

## CONSIDERAÇÕES SOBRE A INDENIZAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ

Procurador da República no Rio Grande do Sul

O problema da ressarcibilidade dos lucros cessantes é dos mais complexos na fixação da indenização das perdas e danos.

Como acentuado por Carvalho Santos, os lucros cessantes, para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de forma a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos (J. M. de Carvalho Santos, in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Calvino F. Ed., 1936, Rio, XIV/256, n. 4).

Não há como negar a atualidade da lição de Dernburg, quando afirma *verbis*: “Cosi pure può derivare dal frustramento del guadagno, che dovevasi ottenere, — il cosiddetto *lucrum cessans*. Esso è veramente una quantità più o meno problematica. La certezza non può esser richiesta, non può di regola essere raggiunta, ma le semplici illusioni di un guadagno neanche vanno considerate. Il diritto non tien conto delle fatasié” (A. Dernburg, in *Pandette — Diritto Delle Obbligazioni*, trad. de Cicala, Fratelli Bocca Ed., Torino, 1903, II/178, § 45, n. 1).

No direito positivo brasileiro, a indenização dos lucros cessantes encontra-se disciplinada nos arts. 1.059 e 1.060 do CC.

Com efeito, preceitua o art. 1.059 do CC que o lucro cessante corresponde àquilo a que razoavelmente deixou o credor de lucrar, observado o disposto no art. 1.060 do mesmo Código.

A reparação das perdas e danos abrangerá, portanto, a restauração do que o credor efetivamente perdeu e a composição do que deixou de ganhar, apurado conforme um juízo de probabilidade, considerando o magistrado, ao fixar o *quantum* das perdas e danos, as peculiaridades do caso concreto.

A maior dificuldade, todavia, reside na tormentosa questão da prova dos lucros cessantes.

Em interessante estudo, publicado no verbete “Lucro Cessante”, in *Dizionario Pratico Del Diritto Privato*, de Vittorio Scialoja, III/429 e ss., Alessandro Graziani aborda exaustivamente o tema, analisando as diversas correntes doutrinárias e a própria jurisprudência italiana, *verbis*:

“Il problema viene posto, ma non convenientemente discusso.

Il quesito è posto, dal punto di vista dell'avente diritto al risarcimento, cosi: dovrà costui provare che avrebbe certamente ricavato il lucro, o sarà sufficiente che egli provi che il lucro sarebbe stato da lui probabilmente percepito, ove non fosse subentrato l'evento danneggiante?

La dottrina si divide in due campi.

Da un lato si afferma che il lucro cessante per essere risarcibile dev'essere certo, deve cioè provarsi, da chi pretende il risarcimento, che il lucro si sarebbe certamente prodotto qualora l'evento danneggiante non fosse sopravvenuto. Dall'altro si sostiene che perchè il lucro sia risarcibile è sufficiente che sia probabile, e che il danneggiato dimostri che senza l'evento danneggiante egli avrebbe secondo il comune corso delle cose, ritratto il lucro.

(...)

La giurisprudenza rispecchia le oscillazioni della dottrina. E se talvolta richiese che fosse provata la certezza del lucro (App. Roma 23 luglio 1921, Giur. it., 1921, I, 2, 270; Cass. Roma, 18 maggio 1923, Giur. it., 1923, I, 1, 576; Cass. Roma, 20 aprile 1923, Giur. it., 1923, I, 1, 507), ritenendo indispensabile la prova che il lucro sarebbe entro un dato termine inevitabilmente verificato (Cass. Torino, 25 novembre 1914, Rep. Giur. it., 1913, Colpa civ., n. 137); tal'altra, e nella maggior parte dei casi, parlò di relativa certezza, quale può essere data da complesso delle circostanze, dalla esperienza, dal corso naturale degli eventi umani (App. Milano 27.6.19, Mon. Trib., 627), di "certezza se non apodittica almeno umana, ma di quella certezza cioè che è compatibile col corso degli umani eventi, e che offre perciò nell'ordinario dei casi tale grado di alta probabilità da potersi difficilmente reputare il contrario" (Cass. Firenze, 11.6.16, Giur. it., 1916, I, 1, 1317). Parlò ancora di fondata probabilità (App. Milano, 25.6.20, Mon. Trib., 430), di presumibilità (App. Torino, 6.2.22, Rep. Giur. it., 1922, Colpa civ. 99), escludendo peraltro sempre il risarcimento nei casi di mera possibilità.

Ma — e soprattutto — la giurisprudenza si lasciò guidare da un attento esame del caso specifico che era chiamata a dirimere" (in op. cit., p. 432).

Não há controvérsia no aspecto de que incumbe àquele que alega a lesão ao seu patrimônio o ônus de demonstrar a existência dessa lesão, propiciando ao julgador as provas que tornem convincente a frustração do lucro que teria ocorrido, não fosse o advento do fato danoso.

A divergência, porém, se verifica justamente no que concerne à intensidade das provas.

Na doutrina, predomina o critério da probabilidade e da verossimilhança, ou seja, impede que o lucro seja provável e, nesse caso, o lesado nada mais terá que fazer senão demonstrar essa probabilidade, sem a exigência de uma certeza absoluta.

Assim, a lição do Mestre Giorgi, *verbis*: "Che se in fine trattisi di lucri perduti, siano attuali, siano potenziali, la ragione e il buon senso ci ammaestrano come di provedirette e rigorose non siano quasi mai suscettivi" (Giorgio Giorgi, in *Teoria Delle Obbligazioni Nel Diritto Moderno Italiano*, 7.<sup>a</sup> ed., Ed. Torinese, Torino, 1930, II/143, n. 96).

Da mesma forma, o magistério de Karl Larenz, *verbis*: "La dificultad de determinación del "lucro cesante" radica en que jamás puede decirse con seguridad cómo hubieran ocurrido realmente los acontecimientos sin la realización del suceso en que se basa el deber de indemnizar.

(...)

Por consiguiente, hemos de conformarnos con un juicio de probabilidad

allí donde se trate de un proceso causal hipotético, es decir, con lo que hubiera ocurrido en un caso imaginario semejante, sin la realización del acaecimiento generador de la responsabilidad” (Karl Larenz, in *Derecho de Obligaciones*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, t. I, p. 208).

Nesse sentido, ainda, os seguintes autores: A. Von Tuhr, in *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Reus, Madrid, 1934, t. I, pp. 72-73; Alberto Trabucchi, in *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.<sup>a</sup> ed., Cedam-Padova, 1991, p. 202; J. M. de Carvalho Santos, in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Calvino F.<sup>o</sup> Ed., 1936, Rio, XIV/264; José de Aguiar Dias, in *Da Responsabilidade Civil*, 7.<sup>a</sup> ed., Forense, Rio, 1983, II/801; Agostinho Alvim, in *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 2.<sup>a</sup> ed., S. Paulo, 1955, p. 201; Pontes de Miranda, in *Tratado de Direito Privado*, 3.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> Reimp., Ed. RT, S. Paulo, 1984, t. XXII, pp. 213-215, n. 3; A. de Cupis, in *El Daño*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1975, p. 315; Enneccerus-Kipp-Wolf, in *Tratado de Derecho Civil — Derecho de Obligaciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1954, t. II, 1/74, n. 6).

Outra não é a posição adotada pelos Tribunais, inclusive o Eg. STF, como se constata do voto proferido pelo eminente Min. Thompson Flores, ao relatar o RE 81.272-SP, *verbis*:

“(…)

3. Todavía, não vejo como provê-lo sequer com respeito aos lucros cessantes.

Foi, realmente, sua concessão e em importância certa, embora inferior à pretendida pela recorrida que me fez ordenar o seu processamento.

É que tais lucros, nos termos dos arts. 1.059 e 1.060 do CC, devem defluir direta e imediatamente da inexecução da obrigação; mas que sejam eles razoáveis.

Todavía, apesar das alegações da recorrente, no particular, procurando mostrar as dificuldades de sua obtenção, o aresto, para fixá-los, assentou nos exames periciais, notadamente nos laudos dos peritos do juízo; e, operando com eles, precisou as importâncias.

Inviável seria a sua reapreciação, nesta via extrema, buscando ante tais subsídios, negá-los, ou transferir seu *quantum* à via de execução, quando, por certo, o critério de sua apuração não seria diverso. E o resultado não diferiria.

E note-se a orientação dos doutrinadores, em casos como que tais, é afastar maior rigor a prova, pois se assim não ocorrer, jamais serão apurados. É o ensinamento que se lê em Giorgi, Savatier, Cunha Gonçalves, e entre nós Agostinho Alvim, Carvalho Santos, para não invocar outros” (in *RTJ* 80/588).

Idêntico entendimento foi firmado no RE 87.584-SC, relator o saudoso Min. Leitão de Abreu, in *RTJ* 94/699.

Contrariamente a essa orientação, encontramos Chironi, *verbis*:

“(…) il pregiudizio dev'essere sempre dimostrato da chi ne chiede il risarcimento: nè importa soggiungere che nel caso di danno da fissare con la valutazione di circostanze esclusive, speciali al danneggiato, la prova dev'essere rigorosa e specifica, perchè la prova dev'essere tale da convincere il giudice, sia il danno comune o proprio: e se nel primo caso la prova è

facile e difficile nell'altro, ciò non giustifica una distinzione intorno la prova del danno, la cui entità giuridica è sempre identica. Il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento è in ogni caso, come se dirà determinando l'estimazione del danno, quello proprio del danneggiato (4), e la facilità o difficoltà nel provarlo non influisce sulla natura sua; e neppure influisce sulla prova dell'esistenza del pregiudizio la forma ch'esso può assumere di danno emergente, o di lucro mancato: s'è insegnato, è vero, che nella ipotesi di mancato lucro si deve porre meno rigore, stante la difficoltà della prova (5) da esperire, ma non pare sia questo argomento valevole a derogare al concetto che il danno non dev'essere soltanto eventuale, possibile, ed è invece necessario sia conseguenza certa dell'inadempita obbligazione. Desumere nella questione una ragion di distinguere dal modo col quale il pregiudizio vien dedotto nel giudizio di risarcimento, è criterio non giuridicamente esatto, perchè inferendone una diminuzione di rigore nell'apprezzamento della prova si giunge in effetto a stabilire la responsabilità pei danni soltanto eventuali: nè rileva il considerare come sia sufficiente stabilire ch'è impossibile la non evenienza del danno, perchè tal prova, sebbene data negativamente, include la realtà, la certezza del pregiudizio, che può quindi ritenersi per avverato. Il creditore ha obbligo di dimostrare l'esistenza del danno: salva al giudice l'intera facoltà di apprezzamento sulla sufficiente concluzione delle prove esibite" (G. P. Chironi, in *La Colpa Nel Diritto Civile Odierno — Colpa Contrattuale*, 2.<sup>a</sup> ed., Fratelli Bocca Ed., Torino, 1925, pp. 426-427, n. 250).

Em conclusão, a doutrina e a jurisprudência de maior peso inclinam-se no sentido de que, na indenização dos lucros cessantes, não deve o juiz exigir do credor uma certeza absoluta de sua ocorrência e, via de consequência, uma prova mais rigorosa na sua apuração, o que certamente inviabilizaria a sua reparação.

O critério mais acertado para se computar o lucro cessante, nessa linha, estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, em decorrência do desenvolvimento normal dos acontecimentos, observando-se, sempre, as circunstâncias peculiares ao caso concreto.

Os lucros cessantes, contudo, não se presumem, devendo ser excluídos quando aleatórios e não provados (RE 85.146-RJ, rel. Min. Xavier de Albuquerque, in *RTJ* 78/322).

Como bem lembrou Demogué, "pour apprécier le dommage, il faut tenir compte plutôt des réalités que des virtualités" (René Demogué, in *Traité des Obligations en Général*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, t. IV, p. 118, n. 457).