensão, indicando na decisão qual será o termo final dos lucros cessantes para efeitos do cálculo da indenização.

3.8 O julgador deve verificar se os lucros cessantes podem ser cumulados com outras verbas

Os lucros cessantes suscitam, ainda, tantas outras controvérsias que estão longe de serem pacificadas e muitas vezes os “pontos de atenção” a serem observados tangenciam mais de um instituto. A possibilidade de se cumular os lucros cessantes com outras verbas é discussão que passa pela investigação da própria função de alguns institutos, como a da cláusula penal e a dos juros moratórios, por exemplo. Outras vezes o problema se põe simplesmente por conta de uma dificuldade de se definir qual é o interesse lesado que precisa ser recomposto – não raro, nas demandas indenizatórias se tenta cumular, por exemplo, o lucro cessante que compõe o chamado interesse positivo do credor com aquele que forma o seu interesse negativo.

O objetivo deste último tópico é apenas o de registrar que, na reparação dos lucros cessantes, o julgador deve sempre verificar se faz sentido cumulá-los com outras verbas e, para ilustrar a importância deste “ponto de atenção”, são exatamente esses três exemplos aventados que serão tratados a seguir: (i) cláusula penal; (ii) juros de mora e (iii) interesse positivo e interesse negativo do credor.

De inegável utilidade prática, a cláusula penal, no nosso sistema, cumpre múltiplas funções. A doutrina ora alude à sua função ressarcitória ou de pré-fixação das perdas e danos, ora à sua função sancionadora, havendo mesmo quem atribua ao instituto uma função garantista da dívida, referindo-se a uma acepção mais ampla do termo “garantia”. De modo a confrontá-la com os lucros cessantes, faz-se referência às promessas de compra e venda de imóveis na planta: quando há atraso por parte das incorporadoras, é comum o promitente ingressar em juízo a fim de pleitear indenização correspondente aos valores que deixou de auferir em razão do atraso na entrega do imóvel. A indenização devida a título de lucros cessantes costuma ser arbitrada levando-se em consideração o método da comparação de mercado: estima-se o valor locatício dos imóveis situados na mesma localidade, que se revestem de características semelhantes e, com base nessa investigação, calcula-se o valor da indenização.

Nesses casos, quando o contrato prevê uma cláusula penal moratória a favor do adquirente, o STJ tem entendido que “a cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes”.⁷⁰ Esse entendimento acabou sendo firmado pela Segunda Seção

forma, a referida cláusula tem sido objeto de controle jurisprudencial desde antes do advento do CDC com a aplicação, direta ou por analogia, da redução equitativa da sanção manifestamente excessiva (Carlos Nelson Konder, Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. *Revista dos Tribunais*, v. 5, pp. 83-104. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun./2014, p. 92). Na jurisprudência, tanto há acordões que a identificam como cláusula penal (STJ, 3.ª T., REsp. 88.788/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 17.11.1998, v.u., DJ 01.03.1999, p. 304), quanto como arras (STJ, 3.ª T., REsp 223118/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.11.2001, v.u., DJ 08.04.2002, p. 208).

⁷⁰ STJ, 2ª Seção, REsp. 1.498/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.05.2019, v.u., DJe 25.06.2019. Mais recentemente: STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1771929/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.11.2020, v.u., DJ 02.12.2020.

na sistemática dos recursos repetitivos, dando origem ao Tema 970.⁷¹ Nessa linha, conclui-se, portanto, que “é necessário facultar ao recorrente a possibilidade de escolha entre as duas modalidades (lucros cessantes ou cláusula penal)”.⁷²

Já em se tratando da cláusula penal compensatória, cujo suporte fático de incidência é o inadimplemento absoluto da obrigação, a cumulação, a rigor, até é permitida, desde que (i) o prejuízo do promitente exceda ao previsto na cláusula e (ii) as partes tenham convencionado a possibilidade de o credor exigir indenização suplementar, nos termos do art. 416, parágrafo único, do Código Civil. A diferença se justifica porque a cláusula penal moratória já costuma ser estabelecida, nesses casos, tomando como base o valor locatício do bem, que é o mesmo critério normalmente utilizado para se fixar os lucros cessantes nesses casos.

Outra figura jurídica merecedora de especial atenção, por apresentar pontos de interseção com o estudo dos lucros cessantes, são os juros moratórios. Os juros constituem, como anota a doutrina, “(...) o preço pelo uso do capital, isto é, a expressão econômica da utilização do dinheiro e, por isso mesmo, são considerados frutos civis”.⁷³ Com relação à finalidade do dever acessório, subdividem-se os juros em duas espécies diversas, quais sejam: (i) os juros compensatórios, geralmente derivados da autonomia da vontade, que consistem na remuneração ou preço do capital, e (ii) os juros moratórios, que representam a indenização pelo retardo no cumprimento da obrigação pecuniária.

No inadimplemento de uma prestação pecuniária, além da desvalorização da moeda – que corresponde ao dano emergente, reparado por meio da correção monetária –, o credor sofre um dano por não ter à sua disposição o dinheiro no momento oportuno. Esta parcela da indenização, que o legislador, no art. 404 do Código Civil, decidiu reparar por meio dos juros de mora, na prática representa nada menos do que os lucros cessantes devidos pelo atraso no cumprimento da prestação.

Os juros de mora são devidos, neste caso, a título de lucros cessantes decorrentes da indisponibilidade do montante. Não é por outro motivo que aduz Fernando Noronha: “(...) em caso de inadimplemento de uma obrigação pecuniária, (...) o dano relativo ao valor que o lesado deixou de ganhar enquanto esteve impedido de usar esse dinheiro, (...) é lucro cessante (e que corresponde ao juro de mora: cf. arts. 406 e 407)”.⁷⁴ Partindo da constatação de que os juros de mora previstos pelo legislador, como parte das perdas e danos devidas pelo descumprimento de obrigação pecuniária, consistem em lucros cessantes previamente estimados, é possível concluir que, em regra, não será possível cumular, em pleito judicial, os juros moratórios com os lucros cessantes, sob pena de *bis in idem* em prejuízo do devedor.

Definido, então, que os juros de mora previstos no art. 404 do Código Civil assumem natureza de lucros cessantes, não se pode deixar de observar, contudo, que se trata mesmo de “uma compensação geral pelos lucros frustrados”.⁷⁵ Por isso, casos haverá em que o pagamento de tais juros será insuficiente para reparar integralmente a vítima do dano, por aquilo que ela deixou de ganhar em razão do retardo no cumprimento da obrigação. Em tais situações, que envolvem uma análise mais aprofundada dos fatos, deve ser aceita, então – em nome do princípio da reparação

STJ, Segunda Seção, REsp. 1.635.428/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.05.2019, v.u., DJ 25.06.2019.

STJ, 3ª Turma, AgInt nos EDcl no REsp 1871054/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 28.09.2020, v.u., DJ 01.10.2020.

Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes et. al. (coord.), *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 734.

Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 568.

Hans Albrecht Fischer, *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938, p. 48.

integral –, a cumulação dos juros moratórios com os lucros cessantes, no montante que esta parcela exceder aqueles.

Como, porém, a indenização superará o montante pré-fixado pelo legislador, exigir-se-á da vítima a comprovação cabal de que, com a soma monetária não recebida tempestivamente, os benefícios frustrados superariam os juros de mora, com o que restará justificada a concessão de indenização suplementar, pela diferença. Seria preciso demonstrar, por exemplo, que o dinheiro não recebido seria utilizado para aportar recursos em determinado investimento financeiro que rendeu somas monetárias bem superiores aos juros de mora. É justamente o que dispõe o parágrafo único do citado art. 404: “Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

Por fim, não se pode deixar de mencionar que o parágrafo único do art. 404 do Código Civil representou inegável avanço na seara da responsabilidade civil decorrente do descumprimento de obrigação pecuniária, na medida em que abriu à vítima a possibilidade de, comprovando que os benefícios frustrados pelo inadimplemento superaram os juros moratórios, ser indenizada em montante suplementar, consagrando, uma vez mais, o princípio da reparação integral do dano.⁷⁶

Por fim, o terceiro e último exemplo é o do interesse positivo e negativo do credor. As facetas do dano patrimonial (lucros cessantes e danos emergentes) não se confundem com os conceitos de interesse positivo⁷⁷ e negativo⁷⁸: não só de lucro cessante é composto o interesse positivo, assim como o interesse negativo não se resume a danos emergentes. Por mais exageradas e criativas que sejam as demandas indenizatórias, não se admite a cumulação do interesse positivo com o negativo.⁷⁹ Daí se conclui que também não é possível cumular o lucro cessante do interesse positivo com o lucro cessante que eventualmente compõe o interesse negativo. Seria contraditório, de fato, admitir que uma condenação buscasse, ao mesmo tempo, conduzir a vítima a duas situações claramente diferentes e opostas, quais sejam, aquela em que estaria se o contrato não tivesse sido firmado e aquela em que estaria se tivesse ocorrido o cumprimento regular dele.⁸⁰

⁷⁶ Diz-se, por isso mesmo, que “(...) a maior inovação do Código, nesta matéria, consiste na possibilidade de o juiz conceder ao credor indenização suplementar, desde que provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo. (...) Trata-se de concreção do princípio da reparação integral” (Judith Martins-Costa, “Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”, cit., p. 372).

⁷⁷ Como se sabe, a reparação pelo “interesse positivo” destina-se a colocar o credor, prejudicado pelo inadimplemento, na exata situação em que se haveria de encontrar caso o contrato tivesse sido regularmente cumprido pelo devedor, tal como negociado pelas partes.

⁷⁸ O interesse negativo, por sua vez, diz respeito ao dano suportado pelo credor por ter depositado confiança na seriedade das tratativas negociais, na validade da declaração de vontade ou em outra circunstância que represente um dano sofrido pela celebração do contrato. A tutela do interesse negativo justifica, então, que a reparação conduza o credor à situação em que estaria caso não houvesse confiado ou se vinculado à relação contratual.

⁷⁹ Como explica Paulo Mota Pinto: “A incompatibilidade entre ressarcimentos com as medidas de indenização em causa é, aliás, biunívoca, isto é, tanto se verifica quando seja examinada na ótica do pedido de uma indenização correspondente ao interesse positivo como quando se reclamou o ressarcimento pelo interesse negativo” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1007).

⁸⁰ Nesse sentido: “Não pode, sem contradição (performativa e teleológica), reclamar-se ao mesmo tempo uma reparação correspondente ao interesse negativo e ao interesse positivo. O lesado nunca poderia ter estado simultaneamente nessas duas situações (...). Trata-se, pois, de situações hipotéticas (e de medidas do dano) inconciliáveis” (Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2, cit., p. 1003-1004).

Portanto, o principal fundamento da vedação à cumulatividade revela-se na própria configuração das duas situações patrimoniais hipotéticas relevantes para o juízo de comparação. Apresenta-se como um fundamento lógico, “na medida em que ao lesado não é possível pretender seguir simultaneamente duas vias, do que teria acontecido sem o contrato, ou sem a criação de confiança, e com os efeitos do contrato, ou a correspondência à confiança”.⁸¹ De fato, afrontaria a ordem lógica do sistema calcular a indenização com base em duas situações patrimoniais hipotéticas excludentes.

A esse fundamento principal pode-se somar outros dois: um relativo à vedação do enriquecimento sem causa e outro relacionado à função reparatória desempenhada pela responsabilidade civil. Como primeiro fundamento complementar, menciona-se a vedação ao enriquecimento sem causa, tendo em vista que a impossibilidade de se cumular a indenização do interesse negativo com o do interesse positivo “depende, assim, também do princípio de que a prestação ressarcitória não deve deixar o lesado em melhor situação do que aquela em que teria estado se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação – isto é, do discutido princípio da ‘proibição do enriquecimento’ do lesado, que exprime uma das faces da função compensatória e um limite da ideia de justiça corretiva”.⁸²

Já no que diz respeito à função da responsabilidade civil, partindo-se da correta noção de que a responsabilidade civil, no sistema jurídico brasileiro, desempenha essencialmente uma função reparatória, e não punitiva,⁸³ tem-se que uma indenização fundada, cumulativamente, no interesse positivo e no negativo, extrapolaria o propósito de tão somente conduzir a vítima a uma específica situação hipotética marcada pela ausência do dano.

4. CONCLUSÃO

Em se tratando de lucro cessante, a apreciação do dano quase sempre resultará aproximada, e nunca estará livre de apreciação subjetiva do julgador, a quem caberá ponderar todas as circunstâncias especiais do caso concreto. Apesar disso, a aplicação da razoabilidade tem inúmeras vantagens em relação ao bom senso: serve não apenas de guia para o julgador na busca da reparação integral, como também o auxilia na tarefa de fundamentação das decisões, imprescindível na atuação do intérprete. Como Gustavo Tepedino já ressaltou, “o desenvolvimento da razoabilidade como técnica hermenêutica permite que se afaste a subsunção, impondo-se a consideração das circunstâncias concretas na formulação da norma interpretada, sempre de acordo com os valores do ordenamento”.⁸⁴

Pondera-se que, 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, cuja definição dependerá sempre de diversos fatores e influências externas, que devem servir de referência ao julgador na análise do caso concreto.

⁸¹ Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2, cit., p. 1004-1005.

⁸² Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2, cit., p. 1005.

⁸³ Maria Celina Bodin de Moraes, “A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil”. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331.

⁸⁴ Gustavo Tepedino, “A razoabilidade na experiência brasileira”, cit., p. 39.