

Heloisa Helena Barboza
Cleyson de Moraes Mello
Gustavo Silveira Siqueira
|Coordenação Geral|

Heloisa Helena Barboza
Gustavo Tepedino
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho
|Coordenação Acadêmica|

2

DIREITO CIVIL

O FUTURO DO DIREITO

 **DIREITO**
UERJ 1935 2020



EDITORIA PROCESSO

Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br

www.catalivros.com.br

Distribuição exclusiva da Catalivros Distribuidora Comércio Ltda ME

Copyright© 2022 Heloisa Helena Barboza, Cleyson de Moraes Mello, Gustavo Silveira Siqueira (Coordenação Geral)
Heloisa Helena Barboza, Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (Coordenação Acadêmica)

Todos os direitos reservados.

Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (*Presidente*)

Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira

Ana Frazão

Antônio Augusto Cançado Trindade (*In memoriam*)

Antônio Celso Alves Pereira

Caitlin Sampaio Mulholland

Carla Adriana Comitri Giberton

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Cleyson de Moraes Mello

Eneas de Oliveira Matos

Eugênio Facchini Neto

Fernando de Almeida Pedrosa

Hélio do Vale Pereira

Joyceane Bezerra de Menezes

Marco Aurélio Lagreca Casamasso

Marco Aurélio Peri Guedes

Marcos Ehrhardt Jr.

Maria Cristina De Cicco

Mariana Pinto

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Mauricio Moreira Menezes

Melhim Namem Chalhoub

Ricardo Calderón

Sergio Campinho

Zeno Veloso (*In memoriam*)

Diagramação - Mariana Carvalho

Capa - Alexander Marins

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

B346d

Barboza, Heloisa Helena, Cleyson de Moraes Mello, Gustavo Silveira Siqueira
(Coordenação Geral) - Heloisa Helena Barboza, Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo
Monteiro Filho (Coordenação Acadêmica), Direito civil - O futuro do direito.

Rio de Janeiro: Processo 2022

540p. ; 23cm

ISBN - 978655378045-3

1. Direito civil - O futuro do direito 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

SUMÁRIO

A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO E OS REMÉDIOS
APLICÁVEIS

Aline de Miranda Valverde Terra e Mariana Ribeiro Siqueira 19

RESPONSABILIDADE CIVIL E OS “NOVOS TURCOS”: O PAPEL DA
CONDUTA HUMANA NOS DANOS RELACIONADOS À INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL

Carlos Affonso Souza e Vinicius Padrão 41

LESÃO AO TEMPO: CONFIGURAÇÕES E REPARAÇÃO PARA ALÉM DAS
RELAÇÕES DE CONSUMO

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho 69

DA ASSUNÇÃO DO RISCO POR PARTE DA VÍTIMA COMO EXCLUDENTE DO
NEXO CAUSAL

Carlos Eduardo Guerra de Moraes 99

O “ABISMO” NORMATIVO NO TRATO DAS FAMÍLIAS ECTOGENÉTICAS: A
INSUFICIÊNCIA DO ART. 1597 (INCISOS III, IV E V) EM MATÉRIA DE
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA E HETERÓLOGA NOS 20
ANOS DO CÓDIGO CIVIL

*Carlos Henrique Félix Dantas e Manuel Camelo Ferreira da Silva
Netto* 125

BOA-FÉ E DEVERES ANEXOS EM CENÁRIOS PLURINEGOCIAIS

Carlos Nelson Konder 151

EXISTE O *DROIT DE SAISINE* NO SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO?

Daniel Bucar 173

ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS (<i>LEX VOLUNTATIS</i>)	
<i>Daniel Gruenbaum</i>	205
CLASSIFICAÇÃO DINÂMICA DOS ATOS JURIDICAMENTE RELEVANTES NA PERSPECTIVA DO SEU CONTROLE DE VALIDADE	
<i>Eduardo Nunes de Souza</i>	235
DESAFIOS NA REPARAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES: A IMPORTÂNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DA RAZOABILIDADE NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO	
<i>Gisela Sampaio da Cruz Guedes</i>	269
DIREITO DAS SUCESSÕES E O FUTURO DO DIREITO: HERANÇA DIGITAL	
<i>Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Carla Duby Coscio Cuellar</i>	313
ESBOÇO DE UMA AGENDA METODOLÓGICA PARA O DIREITO CIVIL	
<i>Gustavo Tepedino</i>	349
OS CONCEITOS JURÍDICOS E A VERIFICAÇÃO DO IMPOSSÍVEL	
<i>Heloisa Helena Barboza</i>	365
AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO PROATIVA NA LGDP	
<i>Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz</i>	387
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O LEGADO DE IMÓVEL	
<i>Maria Teresa Moreira Lima</i>	411
A ANTECIPAÇÃO DE HERANÇA E AS DÍVIDAS DO ESPÓLIO	
<i>Marlan Marinho Jr.</i>	439

A INEXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19: CARACTERIZAÇÃO DE EXCESSIVA ONEROSIDADE E FORÇA MAIOR

Paula Greco Bandeira 461

A REFORMA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES ALEMÃO E A CODIFICAÇÃO

Regis Fichtner 487

MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

Rose Melo Vencelau Meireles 515

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

Gisela Sampaio da Cruz Guedes¹

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. 3.9. 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

¹ Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora 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.

ganância”.² 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.³ A experiência demonstra que o iter reconstutivo 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

² DíEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 2000, p. 323.

³ FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938, pp. 49-50.

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 observa Gustavo Tepedino: “invoca-se, de modo acrítico, a razoabilidade como parâmetro final

das decisões, bem como sua equivalência aos mais diversos conceitos”.⁴

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”.⁵

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.

⁴ TEPEDINO, Gustavo, “A razoabilidade na experiência brasileira”, In: TEPEDINO, Gustavo, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e ALMEIDA, Vitor (coord.), *Da dogmática à efetividade do direito civil*, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 30.

⁵ TEPEDINO, Gustavo, “A razoabilidade na experiência brasileira”, cit., 30.

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)”.⁶ 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”.⁷

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.

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

⁶ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1955, p. 206.

⁷ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 206.

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 nexo 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.)”.⁸ Para a configuração dos lucros cessantes, embora não baste a simples

⁸ COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 1998, Coimbra: Almedina, 1998, p. 84, nota 45.

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”.⁹

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 instituía ‘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”.¹⁰ 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 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.¹¹

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

⁹ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., pp. 386-387. No mesmo sentido, observa BRIZ, Jaime Santos: “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).

¹⁰ FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 51-52.

¹¹ 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).

prove – que o prejudicado não teria aproveitado tão fácil ocasião.¹² 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.¹³ Quando tal participação, independentemente da existência dos referidos contratos, seja realizável de maneira fácil, a mesma solução costuma ser aplicada.¹⁴

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

¹² É o que afirma BRIZ, Jaime Santos, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., pp. 252-253.

¹³ 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).

¹⁴ 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 duma 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” (FISCHER, Hans Albrecht, *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.

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.¹⁵

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 tênue 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

¹⁵ FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 51-52.

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.¹⁶

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 o evento danoso. Da mesma forma, em alguns casos, a própria

¹⁶ 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.

comparação de mercado, com recurso aos sindicatos de classe, pode ajudar nesta busca.¹⁷ 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.

¹⁷ 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).

3.2. *O julgador deve observar o aspecto individual do caso concreto*

Para além do que normalmente acontece, como anota Pereira Coelho,¹⁸ 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 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 indemnização deles”.¹⁹ 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.²⁰ Assim é que, em

¹⁸ COELHO, Francisco Manuel Pereira, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, cit., p. 84, nota 45.

¹⁹ FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 57-58.

²⁰ 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

nenhum caso de avaliação de lucros cessantes, o julgador deve afastar-se do aspecto individual.²¹ 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,²² 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.

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 diligente, o ônus da prova recairá sobre mim” (FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., p. 58).

²¹ 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.

²² 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: DIAS, João Antônio Álvaro, *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*, reimpressão da 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 134.

normalmente, os jovens se tornam independentes economicamente.²³ 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*”.²⁴ Neste julgado, a presunção, aplicável à generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão de sua especificidade.²⁵

A razoabilidade, na sua vertente equidade, não pode levar a operações arbitrárias no afã 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

²³ STJ, 1ª T., REsp. 603984/MT, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.10.2004, v.u., DJ 16.11.2004, p. 193.

²⁴ 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.

²⁵ 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” (ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 142).

avaliamos se determinados pressupostos de facto devem ser tratados de forma essencialmente igual ou essencialmente desigual”.²⁶ 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, 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,²⁷ assim como também se pode presumir que um lojista de um

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 1.277.

²⁷ 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

shopping vende mais no período natalino.²⁸ Se, em vez disso, fosse levado em conta o sexo do sorveteiro ou do vendedor, por exemplo, o

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 aí a favor do vendedor.

²⁸ 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 negatividade 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 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

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 andarà 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.²⁹ 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

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 uma única decisão razoável –, o julgador deverá investigar as circunstâncias do caso concreto, bem como as providências tomadas pelo lesado.

²⁹ ÁVILA, Humberto, “*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.

parte, deixou de ganhar com o negócio novo, cumulado com o que deixou de auferir com o empreendimento antigo, colocado a parte 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.³⁰

Ao apreciar a Apelação Cível n.º 2006.001.24175,³¹ 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.

³⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, “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: Padma, abr.-jun./2005, p. 149.

³¹ TJ/RJ, 18ª CC, AC 2006.001.24175, Rel. Des. Cássia Medeiros, j. 29.08.2006, v.u., DJ 06.09.2006.

Outro exemplo de decisão que procurou manter a consistência interna e externa foi a proferida no julgamento do Recurso Especial n.º 307523/SP,³² em que o STJ, ao discutir o lucro que o titular de uma máquina obteria 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).³³ Tome-se aqui o exemplo acadêmico 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

³² STJ, 4ª T., REsp. 307523/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.09.2001, v.u., DJ 07.10.2002, p. 262.

³³ A despeito 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 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.

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 quedada restituído a una situación mejor que la que con anterioridad tenía”.³⁴ 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”³⁵ ou comando que se convencionou chamar de *compensatio lucri cum damno* ou “compensação de vantagens”, que, ao ver de Hans Fischer, deriva do próprio conceito de dano, sem necessidade de preceito positivo especial,³⁶ e deve ser aplicado *ipso jure*, tão logo se comprove a existência de benefícios autônomos, desde que preenchidos certos

³⁴ DE CUPIS, Adriano, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* [1954], 2. ed., tradução de Angel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1975, p. 328.

³⁵ 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 da indemnização 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”.

³⁶ FISCHER, Hans Albrecht, *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*, 15ª ed., atualizado por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 51-52).

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),³⁷ como forma de extinção das obrigações, a *compensatio lucri cum damno* nunca poderá deixar qualquer resíduo a favor do réu;³⁸ o máximo que pode acontecer é ficar o direito do autor reduzido a zero,³⁹ se o julgador não conseguir apurar a existência de um prejuízo.⁴⁰

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.⁴¹ 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,⁴² mas a solução já

³⁷ 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).

³⁸ Cf. HEDEMANN, J. W., *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.

³⁹ Nesse sentido, esclarece Inocêncio Galvão Telles que "(...) nem haverá lugar a indemnização se, como pode conceber-se, os ganhos igualem ou superarem os prejuízos" (*Direito das obrigações*, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 309).

⁴⁰ Se é assim, "[o] que tudo concorre a mostrar é que a compensação de benefícios nada tem de comum com a verdadeira compensação" (FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., pp. 200-201).

⁴¹ BRIZ, Jaime Santos, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 238.

⁴² 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,

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 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 brasileira⁴³ e estrangeira⁴⁴ – 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

poderá o ofensor pleitear que o julgador desconte da indenização o valor da coisa nova, desde que esta tenha entrado no patrimônio do lesado (FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, cit., p. 211).

⁴³ Nesse sentido, cf. a opinião de DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, 12ª 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*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 85 e ss.). É o que também entende LOPEZ, Teresa Ancona, *O dano estético: responsabilidade civil*, 2ª 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.

⁴⁴ Veja-se, por todos, BRIZ, Jaime Santos, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 236).

compensação, haverá um duplo pagamento do ofendido, que suplantarão o valor do dano experimentado”.⁴⁵

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

Por vezes, o termo inicial do qual deve partir o cálculo dos lucros cessantes coincide com a data em que ocorre o evento danoso. 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 ou mesmo da data de início da mora, sendo estabelecido em momento futuro. 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,⁴⁶ 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 início da mora, 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”.⁴⁷

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

⁴⁵ DA SILVA, Rafael Peteffi; LUIZ, Fernando Vieira, “*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.

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

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.

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”.⁴⁸ No arbitramento, determinou que fosse examinado “o que ‘razoavelmente’ a segurada 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”.⁴⁹

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.⁵⁰ 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

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ TJ/SP, 30ª CDPiv., EDcl Cível 1021490-02.2016.8.26.0002; Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 12.12.2018, v.u., DJ 13.12.2018.

2013”.⁵¹ 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”.⁵²

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,⁵³ 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.

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

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, “*A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico*”, cit., p. 149.

cinco meses, enquanto outras chegam até a considerar dez anos.⁵⁴ 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.⁵⁵ 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,⁵⁶ 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,

⁵⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa, *Lucros Cessantes*: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade, São Paulo: RT, 2011, p. 295 e seguintes.

⁵⁵ 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).

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.

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”.⁵⁷

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”.⁵⁸ 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

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

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 1.110.417.⁵⁹ 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”.⁶⁰ 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”.⁶¹

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

⁵⁹ STJ, 4ª T., REsp. 1.110.417/MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 07.04.2011, v.u., DJ 28.04.2011.

⁶⁰ 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.

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 relatório.

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 funcionava o empreendimento, deixando de dedicar-se àquela atividade econômica, não justifica a extensão do período de cálculo dos lucros cessantes até a data da perícia”.⁶² 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”.⁶³

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

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 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.

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.⁶⁴ Nesses casos, portanto, o termo final dos lucros cessantes deve coincidir com a data em que a unidade ficou disponível para o promitente comprador.⁶⁵ 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-

⁶⁴ Nesse sentido: STJ, 2ª Seção, REsp 1729593/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.09.2019, v.u., DJ 27.09.2019.

⁶⁵ TJ/SP, 7ª CDPriv., EDcl 1009087-04.2017.8.26.0604, Min. Mary Grün, j. 03.03.2021, v.u., DJ 03.03.2021.

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 transitada em julgado.⁶⁶ 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.⁶⁷

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

⁶⁶ 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).

⁶⁷ TJ/SP, 2ª CDPriv., AC 1012966-56.2016.8.26.0506, Rel. Marcia Dalla Déa Barone, j. 19.07.2019, v.u., DJ 19.07.2019.

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.⁶⁸

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”,⁶⁹ figuras que não se confundem, ainda cria uma “multa convencional” cuja natureza jurídica é difícil de ser definida.⁷⁰

⁶⁸ Diversas críticas são dirigidas a esse dispositivo, cf.: DA SILVA, Joseane Suzart Lopes, *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).

⁶⁹ 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” (VIÉGAS, Francisco de Assis; DE QUEIROZ, João Quinelato, *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).

⁷⁰ 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 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” (KONDER, Carlos Nelson, *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 acórdãos 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).

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.

3.9. *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 cessante, 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”.⁷¹ Esse entendimento acabou sendo firmado pela Segunda Seção na sistemática dos recursos repetitivos, dando origem ao Tema 970.⁷² Nessa linha, conclui-se, portanto, que “é necessário facultar ao recorrente a possibilidade de escolha entre as duas modalidades (lucros cessantes ou cláusula penal)”.⁷³

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.

⁷¹ 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.

⁷² STJ, Segunda Seção, REsp. 1.635.428/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.05.2019, v.u., DJ 25.06.2019.

⁷³ 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.

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”.⁷⁴ 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 de 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)”.⁷⁵ 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

⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, DE MORAES, Maria Celina Bodin et. al. (coord.), *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 734.

⁷⁵ NORONHA, Fernando, *Direito das obrigações*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 568.

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”.⁷⁶ 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 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

⁷⁶ FISCHER, Hans Albrecht, *A reparação dos danos no direito civil*, tradução de António de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938, p. 48.

suplementar, consagrando, uma vez mais, o princípio da reparação integral do dano.⁷⁷

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 positivo⁷⁸ e negativo⁷⁹: 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.⁸⁰ 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.⁸¹

⁷⁷ 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” (MARTINS-COSTA, Judith, “Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”, cit., p. 372).

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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).

⁸¹ 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”.⁸² 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”.⁸³

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,⁸⁴ 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.

⁸² PINTO, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2, cit., p. 1004-1005.

⁸³ PINTO, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2, cit., p. 1005.

⁸⁴ DE MORAES, Maria Celina Bodin, “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.

4. Conclusão

Em se tratando de lucro cessante, a apreciação do dano quase sempre resultará aproximada, e nunca estará livre da 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”.⁸⁵

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.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12ª ed., atualização de Rui Berford Dias, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ÁLVARO DIAS, João. *Dano corporal: quadro epistemológico e aspectos ressarcitórios*. Reimpressão da 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1955.

⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo, “A razoabilidade na experiência brasileira”, cit., p. 39.

ASSIS, Araken de. “Dano positivo e negativo na dissolução do contrato”. *Revista do Advogado*, n.º 44. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, out./1994.

ÁVILA, Humberto. “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.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. “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.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. “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: Padma, abr.-jun./2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO FILHO; ANDRADE, Marcus Vinícius dos Santos; MESQUITA, Eduardo Melo de; SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. “Do direito das obrigações (arts. 304 a 420)”. In: Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 4, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* [1954]. 2ª ed., tradução de Angel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1975.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 2000.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das obrigações*. 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1975.

- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15ª ed., atualizado por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa. *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: RT, 2011.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *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.
- KONDER, Carlos Nelson. *Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários*. *Revista dos Tribunais*, v. 5, pp. 83-104. São Paulo: Revista dos Tribunais, mai.-jun./2014.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)”. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), *Comentários ao novo Código Civil*, v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1990.
- MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1998, Coimbra: Almedina, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 2. 20ª ed., atualizado por Luiz Roldão de Freitas Gomes, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 3ª ed., Madrid: Editorial Montecorvo, 1981.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes da. *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.

SILVA, Rafael Peteffi da; LUIZ, Fernando Vieira. “*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.

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

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. (coord.), *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, v. 2. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

VIÉGAS, Francisco de Assis; QUEIROZ, João Quinelato de. *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.