

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**ANDRÉ DE ALMEIDA FOZZATI**

**LUCROS HIPOTÉTICOS: Do Dever de Indenizar os Lucros Hipotéticos**

São Paulo- SP

2019

**ANDRÉ DE ALMEIDA FOZZATI**

**LUCROS HIPOTÉTICOS: Do Dever de Indenizar os Lucros Hipotéticos**

Trabalho de conclusão de curso apresentado na  
Universidade Presbiteriana Mackenzie – Campus  
Higienópolis, como requisito parcial à obtenção  
do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Marcia Maria de Barros Correa.

São Paulo- SP

2019

**ANDRÉ DE ALMEIDA FOZZATI**

**LUCROS HIPOTÉTICOS: Do Dever de Indenizar os Lucros Hipotéticos**

Trabalho de conclusão de curso apresentado na  
Universidade Presbiteriana Mackenzie – Campus  
Higienópolis, como requisito parcial à obtenção  
do grau de Bacharel em Direito.

**Aprovado em:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Andrea Boari Caraciola  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Ms. Márcia Maria de Barros Correa  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Profa. Dra. Lourdes Regina Jorgeti  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **DEDICATÓRIA**

A todos aqueles que sempre acreditaram em mim quando nem eu mesmo acreditei, que me deram força e apoio durante toda minha formação acadêmica, me mostrando que seguindo o caminho correto e com honestidade sempre se chegará ao futuro almejado.

*“Palavras são, na minha nem tão humilde opinião, nossa inesgotável fonte de magia. Capazes de formar grandes sofrimentos e também de remedia-los.”*

*J.K Rowling*

## **RESUMO**

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade civil no direito brasileiro e, em específico, a possibilidade de se indenizar os danos nomeados de lucros hipotético. Para tal finalidade, a pesquisa aborda, com base na doutrina, os elementos necessários para caracterização da responsabilidade civil, as teorias do dano e os requisitos de atualidade e certeza necessários para a concessão da indenização. Assim, além da doutrina, a pesquisa também verificou a posição do judiciário em relação aos lucros hipotéticos, concluindo, a partir da somatória das informações, se a legislação brasileira permite a concessão de indenização a título de lucros hipotéticos.

Palavras-chave: Responsabilidade, Civil, Dano, Lucros, Hipotéticos, Indenização.

## **ABSTRACT**

This monographic study aims at analyzing the civil responsibility in Brazilian law and, specifically, the possibility to indemnify the named damages of hypothetical profits. Therefore, the research brings, based on the legal doctrine, the necessary elements for the civil responsibility description, the damages theories and present and assurance requirements necessary to the indemnification concession. Thereby, beyond the legal doctrine, the research also verified the judiciary position about the hypothetical profits, in conclusion, from the sum of the informations, if the Brazilian legislation allows the concession of indemnification in case of hypothetical profits.

Keywords: Responsibility, Civil, Damage, Profits, Hypothetical, Indemnification.

## SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 Responsabilidade Civil .....	11
1.1 Conceito .....	11
1.2 Função social .....	11
2 Elementos da responsabilidade civil .....	14
2.1 Conduta.....	14
2.1.1 Ação (conduta positiva) .....	15
2.1.2 Omissão (conduta negativa) .....	15
2.2 Culpa ou Dolo.....	16
2.2.1 Dolo .....	16
2.2.2 Culpa .....	16
2.2.3 Modalidades de culpa .....	17
2.2.3.1 Imprudência.....	18
2.2.3.2 Negligência.....	18
2.2.3.3 Imperícia .....	19
2.2.4 Níveis de culpa .....	19
2.2.5 Efeito do elemento para caracterização da responsabilidade .....	20
2.3 Dano .....	21
2.4 Nexo Causal .....	22
2.4.1 Concausas simultâneas .....	23
2.4.2 Concausa sucessivas .....	23
3 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	25
4 Teorias do Dano.....	28
4.1 Teoria da equivalência das condições .....	28
4.2 Teoria da causalidade adequada .....	30
4.3 Teoria dos danos diretos e imediatos .....	30
5 Tipos de Dano .....	32
5.1 Danos Extrapatrimoniais .....	32
5.1.1 Dano Moral .....	32
5.1.2 Dano Estético .....	33
5.2 Danos Patrimoniais ou Materiais .....	34
5.2.1 Dano Emergente .....	34



5.2.2 Lucros Cessantes.....	35
5.2.3 Perda da Chance .....	36
6 Escala de liquidez (certeza) dos danos .....	39
7 Dano Indenizável e Dano não indenizável.....	42
7.1 Atualidade .....	42
7.2 Certeza .....	43
8 Lucros Hipotéticos .....	45
8.1 Jurisprudência dos Lucros Hipotéticos.....	45
8.1.1 Tribunal de Justiça de São Paulo.....	46
8.1.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul .....	47
8.1.3 Superior Tribunal Justiça (STJ).....	49
8.2 Uma segunda análise do tema .....	52
8.2.1 Conceito.....	53
8.2.2 Exemplo Central de Lucros Hipotéticos .....	54
8.2.3 Diferença entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos .....	56
8.2.4 Diferença entre Perda da Chance e Lucros Hipotéticos .....	57
8.3 Do dever de indenizar os Lucros Hipotéticos .....	58
Conclusão .....	61
REFERÊNCIAS .....	65

## INTRODUÇÃO

“A função precípua do ordenamento jurídico é sanar a exigência social indeclinável de convivência ordenada entre os diferentes.”<sup>1</sup> Portanto, o fim do direito é garantir a convivência harmônica entre os indivíduos, de modo que paire sobre a sociedade uma sensação de justiça, onde todos se sintam tratados de maneira igualitária perante o Estado, sendo assegurado a previsibilidade das decisões judiciais, de modo que se tenha a certeza de que aqueles que violarem as normas legais de conduta sofrerão as sanções cabíveis.

É a partir desse dever de garantir a harmonia e de assegurar a sensação de justiça que nasce a função da responsabilidade civil, pois esta visa garantir o direito da vítima, mediante reparação pelo dano sofrido, bem como, serve para “punir” o agente, a fim de desestimular a prática de novos atos lesivos.

Todavia, nem todos os prejuízos sofridos devem ser indenizados, pois, se assim fosse, a responsabilidade civil não traria a sensação de justiça e segurança supracitada, mas sim, e muito pelo contrário, traria uma sensação de insegurança e injustiça, pois haveria a possibilidade de se responsabilizar um indivíduo que nada contribuiu para o evento danoso.

Assim, a lei estabelece alguns parâmetros para se definir quais danos são merecedores de serem indenizados e quais não preenchem tais requisitos. Porém, mesmo com o grande avanço dos estudos sobre a responsabilidade civil, existem algumas situações específicas em que, mesmo causando uma sensação de injustiça, a jurisprudência entende pelo não preenchimento dos requisitos necessários para concessão da indenização.

Uma dessas situações é justamente a qual classificamos como lucros hipotéticos e, por não entender o judiciário pela existência dos requisitos de atualidade e certeza, acabam por não conceder nenhuma indenização a título de tais lucros, mesmo que isto cause a sensação de injustiça que o direito busca evitar.

Porém, conforme se verá adiante, entendemos que a não indenização dos lucros hipotéticos não é um tema tão consolidado como parece, devendo seu estudo continuar sendo discutido e aprofundado, pois estes se assemelham muito aos lucros cessantes, os quais são indenizáveis, e, por esse motivo, ainda que existam algumas diferenças nos elementos para mensuração da possibilidade de sua ocorrência futura, o fato é que, conforme restará demonstrado, sendo o ato ilícito a causa necessária para ocorrência do dano classificado como lucro hipotético, deverá este ser reparado, ainda que não se tenha os mesmos elementos existentes no lucros cessantes.

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.

## 1 RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1 Conceito

A responsabilidade Civil é um dos principais temas do direito desde os primórdios da humanidade. Isso porque, ela aborda temas do cotidiano dos indivíduos de qualquer sociedade e classe social.

Antes de tudo, é importante definir-se o conceito do instituto da responsabilidade civil e tê-lo em mente durante a leitura de toda a pesquisa, assim vejamos:

Nas palavras de **Carlos Roberto Gonçalves**, “A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional”<sup>2</sup>

Já para **Flavio Tartuce**, “A responsabilidade civil surge do descumprimento obrigacional pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”<sup>3</sup>

Para nós, de uma maneira mais simplória, a responsabilidade civil é a obrigação de reparar, imposta pelo Estado, àquele que causou um dano, indenizável, a outrem.

### 1.2 Função social

Para realizar uma análise do instituto da responsabilidade civil e estabelecer conclusões concretas sobre sua função social e jurídica, a fim de se poder defender ou não o dever de indenizar os lucros hipotéticos, tema da presente pesquisa, deve-se, antes de tudo, relembrar a função social do Estado e a relação do direito para com este.

Assim, ainda que clichê, devemos ressaltar a importância do pensamento e dos estudos feitos pelos filósofos iluministas, como Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau, que muito agregaram para o estudo do direito, trazendo seus pensamentos contratualistas, os quais ajudaram a estabelecer a ideia de Estado e de sua função social que temos hoje.

Em seu livro “O Leviatã”, Hobbes introduziu a ideia do caos social, em que viviam os seres humanos em seu estado natural, no qual, por serem os homens essencialmente maus, o dia a dia da humanidade era apenas uma incessante guerra de todos contra todos<sup>4</sup>. Já

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquematizado**: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 41

<sup>3</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2 : Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 309.

<sup>4</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003

Rousseau, em seu livro “O contrato social”, contrapondo a ideia de Hobbes, de que o ser humano é mau em sua essência, traz a ideia de que o homem é naturalmente bom e que, até o surgimento da propriedade privada, se era possível viver em “sociedade”, mas com o surgimento daquela, surgiram também os conflitos, de modo que se instaurou o caos social, onde não se era mais possível viver.<sup>5</sup>

Nessa toada, para ambos os autores, a solução encontrada para acabar com o caos social e tornar possível a convivência entre os homens, foi a criação do Estado, o qual é responsável por regular a interação interpessoal dos seres humanos, concentrando no todo, ou em grande parte, o “poder” do homem em um único lugar. Assim, com a concentração do poder, o Estado pôde criar normas gerais de conduta, bem como, garantir a exigibilidade de seu cumprimento, por meio da coação estatal.

Dessa forma, conclui-se que a criação do Estado foi necessária para retirar o homem do caos social, onde não era possível a convivência entre esses, e colocá-lo em um estado de harmonia, onde o controle das condutas que não são compatíveis com esse estado social, podem ser reguladas pelo Estado.

Sendo assim, com o nascimento do Estado, surge também o direito, que é o meio pelo qual se estabelecem as normas de convivência e, também, pelo qual o Estado exerce seu poder de coação, dentro dos limites legais, para garantir o cumprimento da lei e assegurar a harmonia entre os homens.

Nessa linha, de acordo com o professor **Antônio Bento Betioli**:

“Homem, sociedade e direito estão intimamente ligados, e os elos que os vinculam estão expressos no seguinte silogismo da sociabilidade: *ubi homo, ibi societas* (onde o homem, aí a sociedade); *ubi societas, ibi jus* (onde a sociedade, aí o direito); *ubi homo, ibi jus* (logo, onde o homem, aí o direito). Esses brocardos exprimem um verdadeiro silogismo, em que a premissa maior é o *homem*; a menor, a *sociedade*; e a conclusão, o *direito*: onde existe o homem, surge a sociedade, e, onde há sociedade, manifesta-se o direito.”<sup>6</sup>

Portanto, uma vez que a sociedade está intimamente ligada pelo direito, a função social do Estado é, basicamente, assegurar que todas as normas serão aplicadas e que todos indivíduos da sociedade sofrerão as consequências jurídicas caso as infringjam, garantindo assim a harmonia social.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: princípios do direito político. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>6</sup> BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

Por fim, o conceito de responsabilidade civil, liga-se a função social do Estado, ao ponto em que aquela é exatamente o instituto que define as situações em que o Estado, exercendo sua função, deve intervir para garantir a aplicação da sanção legal ao indivíduo que causa um dano configurado como infração da norma e, portanto, deve ser reparado.

## 2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ultrapassada a conceituação da responsabilidade civil e a exposição de sua função social, passa-se agora a análise dos elementos necessários para sua caracterização.

A responsabilidade civil é um instituto de direito material e, como já exposto, regula as situações em que se deve atribuir uma sanção econômica, na esfera civil, a determinado indivíduo que a infringiu a lei e causou dano a outrem. Desse modo, os pressupostos para sua caracterização encontram-se na lei responsável por estabelecer as regras do cotidiano dos cidadãos brasileiros, ou seja, no Código Civil.

Assim, em seu artigo 186, o Código Civil traz a definição do ato ilícito e dos elementos para sua configuração.<sup>7</sup>

Dessa forma, percebe-se que a responsabilidade civil ocorre quando alguém comete um ato ilícito, ou seja, um ato que viola direito e causa dano a outrem e, necessariamente, contém todos os elementos dispostos no artigo supracitado.

- a) Conduta
- b) Culpa ou dolo
- c) Nexo de causalidade
- d) Dano

### 2.1 Conduta

A conduta prevista no artigo, nada mais é do que uma ação ou a omissão de um indivíduo, capaz de gerar dano a alguém.

Porém é claro, tal conduta deve, necessariamente, ter uma ligação de causalidade (tópico 2.4) muito próxima ao dano causado, como veremos mais a frente nesta pesquisa. Por ora, vamos analisar mais especificamente quais as condutas que levam a responsabilidade de seu autor.

---

<sup>7</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Lei n°10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2019.)

### 2.1.1 Ação (conduta positiva)

Ação é uma conduta positiva do indivíduo, ou seja, é um verdadeiro “Fazer”. É o fazer algo, praticar determinado ato, sair de um estado de inércia (estado omissivo) para tomar uma atitude que produza efeitos no mundo, ou seja, é realizar o que se estava pensando. Assim, de fato, a conduta positiva é aquela em que o agente exterioriza para o mundo real um fazer contido em sua mente.

Assim, alguns exemplos de condutas positivas do cotidiano, que tem potencial para causar dano são:

- a) Dirigir seu veículo nas vias públicas
- b) Levar seu cachorro para passear
- c) Contratar um empregado para realizar determinada atividade

### 2.1.2 Omissão (conduta negativa)

Omissão é uma conduta negativa do indivíduo, ou seja, é um “Não Fazer”. É o deixar de fazer algo, não deixar o estado de inércia, não praticar determinado ato que sabia que devia praticar ou não realizar ato que sabia que, se praticado, poderia evitar o dano.

Nas palavras de **Flávio Tartuce**:

“[...] para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessário ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado”.<sup>8</sup>

Desse modo, alguns exemplos de condutas negativas que podem gerar dano são:

- a) Deixar de concertar as janelas, com risco de cair, de sua unidade autônoma em um condomínio edilício
- b) Deixar seu cachorro passear sem coleira e/ou focinheira
- c) Deixar de fiscalizar as condutas de seus empregados para com terceiros

---

<sup>8</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 361.

## 2.2 Culpa ou Dolo

Para que o elemento supracitado seja capaz de gerar um dano indenizável, esta deve ser praticada com dolo ou culpa do agente, pois, se assim não for, este não pode ser responsabilizado, salvo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, como se verá mais adiante no capítulo 3.

Não obstante a palavra “voluntaria”, contida no art. 186 referir-se ao ato próprio do indivíduo, como exposto no tópico anterior, esta palavra também é usada para fazer referência ao elemento **dolo** e distingui-lo do elemento **culpa**, a qual vem referenciada no artigo pelas palavras “negligencia” e “imprudência”.

### 2.2.1 Dolo

Como evidencia a palavra “voluntaria”, o dolo pode ser definido pela vontade do indivíduo de, intencionalmente, violar direito. Portanto, o dolo pressupõe a violação deliberada, consciente, planejada, de um direito de terceiro.

O dolo, destacou-se ao elemento culpa, pois para caracterizá-lo, basta a identificação, na conduta do indivíduo, da intenção de violar direito. Já a culpa, configura-se, apenas, em situações em que o indivíduo age com imprudência, negligência ou imperícia, de modo que, ausente tais classificações, não há em que se falar na existência do elemento culpa.

### 2.2.2 Culpa

A culpa configura-se pela falta de diligência na conduta do indivíduo, uma vez que é inerente a toda sociedade o dever geral de cuidado. Pois, para garantia de uma convivência harmoniosa entre os indivíduos, cada um deve agir de forma cautelosa, para que seus atos não venham a causar um dano imprevisível a outrem.

Esse dever de cuidado está sempre presente na convivência entre dois ou mais indivíduos. Isso porque, o comportamento do ser humano em sociedade deve ser previsível, agindo sempre dentro das normas gerais de conduta, de modo que, somente se verifica a culpa, quando há a ausência de cautela em situações previsíveis pelo homem médio.

Assim, quando ausente a previsibilidade do evento, também restará ausente o elemento culpa, pois, não havendo a possibilidade de previsão pelo indivíduo, extrapola-se os



limites da culpa e passa-se a adentrar as situações de caso fortuito ou força maior, situações que excluem o dever de indenizar.

Nas palavras de **Flavio Tartuce**, “A culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever pré-existente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídicos, que acaba sendo violado por outro tipo de conduta”<sup>9</sup>

Ainda, cabe ressaltar a esclarecedora distinção entre dolo e culpa feita por **Cavaliere Filho**:

“[...] em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”<sup>10</sup>

Dessa forma, percebe-se que a existência de previsibilidade, pautada pelo homem médio, é condição elementar para configuração da culpa, uma vez que, caso a situação não seja previsível, não haverá responsabilidade, pois, na realidade, não foi a conduta do indivíduo que, de fato, deu causa ao dano, mas sim a imprevisibilidade da situação.

### 2.2.3 Modalidades de culpa

A culpa, diferente do dolo, pode se dar de diferentes modos. Isso porque, como dito anteriormente, ela decorre da não observância do dever de cuidado inerente a sociedade, assim, tal inobservância pode ocorrer de diferentes modalidades de ausência de cautela.

Imperioso ressaltar que o dolo se dá apenas de uma maneira, pois este configura-se pela simples existência de “*animus laedendi*”, ou seja, a intenção de ferir. Já a culpa é mais abrangente, não podendo ser percebida pela existência de um determinado “animus” na conduta do agente.

Para verificação da existência do elemento culpa, deve-se empregar maior esforço, procurando identificar a previsibilidade do evento e a inobservância do dever de cuidado que deveria ter sido atendido pelo agente, pois ausentes qualquer um desses requisitos não haverá culpa, seja por que o evento era imprevisível, seja porque o agente tomou toda a cautela que devia, mas mesmo assim, não pode evitar o evento danoso.

---

<sup>9</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 364.

<sup>10</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

Assim, ao observar o dever de cautela, podemos classificar a culpa em 3 (três) modalidades distintas, quais sejam, aquela oriunda da **imprudência; negligência e imperícia**.

No mais, as modalidades de culpa estão diretamente ligadas ao elemento **Conduta**, tanto é que, para alguns autores, não é possível separá-lo do elemento dolo e culpa, pois, a conduta danosa pressupõe a existência destes.

De modo que, uma conduta ativa que causa dano, pode ser classificada como dolosa ou culposa, esta em sua modalidade imprudência, como veremos adiante. Ainda, uma conduta omissiva, também, pode ser classificada como dolosa ou culposa, esta, por sua vez, na modalidade negligência.

#### 2.2.3.1 Imprudência

Como explicado anteriormente, a imprudência, nada mais é do que uma conduta positiva, carente de dolo, porém, dotada pela ausência de cautela do agente.

Assim, classificar a culpa como imprudente, implica em dizer que o agente tomou uma conduta positiva, na qual deixou de tomar os devidos cuidados, bem como, que sabia que devia se abster de praticá-la, porém escolheu realizá-la mesmo assim.

Ou seja, praticar uma conduta, sem cuidado, porque queria praticá-la, porém não queria o resultado obtido, acreditando fielmente que este não aconteceria.

#### 2.2.3.2 Negligência

A negligência é uma conduta negativa, é a omissão diante de uma situação em que se exigia a cautela.

Ao contrário da imprudência, enquanto esta se caracteriza pela prática de uma conduta descuidada, na negligência, o agente deixa de praticar um ato que sabia que devia praticar para não ocorrência do dano, ou seja, diante de uma situação de previsibilidade, em que o agente sabe que, caso não pratique o ato, provavelmente ocorrerá o dano, este, por acreditar que o dano não acontecerá, mesmo diante de sua inércia, escolhe não tomar as precauções necessárias e mantém-se inerte.

### 2.2.3.3 Imperícia

A imperícia muito se assemelha as outras modalidades acima expostas, pois nesta, tanto pode se dar por uma conduta negativa do agente, quanto por uma conduta positiva. Na imperícia, estão inerentes os mesmos requisitos de previsibilidade e cautela, porém, estes estão afunilados a habilidade do agente de realizar certa função, ou seja, a previsibilidade e cautela que se exige na imperícia, ultrapassa a exigida do homem médio e deve ser analisada a partir de uma ótica mais restrita, de acordo com as aptidões e o conhecimento que se espera, aos olhos da sociedade, de um indivíduo que se diz ter algum tipo de habilidade que os diferencia dos demais e, portanto, podendo ser exigido de forma mais acentuada.

Dessa maneira, arrisca-se a dizer que a imperícia é a forma qualificada das outras duas modalidades supracitadas, pois, o que as difere, é que na imperícia o agente tem uma qualidade ausente ao homem médio, ou seja, uma habilidade que o diferencia dos demais e que o permite intitular-se como técnico em certa arte, função ou profissão. Assim, ao ponto que este se diferencia dos demais por ter uma capacidade técnica distinta, também, deve ser cobrado acerca de uma previsibilidade e uma cautela que, para os outros poderia não ser previsível, mas para este, em razão do conhecimento que se diz ter, deveria ser.

### 2.2.4 Níveis de culpa

A culpa, além de poder ser dividida em modalidades distintas, como já observado, pode ser dividida, também, de acordo com o grau de influência que teve para configuração do dano, de modo que pode ter sido dada de forma **grave, leve** ou **levíssima**.

**Grave** é o grau de culpa que mais se aproxima do dolo, pois é aquela oriunda de uma conduta do agente em que, apesar de prever o resultado danoso, acreditou veemente que este não aconteceria. **Leve**, é o grau de culpa mais comum na sociedade, pois é aquela que acarreta no evento danoso, pela simples inobservância do dever de cuidado quantificado a luz do homem médio. **Levíssima** é a culpa oriunda de uma falta de cautela extraordinária, que ultrapassa a esperada do homem médio, pois só poderia ser observada por uma pessoa muito atenta ou por um perito, que detivesse conhecimento especializado para atuar no caso concreto.

### 2.2.5 Efeito do elemento para caracterização da responsabilidade

Vimos até agora que a doutrina divide a culpa em algumas modalidades, bem como, a classifica em graus. Porém, tais distinções, na maioria das vezes, não encontram um efeito prático quando se trata de responsabilidade civil, pois, basta a caracterização do **dolo** ou da **culpa**, somada aos outros elementos, para que exista o dever de indenizar.

Isso porque, o Código Civil, em seu artigo 944, determina, expressamente, que a **indenização é medida, única e exclusivamente, pelo dano**, sem levar em consideração o grau de culpa do agente e, muito menos, sua modalidade.

Assim, para que haja a responsabilização, basta que se configure o dolo ou a culpa, respondendo o agente por toda extensão do dano que causou, devendo indenizar integralmente o prejuízo da vítima.

Todavia, conforme exposto no início do presente, o direito em si e, principalmente, a responsabilidade civil, devem cumprir com sua função social, qual seja, regular as relações humanas e assegurar o convívio harmônico entre os indivíduos. Sendo assim, ao ponto que o Código Civil estabelece que a indenização se mede apenas pela extensão do dano, deixa de lado um fator muito importante e apreciado na sociedade, que é a Culpa em *stricto sensu*.

Isso porque, a culpa *lato sensu* é aquela que engloba o dolo ou seja, aquela em que o agente tem a intenção de causar o dano, já a culpa *stricto sensu* é aquela que, como visto anteriormente, o agente não tem a intenção de causar dano, mas o causa pelo fato de sua conduta não ter observado o dever geral de cautela, classificando-a em modalidade e grau.

Assim, tende a sociedade a reprovar com mais afinco o dano decorrente de uma conduta dolosa, do que aquele oriundo de uma conduta culposa, onde, muitas vezes, se deu em levíssimo grau, ocasionando o dano por uma ínfima desatenção do agente.

Desse modo, ao ignorar o tipo de culpa para efeitos de indenização, causa-se uma sensação de injustiça na sociedade, sensação esta que é avessa ao direito.

Porém, em observância a função social do direito e a fim de extinguir tal sensação de injustiça, o atual Código Civil, no mesmo artigo em que dispõe que a indenização será medida pela extensão do dano, acrescenta um parágrafo único ao artigo, no qual permite ao aplicador da norma, em certas situações, considerar o grau de culpa para o cálculo da indenização.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Art. 944. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2019.)

Assim, poderá o julgador estabelecer o valor da indenização, em observância ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com o grau de culpa do agente, justamente para que se evite que o mero descuido possa acarretar perdas patrimoniais irreparáveis e não razoáveis para o causador do dano.

Nesta mesma linha, visando coibir injustiça, o grau de culpa também é observado quando há culpa concorrente entre a vítima e o agente, pois, não se pode deixar que o agente arque com todo o prejuízo da vítima em situações em que o dano resultou não só de sua conduta, mas também, daquela tida própria vítima, que, em algum momento, não observou seu próprio dever de cautela.

Dessa forma, pelo exposto, pode-se perceber que, em regra, não há distinção entre os graus de culpa, muito menos entre a existência de culpa ou dolo, para caracterização da responsabilidade, bastando, apenas, a configuração de qualquer um deles para que haja a responsabilização. Todavia, existem exceções que visam assegurar a justiça da norma e, para isso, consideram o *animus* do agente e o grau da culpa, não para caracterização da responsabilidade, mas sim na hora de calcular o valor da indenização, de modo a evitar situações em que o causador do dano arque com uma indenização totalmente irrazoável e desproporcional com o caso concreto.

Por fim, cabe ressaltar que, dentre os tipos de dano, o qual mais se deve levar em conta a intensão do agente e gravidade de sua culpa é no dano moral, pois essa situação foge da reparação material e adentra em aspectos subjetivos, nos quais é praticamente impossível a mensuração exata do dano.

### 2.3 Dano

Dentre todos os elementos da responsabilidade civil, o dano é o mais simples de ser conceituado, apesar de, na maioria das vezes, não ser o elemento de mais fácil constatação no caso concreto.

Assim, quando se fala em dano, não há muito o que se acrescentar ou tentar defini-lo de uma forma mais simplória e, por esse motivo, nos limitamos a citar as consagradas conceituações doutrinárias sobre este elemento, vejamos.

Para **Agostinho Alvim**, “Dano, em sentido amplo, é a lesão de qualquer bem jurídico, patrimonial ou moral”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária. p. 171-172

Nas palavras de **Silvio de Salvo Venosa** “Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico”<sup>13</sup>

Ademais, cabe observar que, ainda que tenhamos exposto o conceito genérico do elemento, este divide-se em diversos tipos, inclusive, dentre eles, os próprios “Lucros Hipotéticos”, tema do presente trabalho, bem como, abarca desde a esfera patrimonial até a psicológica, como veremos no capítulo 5.

## 2.4 Nexo Causal

O nexo causal pode ser entendido como a ligação do elemento conduta (tópico 2.1) com o elemento dano (tópico 2.3). É o elo que liga a ação ou a omissão do agente ao dano experimentado pela vítima, de modo que, apenas diante desta relação de causa e dano é que se pode responsabilizar alguém, imputando-lhe a autoria do ato ilícito que aludi o art. 186 do Código Civil.

Nas palavras de **Silvio de Salvo Venosa**:

“O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal.”<sup>14</sup>

Desse modo, entendemos que o nexo causal é exatamente o fio, em sentido figurado, pelo qual o agente está ligado a vítima e, apenas, diante de sua existência é que pode ser responsabilizado, de maneira que, sem a ocorrência desse fato, restaria ausente o prejuízo da vítima.

Esse elemento torna-se mais evidente, principalmente, quando se trata de responsabilidade aquiliana, ou seja, responsabilidade extracontratual. Isso porque, é exatamente o nexo de causalidade que cria a interação entre duas pessoas estranhas, entre o agente e a vítima, representando, em muitos casos, o ponto de partida para o encontro de duas vidas, as quais, antes do evento danoso, eram meramente desconhecidas, mas, a partir do

---

<sup>13</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 44.

<sup>14</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 62.

evento, ligam-se e passam a ter uma interação concreta, deixando, o agente e a vítima, de serem estranhos. Essa ligação é o próprio nexu causal.

Ainda, por mais que não seja fácil identificar o nexu em certas situações, mesmo naquelas em que estão presentes apenas o agente e a vítima, há situações em que se agravam ainda mais as dificuldades na constatação do elemento, diante da ocorrência das concausas, podendo estas serem simultâneas ou sucessivas.

#### 2.4.1 Concausas simultâneas

Essas ocorrem quando um só dano é ocasionado por mais de uma causa, de importância e naturezas similares, onde, caso uma não tivesse existido, ainda assim o dano teria ocorrido.

Para melhor visualização, pode-se citar como exemplo um acidente de trânsito, onde, dois motoristas, em uma via de mão dupla, cada um seguindo no sentido contrário do outro, atravessam o sinal **vermelho** e colidem, no cruzamento, com um terceiro motorista, que estava cruzando a via transversal no farol **verde**.

Na situação acima, o prejuízo sofrido pelo motorista que estava cruzando o farol verde, teve como causa a imprudência dos dois outros motoristas, de modo que, ainda que um deles, observasse as normas de trânsito e não atravessasse o farol vermelho, mesmo assim, o dano teria ocorrido por conta do outro motorista imprudente.

Tal situação, representa a concausa simultânea, e tem expressa previsão legal no artigo 942 do Código Civil, no qual atribui a responsabilidade civil aos dois agentes de forma solidária.

#### 2.4.2 Concausa sucessivas

A atribuição da responsabilidade se torna mais difícil, diante da ocorrência de concausas sucessivas, isto é, quando o dano tem como causa, não só uma conduta, mas uma série delas, uma verdadeira cadeia de causas e efeitos.

Assim, diante de uma cadeia de causas que resultaram no evento danoso, não seria razoável que todos aqueles que, de alguma forma, fizeram parte da cadeia fossem responsabilizados pelo prejuízo da vítima, de modo que, para atribuição da responsabilidade se deve escolher qual delas, de fato, foi estritamente necessária para ocorrência do dano e, a partir de então, escolhe-la como a real causadora.

Caso contrário, se todos os participantes da cadeia fossem responsabilizados, extrapolar-se-ia o princípio da razoabilidade e condenar-se-ia o fabricante de uma faca pelo assassinato de um indivíduo esfaqueado por um criminoso. Ora, o fator estritamente ligado ao dano não é a produção da faca, pois essa foi feita para outros fins que não desrespeitam as regras da sociedade, já o fato causador do dano, foi a conduta inescrupulosa do criminoso, que decidiu usar o objeto para prática de um crime.

Dessa forma, o que deve ser reprimido pelo direito, é exatamente esta conduta, a qual teve ligação direta com o dano e sem a qual este não teria ocorrido, pois, sem a produção da faca, ainda assim, o agente poderia ter praticado o homicídio com outro objeto, porém, sem conduta do criminoso, o evento não teria ocorrido.

A doutrina, na intenção de ilustrar as causas sucessivas e mostrar a importância de se escolher a causa que deve ser responsabilizada, usa diversos outros exemplos, como o próprio **Agostinho Alvim**, vejamos:

“Suponha-se que um prédio desaba por culpa do engenheiro que foi inábil; o desabamento proporcionou o saque; o saque deu como consequência a perda de uma elevada soma, que estava guardada em casa, o que, por sua vez, gerou a falência do proprietário. O engenheiro responde por esta falência?”<sup>15</sup>

Assim, por na maioria das vezes não ser de fácil constatação o nexo ou por haver casos em que diversas condutas, de alguma maneira, contribuíram para o evento danoso, o direito estabeleceu Teorias do Dano (capítulo 04), a qual uma delas é adotada por nosso código, com a intenção de se estabelecer certas diretrizes para identificação e escolha da conduta cujo o nexo causal gera o dever de indenizar.

---

<sup>15</sup> ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária. p. 328



### 3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Antes de adentrarmos as teorias do dano e verificarmos qual nexo de causalidade gera o dever de indenizar, precisamos conceituar as teorias da responsabilidade **subjetiva** e **objetiva**, pois estas estão ligadas com o elemento culpa e dolo (tópico 2.2), e não com o nexo, assim, para isso, é prudente dedicarmos um tópico apartado, de modo que sua análise separada evitará a confusão entre tais teorias e as teorias do dano, que se verão mais adiante no capítulo 4.

Em regra, o direito civil brasileiro, adota a teoria da **responsabilidade subjetiva**, a qual já está intrínseca a responsabilidade civil, pois, como vimos anteriormente, o agente só pode ser responsabilizado quando estão presentes os elementos conduta, culpa lato senso, dano e nexo. Desse modo, a responsabilidade subjetiva é aquela em que, para que exista o dever de indenizar, deve-se constatar o dolo ou a culpa do agente, de forma que, caso esteja ausente este elemento, não pode o agente ser responsabilizado pelo prejuízo da vítima, sendo a prova da culpa pressuposto necessário para responsabilização.

Todavia, condicionar a responsabilização à culpa lato senso permite que haja situações em que o causador do dano não seja responsabilizado, mesmo diante de um cenário em que sua conduta seja socialmente reprovável, pois tem alto potencial danoso, porém, devido à ausência de culpa, não resta caracterizado o ato ilícito.

Nessa linha, como visto no decorrer desta pesquisa, a função principal do direito é ser um mecanismo de controle social, o qual permite que a sociedade conviva harmonicamente, bem como, assegure um senso de justiça entre os indivíduos. Assim, não poderia o direito desabrigar tais situações que atentam contra o senso comum de justiça, simplesmente porque a conduta do agente, apesar de ter causado dano, somado a um evidente o nexo de causalidade, não configura o ato ilícito, diante da ausência de culpa.

Dessa forma, buscando-se proteger o direito da vítima e evitar o dano injusto, foi criada a teoria da **responsabilidade objetiva**, a qual pode ser conceituada como “responsabilidade sem culpa”. Tal responsabilização do agente ocorre diante da constatação, apenas, dos elementos conduta, dano e nexo, excluindo-se o elemento visto no tópico 2.2, não importando se a conduta tida pelo agente foi dolosa ou culposa, pois a inobservância do dever geral de cautela é inerente a ela, não importando sua intenção.

Por esse motivo, a responsabilidade objetiva não é a regra, mas sim a exceção, pois está diretamente ligada, na maioria das vezes, a atividade empresarial, principalmente quando adentra-se ao direito consumerista, no qual o próprio Código de Defesa do Consumidor,

consagra a adoção desta teoria, diante das relações de consumo e, portanto, deve ser adotada somente em situações em que há clara desproporcionalidade entre o agente e a vítima, como veremos mais adiante, justamente para se evitar situações de “injustiça”, reprovadas pela sociedade.

Antes de se expor algumas situações em que a doutrina e a jurisprudência adotam a responsabilidade objetiva, imperioso ressaltar as sabias palavras do doutrinador **Silvio de Salvo Venosa** sobre o tema, o qual, inclusive, consigna que a adoção da responsabilidade objetiva é a maior inovação do Código Civil atual.

“Nesse texto a lei brasileira foi mais além do código italiano, que lhe serviu de inspiração (art. 2.050), ao optar pela responsabilidade objetiva, e não por um sistema intermediário de presunção de culpa, como fizeram os estatutos italiano e português. O nosso legislador pretendeu apontar aquelas atividades que acarretam elevado risco ou perigo de dano, o que nem sempre será eficaz e justo no caso concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do Código deste século em matéria de responsabilidade e requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da nova jurisprudência.”<sup>16</sup>

Assim, quando há ausência de desigualdade, não há em que se falar na utilização da responsabilidade objetiva, pois tanto o agente quanto a vítima, tinham total noção dos riscos inerentes a atividade e, portanto, não merecendo proteção especial do direito, situação que ocorre na maioria das negociações entre empresas, regendo-se pelo Código Civil e não pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, cabe dizer que a jurisprudência e a doutrina vêm cada vez mais, ao analisar o dever de indenizar, tirando os olhos do ato ilícito e os voltando para o ato causador do dano, de modo que, a tendência é responsabilizar o agente, não só em razão da constatação exata do ato ilícito, mas sim, apenas, diante da constatação de um dano, considerado injusto aos olhos da sociedade.

---

<sup>16</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 11-12.

Nessa linha, há manifestações sobre o tema do doutrinador **Silvio de Salvo Venosa**, vejamos:

“Levando-se em conta o rumo que tomou a responsabilidade objetiva, a teoria da responsabilidade civil deixa de ser apoiada unicamente no ato ilícito, mas leva em conta com mais proeminência o ato causador do dano. Busca-se destarte evitar o dano injusto, sem que necessariamente tenha como mote principal o ato ilícito. (...) em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la”<sup>17</sup>

Dado todo o exposto, pode-se concluir que a responsabilidade objetiva é uma criação doutrinaria que permite obstar certas situações em que, mesmo diante da ausência de culpa, não indenizar a vítima acarretaria em uma injustiça perante os olhos da sociedade, ficando o dano sem ser reparado.

Além disso, verifica-se que a maior incidência da adoção desta teoria, está diante das relações consumeristas, a fim de se realizar um controle da atividade empresarial, de modo a fazer com que o empresário, que exerce uma atividade com alto potencial de causar dano a outrem, tome mais cautela em suas condutas.

Pois, se com a teoria da responsabilidade subjetiva, o agente via-se mais protegido e acabava por simplesmente assumir risco de sua atividade, sem se preocupar com o dano que poderia causar, agora, diante da adoção da responsabilidade objetiva, aumenta-se a possibilidade de ser responsabilizado e, por via de consequência, aumenta-se também o prejuízo que este pode sofrer se viesse a causar dano a alguém, de modo que, será estimulado a manter a cautela em sua atividade, pois os prejuízos decorrentes da responsabilização serão maiores e poderão vir a impactar seus ganhos, de maneira que, talvez, seja mais inteligente estabelecer uma política preventiva do que, apenas, arcar com o pagamento da indenização dos danos causados.

Por fim, termina-se este tópico, com a máxima que caracteriza, exatamente, a teoria da responsabilidade objetiva, “quem aufere bônus deve arcar com o ônus”.

---

<sup>17</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10.

## **4 TEORIAS DO DANO**

Ultrapassada a análise das teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva, as quais estão ligadas ao elemento dolo/culpa, passa-se a analisar as teorias do dano, as quais estão ligadas ao elemento do nexo de causalidade exposto no tópico 2.4.

Como visto anteriormente, as teorias do dano têm importância crucial para responsabilidade civil, pois é com base nelas que se pode constatar o nexo de causalidade que liga a conduta ao dano e que permite que o agente possa ser responsabilizado, pois quando não há nexo, não há dever de indenizar. Ainda, cumpre observar que, nem todo “nexo” acarreta na responsabilização civil, mas só aquele que está de acordo com a teoria do dano adotada pelo Código Civil, pois, há certas situações em que de fato há algum tipo de nexo causal entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima, mas este não tem a proximidade necessária que o código assegura para configuração da responsabilização.

Além disso, cabe ressaltar a importância do nexo de causalidade e, conseqüentemente, da adoção de uma das teorias do dano, quando estamos diante de situações, como no âmbito consumerista, em que, ao observar o elemento culpa e dolo, se adota a responsabilidade objetiva. Isso porque, apesar da responsabilidade objetiva retirar a necessidade da comprovação da culpa para responsabilizar o agente, ainda assim será necessário a existência de nexo, de modo que, muitas vezes, a única defesa para o agente é a comprovação da ausência do nexo ou a demonstração da ocorrência de umas das causas que o rompem, fazendo com que, mesmo com a adoção da responsabilidade objetiva, este não tenha que indenizar a vítima.

Dessa forma, ainda que o nexo seja o elemento primordial para conferir a alguém a responsabilidade por indenizar a vítima, nem todo nexo pode ensejar tal responsabilização, tudo depende de qual teoria do dano se adota e, por esse motivo, vejamos as 3 (três) teorias mais citadas pela doutrina.

### **4.1 Teoria da equivalência das condições**

Essa teoria estipula que todos os fatos ligados ao evento danoso compõem o nexo causal e ensejam na responsabilidade civil. Ou seja, qualquer circunstância, por menor que seja, que de alguma forma tenha contribuído para o resultado do evento danoso, constitui o nexo de causalidade.

Isso porque, a teoria da equivalência das condições preconiza a ideia de que, caso qualquer um dos fatos ligados ao dano não tivesse acontecido, por via de consequência, o evento danoso, de maneira alguma, também teria ocorrido.

Segundo **Gustavo Tepedino**, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso”.<sup>18</sup>

Assim, ao se adotar tal teoria, passa-se a ampliar a abrangência do nexos em escalas absurdas, de modo que, até a mais longínqua circunstância componha o nexos. Como exemplo, podemos citar uma situação absurda em que, ao se adotar a teoria em epígrafe, passa-se a responsabilizar a empresa que produziu uma faca para o ramo de comércio de objetos de cozinha, pela lesão a um indivíduo que foi esfaqueado por um delinquente qualquer, com a faca produzida pela empresa.

Todavia, ainda que se verifique algum resquício de racionalidade nessa teoria, a realidade é que, existem fatos ligados ao evento danoso que, mesmo se não tivessem ocorrido, não necessariamente implicariam, também, na não existência do dano.

Dessa forma, fácil observar que, no mesmo exemplo supracitado, caso a empresa A não tivesse fabricado a específica faca do crime, com certeza, o agente teria utilizado outra faca produzida pela empresa B.

Inclusive, indo mais longe, caso não existissem facas no mundo, o agente, mesmo assim, poderia ter cometido o crime com outro objeto cortante, pois a condição *sine qua non* para a existência do dano, não é o objeto em si, mas a intenção do agente, que poderia ter praticado o fato, a partir da utilização de qualquer outro objeto.

Dado o exposto, ante ao fato de que a adoção de tal teoria levaria a uma amplitude imensamente exagerada do nexos, resultando na responsabilização de uma quantia imensurável de pessoas por um só dano, verifica-se que o Código Civil brasileiro não adotou a teoria da equivalência das condições.

---

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre cláusula penal compensatória. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67.

## 4.2 Teoria da causalidade adequada

Na antemão da teoria acima, a doutrina criou a teoria da causalidade adequada, na qual, o nexos causal abarca somente o fato que predominantemente gerou o dano e não todos aqueles existentes na cadeia, que de alguma forma contribuíram para a ocorrência do evento, ainda que pela simples produção da faca, como dito no exemplo anterior.

Segundo essa teoria, somente se pode responsabilizar o agente se o efeito resultante do ato praticado por ele, diante de uma relação de causa e efeito, era previsível/esperado/ordinário. Ou seja, se o resultado ocorrido não era naturalmente esperável diante de circunstâncias normais, aos olhos do homem médio, e apenas veio a ocorrer devido a influência de um episódio extraordinário, não se pode dizer que a causa em questão é adequada a produzir o específico resultado danoso e, portanto, não se pode responsabilizar seu agente.

Em seu livro **Carlos Roberto Gonçalves**, realiza a diferenciação entre a presente teoria e a teoria da equivalência das condições, a partir de um ilustrador exemplo que nos permite visualizar a aplicação de ambas as teorias em um caso concreto, veja-se:

“‘A’ deu uma pancada ligeira no crânio de ‘B’, que seria insuficiente para causar o menor ferimento num indivíduo normalmente constituído, mas, por ser ‘B’ portador de uma fraqueza particular dos ossos do crânio, isso lhe causou uma fratura de que resultou em sua morte. O prejuízo deu-se, apesar de o fato ilícito praticado por ‘A’ não ser a causa adequada a produzir aquele dano em um homem adulto. Segundo a teoria da equivalência das condições, a pancada e uma condição *sine qua non* do prejuízo causado, pelo qual o seu autor terá de responder. Ao contrário, não haveria responsabilidade em face da teoria da causalidade adequada.”<sup>19</sup>

## 4.3 Teoria dos danos diretos e imediatos

Além das outras duas teorias acima expostas, encontramos, também, a teoria dos danos diretos e imediatos a qual é uma das mais aceitas pela doutrina e, inclusive, muito usada hodiernamente pelo judiciário.

Isso porque, ainda não restou pacificado se o Código Civil de 2002 adota a teoria da causalidade adequada ou a teoria dos danos diretos e imediatos.

---

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.4: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 350

Pode-se dizer que, esta teoria representa uma moderação entre a causalidade adequada e a equivalência das condições, pois, de acordo com a teoria dos danos diretos e imediatos é pressuposto para responsabilização que o dano ocorrido seja um resultado direto e imediato da conduta praticada pelo agente.

Tendo em vista que, muitas vezes, apenas diante da mera leitura da conceituação das teorias, não é possível entendê-las perfeitamente, muito menos distingui-las, assim, para melhor visualizar a teoria exposta neste tópico, menciona-se o erudito exemplo criado por **Wilson Melo da Silva**, do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com outro veículo, responderia o autor do dano primeiro da vítima, o responsável pelo seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos oriundos. Pelos danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, na qual era transportada ao hospital, com outros veículos, responderia o motorista da ambulância ou o do carro abalroador, ou ambos.

Dessa forma, verifica-se que a teoria dos danos diretos e imediatos dá elevado prestígio as causas de exclusão do nexo de causal, a fim que se permita indenizar, somente, os danos advindos de maneira estritamente direta do ato praticado pelo agente. Já a teoria da causalidade adequada, aceita melhor que o dano resulte de um conjunto de condições adequados a produzi-lo, ou seja trabalha melhor com a concausalidade do dano.

## 5 TIPOS DE DANO

Exposto os pressupostos da responsabilidade civil, começando desde o conceito e função social do instituto, percorrendo os elementos necessários para configuração da responsabilidade até as diferentes teorias que permitem ligar o ato antijurídico ao dano, em maior ou menor escala, desemboca agora, o presente trabalho, em sua parte crucial, na qual verificaremos alguns dos tipos de danos existentes, analisaremos os requisitos para indenizá-los ou não e, finalmente, formaremos uma conclusão sobre o tema, apresentando os lucros hipotéticos, de forma a constatar se estes cumprem os pressupostos necessários para ser classificado como um dano merecedor de reparação aos olhos do direito civil brasileiro.

Em primeiro lugar, a classificação inicial que se deve fazer entre os diferentes tipos de dano, está diretamente ligada com sua natureza, por isso, a doutrina divide o dano em dois macrogrupos, nomeados como Danos Patrimoniais e Danos Extrapatrimoniais.

Para esta pesquisa, apenas os danos patrimoniais serão relevantes, pois, é dentre eles que se figuram os lucros hipotéticos e, por esse motivo, lhes dedicaremos maior atenção.

### 5.1 Danos Extrapatrimoniais

É, como o próprio nome diz, a lesão a interesses não patrimoniais, na qual ato lesivo atinge, não os bens corpóreos da pessoa, mas sim, seu próprio psicológico, de modo que, no dano imaterial, o que se busca com a indenização, não é o ressarcimento da vítima, mas sim uma reparação pela dor causa ao seu ânimo interno.

#### 5.1.1 Dano Moral

O dano moral é a forma mais abrangente do dano extrapatrimonial, na realidade seus conceitos se confundem, pois por muito tempo a doutrina entendia que só o dano patrimonial deveria ser protegido pelo direito, porém, com a evolução da sociedade e do pensamento jurídico, a jurisprudência e a doutrina perceberam que haviam danos psicológicos que mereciam ser indenizados tanto quando os danos materiais ou até mais.

Assim, para conceituar os danos morais, colaciona-se três definições de autoria de três dos mais renomados juristas da atualidade.



Nas palavras de **Maria Helena Diniz**, “O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica (CC, art. 52; Súmula 227 do STJ) provocada pelo fato lesivo”<sup>20</sup>

Já para **Silvio de Salvo Venosa**, “Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade”<sup>21</sup>

Nessa mesma linha, para **Carlos Roberto Gonçalves**:

“Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É a lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome e etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.<sup>22</sup>

### 5.1.2 Dano Estético

Apesar dos danos extrapatrimoniais não serem o foco desta pesquisa, cabe ressaltar uma importante inovação trazida pela jurisprudência e pela doutrina com relação a este macrogrupo. Essa inovação é a criação dos chamados “novos danos”, dos quais, dentre os danos imateriais, a doutrina deu o nome e entendeu ser indenizável o chamado dano estético.

Assim, para explicar o dano estético, colaciona-se trecho do livro de **Flavio Tartuce**, veja-se:

“Tais danos, em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana.”<sup>23</sup>

Dessa forma, conclui-se que, o que se busca proteger com a indenização ao dano estético é exatamente o sofrimento ligado a imagem da vítima que, por conta de um dano oriundo de um ato ilícito, gerou em seu corpo modificações indesejáveis.

---

<sup>20</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88.

<sup>21</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 346.

<sup>22</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.4: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377.

<sup>23</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 442.

Nessa linha, imperioso ressaltar que o próprio Superior Tribunal de Justiça já consolidou o dano estético como sendo um dano diferente do dano moral e, para isso, inclusive, sumulou tal entendimento, de acordo com a Súmula 387, de setembro de 2009, que dispõe “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

## 5.2 Danos Patrimoniais ou Materiais

Enfim se chegou a macrogrupo dos danos materiais, do qual os lucros hipotéticos fazem parte. Assim, em primeiro lugar, temos de analisar a definição dos danos materiais, para depois, expormos e conceituar cada uma das subdivisões do grupo, explicando a natureza de cada tipo de dano material e quando eles ocorrem.

Assim, segundo **Flávio Tartuce**, “Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado.”<sup>24</sup>

### 5.2.1 Dano Emergente

O dano emergente é o mais fácil de ser percebido, pois ele é, nada mais nada menos, do que a efetiva diminuição patrimonial da vítima. Ou seja, é aquele dano imediatamente identificável e concreto, como quando um indivíduo que tem uma nota de R\$ 100,00 (cem reais) na mão é roubado na rua e, ao ser roubado, evidentemente sofre diminuição instantânea em seu patrimônio, ficando R\$ 100,00 (cem reais) menos rico em questão de segundos.

Nessa linha, cabe mencionar o conceito e algumas observações sobre os danos emergentes, trazidas por **Carlos Roberto Gonçalves**:

“Dano emergente é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. [...]”

Na liquidação apura-se o quantum da indenização. A estimativa do dano emergente se processa com mais facilidade, porque é possível estabelecer-se com precisão o desfalque do patrimônio.”<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 395.

Assim, quando se fala em dano material, a primeira coisa em que se pensa são nos danos emergentes. Todavia, também existem outros danos patrimoniais que, embora não sejam de tão fácil identificação, também merecem ser indenizados, como se verá adiante.

### 5.2.2 Lucros Cessantes

De acordo com o art. 402 do Código Civil as perdas e danos abrangem, além do que a vítima perdeu, o que ela razoavelmente deixou de lucrar. Assim, verifica-se que os lucros cessantes têm previsão legal expressa, podendo ser conceituados, em conformidade com tal previsão, como sendo o não recebimento de um acréscimo patrimonial que a vítima, caso não tivesse sofrido o dano, teria ganhado, ou seja, a perda de um ganho razoavelmente esperado.

Assim, vale citar a observação feita por **Carlos Roberto Gonçalves** em seu livro:

“Malgrado constitua o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, é apurado, em regra, com base em fatos pretéritos, isto é, naquilo que vinha ocorrendo anteriormente, não se confundindo com o dano meramente hipotético.”<sup>26</sup>

Ainda, importante observar a intenção do código ao usar a palavra “razoavelmente”, pois é por ela que se verifica que não se pode indenizar, quando o lucro esperado dependa de diversos outros fatores que ultrapassem os limites da razoabilidade ou quando não há elementos os suficientes no histórico do vítima para se chegar a razoável presunção de que o normal desenrolar dos fatos acarretaria no recebimento do acréscimo patrimonial aguardado.

Sendo assim, o que se busca evitar são absurdos jurídicos, indenizar um dano que, caso não tivesse ocorrido o fato antijurídico, não se poderia ter certeza do prejuízo da vítima. Nessa linha, percebe-se que do mesmo modo que não se adota a teoria da equivalência das condições, para que o nexos não seja ampliado de forma infinita, também se restringe a indenização dos lucros cessantes aos fatos que vinham ocorrendo normalmente até o momento do evento danoso, para que, por sua vez, não seja o dano ampliado de forma infinita, vindo a abarcar até lucros claramente incertos e em um futuro distante.

Dessa forma, podemos dar como exemplo de lucros cessante o caso de um taxista que trabalha há anos em um mesmo ponto, com uma clientela já fidelizada e, de janeiro a

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.4: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 361-362.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquematizado**: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 226.

maio de um mesmo ano, vinha recebendo uma média de R\$ 1.000,00 (mil reais) por semana, quando no início de junho sofre uma colisão oriunda da imprudência de outrem, ocasionando grave dano em seu veículo, de modo que este, teve que ficar parado na oficina para ser consertado por 01 (um) mês e, por consequência, ficando o taxista sem trabalhar durante todo o mês de junho. Assim, tendo em vista que o dano impossibilitou o taxista de trabalhar no mês de junho, somado ao fato de que este tinha um ganho mensal de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), deve o agente indeniza-lo, a título de lucros cessantes, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), pois é exatamente o valor que razoavelmente esperaria o taxista ganhar naquele mês.

De outro lado, como exemplo de uma situação onde não se verifica os lucros cessante é quando uma empresário que se dirige ao aeroporto para uma viagem de negócios, quando no caminho, alguém atinge seu carro, danificando o veículo, mas sem que o empresário se lesione, de modo que este, apenas se atrasa e acaba por perder seu voo e assim, deixa de realizar o negócio e, conseqüentemente, não obtendo o lucro que se esperava caso o tivesse fechado.

Assim, neste exemplo, responde o agente apenas pelos danos emergentes causados ao veículo do empresário e não pelo lucro que este esperava obter caso realizasse o negócio, pois, conforme explicado anteriormente, o lucros cessantes abarcam só o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, de modo que seria impossível ter certeza que o empresário fecharia o negócio caso tivesse chegado no horário correto em seu destino.

Isso porque, uma negociação envolve diversos outros fatores que não se ligam ao evento danoso, de modo que, mesmo que a colisão não tivesse ocorrido, não existiria a certeza de que o negócio seria realizado, mas sim uma mera expectativa.

Diante do exposto, para caracterização dos lucros cessantes é necessário que o dano sofrido tenha sido a causa que efetivamente fez com que a vítima tenha deixado de receber uma quantia que, pelo desenrolar normal dos fatos e com base nos ganhos antecedentes, viria a ganhar caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

### 5.2.3 Perda da Chance

Na mesma esteira dos lucros cessantes está a chamada indenização por “perda da chance”, uma vez que ambas as reparações não estão ligadas à efetiva diminuição patrimonial, mas sim, ao fato de ter a vítima deixado de experimentar um acréscimo patrimonial aguardado.

Todavia, há uma distinção fundamental entre os dois tipos de dano, a qual deve ser observada, pois levará a uma diferença substancial na hora de se estabelecer o *quantum indenizatório*. Isso porque, como aprofundaremos adiante, enquanto nos lucros cessantes o agente deve indenizar a vítima no valor integral do acréscimo patrimonial esperado, na perda da chance a quantia indenizatória, nunca será igual à totalidade do acréscimo patrimonial aguardado.

Não se pode deixar de mencionar o caráter inovador da indenização pela perda da chance, podendo esta ser considerada como mais um dos novos danos, os quais já se falou anteriormente. Ocorre que, antigamente, a doutrina e a jurisprudência, quando se falava em responsabilidade civil, restringiam-se a assegurar a indenização somente diante da diminuição patrimonial, sem observar que o dano poderia ser, além de positivo, também negativo, de modo a lesar a vítima não só com relação a uma perda patrimonial, mas também, quanto ao recebimento de um futuro acréscimo patrimonial razoavelmente esperado.

Para entendermos melhor a perda da chance e seus efeitos no *quantum indenizatório*, devemos analisar o que a doutrina e a jurisprudência pretendem resguardar quando estabelecem ser indenizável este tipo de dano.

Assim, o que se espera proteger aqui, não é o acréscimo patrimonial em si, mas sim a frustração da possibilidade, de modo que, quando se fala em lucros cessantes, se indeniza o acréscimo patrimonial em sua totalidade, pois este seria certamente recebido pela vítima.

Já na perda da chance, o que se indeniza é a perda da oportunidade, pois o dano sofrido obstou a vítima de saber se, caso não tivesse ocorrido o evento danoso, teria obtido ou não um acréscimo patrimonial.

Assim, nesse tipo de dano, o agente impossibilita a vítima de tentar obter uma vantagem, literalmente lhe criando uma grande frustração, pois ficou sem saber qual seria o resultado de seus “investimentos” caso não tivesse sofrido o dano.

Nessa linha, verifica-se que nos lucros cessantes o agente impede a vítima de receber um lucro certo, enquanto na perda da chance o agente impede a vítima de saber qual seria o resultado de seus atos pretéritos, caso não tivesse ocorrido o evento danoso, frustrando exatamente a chance.

Dessa forma, ao passo que a perda da chance somente indeniza a frustração da possibilidade, mesmo que esta seja quase certa, não se pode permitir que o valor da indenização iguale-se a totalidade do acréscimo esperado, pois, ainda que o evento danoso não tivesse ocorrido, seria impossível dizer com extrema certeza que a vítima iria vir a obter tal vantagem, embora tivesse grande probabilidade de ganho.

Para ilustrar este tipo de dano, podemos citar dois exemplos sempre usados pelas doutrinas, como no caso em que se indeniza o dono de um cavalo de corrida, com base na perda da chance, o qual teve obstada a possibilidade de ganhar o prêmio de uma corrida específica, pois no caminho para tal corrida, seu cavalo foi atropelado e sofreu uma lesão que o impossibilitou de participar.

Assim, por mais que o cavalo tenha um histórico vencedor, não há que se falar em indenizar o dano do cavalo por lucros cessantes, pois o ganho do prêmio não era certo, devendo ser indenizado, apenas, pela perda da chance de ganhar, levando em conta no cálculo do *quantum* os antecedentes do cavalo, de modo a arbitrar uma indenização, ainda que próxima ao valor que ganharia caso vencesse a corrida, menor do que o valor integral do prêmio.

Ainda, pode ser usado como exemplo de perda da chance em um caso concreto, a frustração sofrida pelo maratonista brasileiro que, no final de uma corrida em que estava em primeiro, faltando poucos metros para a chegada, foi obstado de vencer por um terceiro que o agarrou.

Por todo o exposto, conclui-se que na perda da chance, embora não exista certeza do ganho esperado pela vítima, a concessão da indenização busca reparar-la mais pela frustração da possibilidade de ganho que tinha, do que pelo acréscimo em si, de modo que, uma vez que a vantagem não era certa, o *quantum indenizatório* nunca será equivalente ao montante integral esperado, mas sim, quantificado com base na razoável probabilidade existente no caso concreto, sendo maior à medida que mais chances a vítima teria de acordo com seu histórico, porém nunca chegando a totalidade do acréscimo aguardado.

## 6 ESCALA DE LIQUIDEZ (CERTEZA) DOS DANOS

Com base na exposição e conceituação dos danos materiais feitos acima, pode-se observar que estes tem diferenças entre si, que os permitem serem classificados quanto ao seu grau de certeza, de modo que, em alguns danos, há o dever de indenizar, mesmo que não haja certeza absoluta da mudança no patrimônio da vítima, caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Assim, os danos patrimoniais podem ser classificados quanto sua liquidez em uma escala que vai do mais certo ao mais incerto, vejamos.

**Dano emergente > Lucros Cessantes > Lucros Hipotéticos > Perda da Chance.**

Nota-se que na escala acima foi incluso um tipo de dano não conceituado ainda, mas que no final desta pesquisa será devidamente analisado.

Quanto aos tipos de danos materiais vistos até agora, é fácil verificar o motivo pelo qual cada um ocupa sua devida posição na classificação exposta.

A escala inicia-se pelos danos **emergentes**, uma vez que estes representam a efetiva perda patrimonial que a vítima sofreu em decorrência do evento danoso, de modo que sua liquidez é absoluta, a indenização deve ser suficiente para reparar o *status quo* da vítima, caso o dano não tivesse ocorrido, devendo o agente restituir o bem lesado, se possível ou, ante a impossibilidade de restituição ou concerto do bem, pagar a vítima a exata quantia de seu valor.

Em segundo, estão os **lucros cessantes**, os quais não tem uma liquidez absoluta, pois não representam uma diminuição patrimonial (dano positivo), mais sim o não recebimento de um acréscimo patrimonial esperado. Assim, o que se indeniza nos lucros cessantes é o reflexo futuro do ato ilícito, utilizando-se como base os fatos pretéritos ocorridos, para mensurar se havia ou não a efetiva probabilidade de a vítima auferir o acréscimo patrimonial aguardado.

Desse modo, apesar de a certeza não ser absoluta, para que os lucros cessantes sejam devidos, deve-se identificar no histórico da vítima, uma incontestável probabilidade na obtenção dos lucros, de modo que estes só não foram percebidos em razão da ocorrência do dano, pois, caso este não tivesse ocorrido, o regular desenrolar dos fatos resultaria, certamente, no acréscimo patrimonial esperado pela vítima, a qual já vinha habitualmente lucrando quando, apenas em decorrência do evento danoso, teve interrupção do ganho.

Como exemplo, podemos citar jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual entendeu pela indenização devida, a título de lucros cessantes, ao taxista que sofreu uma batida em seu veículo, o qual teve que ser concertado em oficina e, por

consequência, ficou impossibilitado de trabalhar, deixando de ganhar a quantia que normalmente lucrava, devendo o agente indeniza-lo exatamente nessa quantia.

“Responsabilidade civil -Lucros cessantes – Taxista – Aquisição de veículo zero quilometro – Veículo batido – Substituição não ocorrida dentro do trintídio legal – Impossibilidade de exercer a profissão – Cálculo elaborado segundo tabela fornecida pelo sindicato da classe – admissibilidade – ressarcimento daquilo que comprovadamente deixou de lucrar – Sentença de procedência mantida – Recursos improvidos”<sup>27</sup>

Sendo assim, a elevada certeza no recebimento dos lucros, medida através do histórico da vítima e na análise do desenrolar dos fatos, faz com que o *quantum indenizatório* fixado a título de lucros cessantes possa ser a exata quantia esperada por aquele que sofreu o dano.

Logo em seguida dos lucros cessantes, vêm os **lucros hipotéticos**, pois nestes, ainda que o ganho esperado seja futuro, pelos elementos presentes no caso concreto pode-se constatar que o acréscimo patrimonial que receberia a vítima, ultrapassa a mera probabilidade, tendo uma certeza elevada, muito próxima a existente nos lucros cessantes.

Assim, a certeza existente nos lucros hipotéticos só não se confunde com a dos lucros cessantes, pois, neste, é levado em conta para apuração da liquidez o histórico recente da vítima, enquanto naqueles, não há histórico para ser analisado, mas com base em outros elementos pode-se perceber que o desenrolar natural dos fatos levaria certamente ao recebimento do acréscimo patrimonial.

Por hora, tais considerações são suficientes para expor as razões pelas quais os lucros hipotéticos ocupam seu lugar na escala supramencionada. No mais, este tipo de dano será aprofundado em tópico posterior, no qual se usará de todo o estudo realizado para se demonstrar as devidas conclusões a seu respeito e os motivos pelos quais estes devem ser indenizados.

Por fim, o último na escala de liquidez é o dano por perda da chance, isso porque, conforme já estudado, a indenização concedida a vítima neste tipo de dano, tem como base, não a frustração de um acréscimo patrimonial esperado, mas sim a frustração da possibilidade em se obter tal acréscimo.

---

27 (TJSP, Apelação Cível 1.001.485-0/2, São Paulo, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 28.08.2006, v.u., Voto 11.954)



Assim, a certeza no recebimento é pequena e por isso, nunca se indenizará a totalidade do acréscimo esperado, mas sim um percentual deste com base nos elementos do caso concreto que possibilitam a análise das efetivas chances que tinha a vítima caso não tivesse ocorrido o evento danoso.

Cabe ressaltar que a doutrina entende que a perda da chance resta caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento), como ensina **Sergio Savi**.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas. 2006. p. 33

## 7 DANO INDENIZÁVEL E DANO NÃO INDENIZÁVEL

Conforme observado no capítulo 02, para que haja a responsabilização, em princípio, deve haver a presença de todos os elementos citados. Porém, ainda que se possa falar em responsabilização sem culpa, não há que se falar em indenização sem dano.

Isso porque, o objeto da ação indenizatória é justamente reparar a vítima pelo dano sofrido em decorrência do ato ilícito e não uma punição pela violação do direito, de modo que, ainda que tenha ocorrido o fato antijurídico, somente poderá a vítima pleitear reparação caso tenha sofrido uma lesão em decorrência da prática do ilícito.

**Em seu livro Carlos Roberto Gonçalves**, consigna que “Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta”<sup>29</sup>

Assim, pode se concluir que nenhuma indenização será devida quando inexistente dano a ser reparado. Ainda, imperioso acrescentar que, para que o dano mereça ser indenizado, este dever cumprir dois requisitos, quais sejam, ser o dano **atual e certo**.

### 7.1 Atualidade

Segundo a doutrina, o requisito da atualidade se caracteriza quando o dano já existe no momento da propositura da ação de responsabilidade civil.

Em seu Livro, **Carlos Roberto Gonçalves**, a fim de conceituar o requisito da atualidade expõe a já consolidada análise feita pelo jurista Lalou, vejamos:

“Segundo Lalou, atual é o dano que já existe ‘no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese’. Em princípio, acrescenta, ‘um dano futuro não justifica uma ação de indenização’. Admite, no entanto, que essa regra não é absoluta, ao ressaltar que uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro é possível quando este prejuízo é a consequência de um ‘dano presente e que os tribunais tenham elementos de apreciação para avaliar o prejuízo futuro’”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquemático**: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 219.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.4: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 357.

## 7.2 Certeza

Ainda mais importante do que o requisito anterior é a certeza do dano, pois, como já falado anteriormente o direito busca evitar absurdos jurídicos e por isso, não adota a “teoria da equivalência das condições” e da mesma forma que não adota tal teoria, a fim de obstar que o nexa alcance uma abrangência infinita, também, limita os danos que merecem ser indenizados por meio do presente requisito, uma vez que, caso não se exigisse a certeza do dano, qualquer sofista poderia pleitear indenização por um suposto prejuízo que nem sequer se concretizou.

Até porque, conforme já estudado, o dano está dentre um dos elementos indispensáveis para caracterização do dever de indenizar, ora, ainda que haja a prática de um ato ilícito pelo agente, se não houver dano, não há o que indenizar e nem mesmo pode se falar na existência de nexa causal, pois, sem dano, não há com o que se ligar o fato antijurídico.

Para melhor elucidar, podemos citar as palavras **Carlos Roberto Gonçalves**, que usa os próprios lucros cessantes para demonstrar quando se há ou não a presença do requisito da certeza, vejamos:

“O requisito da ‘certeza’ do dano afasta a possibilidade de reparação do dano meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar. Tanto é assim que, na apuração dos lucros cessantes, não basta a simples possibilidade de realização do lucro, embora não seja indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas, como se infere do adverbio ‘razoavelmente’, colocado no art. 402 do Código Civil (‘o que razoavelmente deixou de lucrar’).”<sup>31</sup>

Não obstante elucidação supracitada, para nós, quem consegue trazer de forma mais clara e objetiva a conceituação do requisito da certeza do dano é a doutrinadora **Maria Helena Diniz**, que, em seu livro, auxiliada pelas palavras do escritor Orgaz, assim o expõe, “A certeza do dano, portanto, **constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro**, uma consequência necessária, pois, se esta for contingente, o dano será incerto” (grifo nosso).<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquemático**: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 220.

<sup>32</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

Dessa forma, percebe-se que o principal requisito para configuração do dano indenizável é que este seja certo, de modo que não se indenize a mera possibilidade de prejuízo, mas sim, somente quando se puder comprovar que a vítima sofreu um prejuízo causado única e exclusivamente em decorrência do ato ilícito do agente, pois, caso este não tivesse ocorrido, não se teria o que reparar.

## **8 LUCROS HIPOTÉTICOS**

Enfim chegamos ao tema central do presente trabalho, o qual iremos analisar sobre a ótica de toda a construção do estudo da responsabilidade civil feita até aqui. Assim, em primeiro lugar, veremos como a jurisprudência tem tratado o tema, e se já o enquadram entre um dos danos materiais merecedores de serem indenizados.

Em segundo, realizaremos uma reflexão sobre sua possibilidade de ser indenizado ou não, levando em consideração todo o estudo aqui contido, partindo desde a função do instituto, em se atribuir à alguém a responsabilidade pela reparação de um dano causado, passando pelos elementos necessários para caracterização da responsabilidade civil, levando em consideração as teorias do dano e, por fim, verificando a existência dos requisitos de atualidade e certeza para se chegar ao dever de indenizar.

No mais, imperioso destacar que, em que pesa todo o estudo realizado, verificamos que, embora haja a menção aos lucros hipotéticos na jurisprudência e entre os acadêmicos - inclusive na própria Universidade Presbiteriana Mackenzie, berço do conhecimento jurídico brasileiro e umas das mais tradicionais e conceituadas universidades do país - a doutrina ainda não trata do tema com frequência e raros são os livros que cuidam dos lucros hipotéticos.

Dessa forma, o que se passará a expor a seguir é a síntese da discussão trazida nos poucos julgados encontrados e, posteriormente, a reflexão abstraída da soma do entendimento jurisprudencial com o estudo das doutrinas civilistas, que embora não tratem do tema em específico, nos dão as diretrizes necessárias para realização de qualquer estudo sobre a responsabilidade civil e a configuração do dever de indenizar.

### **8.1 Jurisprudência dos Lucros Hipotéticos.**

Ao realizar uma ampla busca pelo termo “lucros hipotéticos”, em vários dos Egrégios Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros e, até mesmo, no próprio Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que, em primeiro lugar, não há muitos julgados que tratem do tema, ficando a discussão restrita, no âmbito da reparação patrimonial, ao já conhecidos e consolidados, danos emergentes, lucros cessantes e, até mesmo, perda da chance.

Assim, quando os tribunais falam a respeito dos lucros hipotéticos, sempre fazem de maneira breve, logo os classificando como dano meramente hipotético e consignando que estes não merecem ser indenizados. Além disso, ao citarem o termo lucros hipotéticos, sempre o usam para fazer distinção com os lucros cessantes, deixando claro que estes devem

ser indenizados, em razão de serem razoavelmente esperados, e que aqueles não merecem o mesmo tratamento, pois a possibilidade de acréscimo patrimonial, nessas ocasiões, seria pequena, não passando de mera probabilidade, sendo considerados danos remotos, muito distantes dos efeitos diretos e imediatos do ato ilícito.

Dessa forma, a fim de ilustrar a percepção obtida com a pesquisa jurisprudencial, colaciona-se a seguir algumas das ementas de julgados proferidos pelo judiciário brasileiro.

No mais, destaca-se que a escolha dos julgados foram feitas com base em uma escolha parcial, na qual optamos por trazer julgados do **E. Superior Tribunal Justiça**, por ser a corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal; **E. Tribunal de Justiça de São Paulo**, por ser um dos mais renomados tribunais e por deter a jurisdição para julgar os casos da cidade tida como o “centro financeiro do país” e do **E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, em razão de ser conhecido por ser o menos conservador de todos e proferir decisões que estão à frente de seu tempo, contribuindo para evolução da jurisprudência e do direito brasileiro.

#### 8.1.1 Tribunal de Justiça de São Paulo

Começamos pelo renomado **E. Tribunal de Justiça de São Paulo**, com uma apelação de relatoria do ilustre desembargador **Hamid Bdine**, estudioso na área da responsabilidade civil, vejamos:

“Apelação. **Ação de reparação de danos materiais e morais**. Prestação de serviços. Conjunto probatório suficiente para demonstrar que o autor foi devidamente remunerado pelos serviços contratados (gestão do perfil da sociedade empresária no Google Ads e migração de plataforma do site). Ausência de prova de que ele teria sido contratado para desenvolver uma campanha publicitária para a ré (art. 373, I, do CPC). Danos emergentes afastados. **Lucros cessantes indevidos. Mera expectativa frustrada decorrente do rompimento do negócio**. Danos morais não configurados. Situação que não ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Inexistência de lesão a direito da personalidade. Indenização indevida. Recurso improvido.” (grifo nosso)<sup>33</sup>

No caso do julgado, o autor firmou com a ré contrato verbal de prestação de serviços, cujo objeto era a prestação do serviço de planejamento e gestão de campanha de geração de

---

<sup>33</sup> (TJSP; Apelação Cível 1005811-51.2019.8.26.0003; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2019; Data de Registro: 15/10/2019)

*lead*, mediante contraprestação mensal. Após mais de um ano de prestação do serviço a ré dispensou o trabalho do autor, porém, continuou utilizando a campanha publicitária criada por ele. Sendo assim, o autor ingressou com ação requerendo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais e, dentre eles, **lucros cessantes no período de um mês pelo valor que o autor receberia, caso o contrato não tivesse sido rompido.**

Diante da moldura fática supracitada, o Tribunal entendeu que o valor pleiteado a título de lucros cessantes, não seria devido, pois, na realidade, estes seriam lucros hipotéticos, por se tratar de mera frustração da expectativa de recebimentos, veja-se:

“Destarte, os lucros cessantes são apenas os que podem ser constatados desde logo, mas que não se verificaram em decorrência do fato que o interrompeu, afastando-se meras expectativas frustradas.

No caso, verifica-se que a pretensão deduzida na inicial representa verdadeiro **lucro hipotético** que o apelante receberia na hipótese de manutenção do contrato de prestação de serviços (fs. 10/11), **o que não pode ser acolhido por se tratar de mera expectativa frustrada decorrente do rompimento do negócio.**” (grifo nosso)<sup>34</sup>

Dessa forma, verifica-se, conforme relatado anteriormente que a classificação lucros hipotéticos aqui citada, foi utilizada em comparação aos lucros cessantes, a fim de demonstrar que estes não são indenizáveis em decorrência da falta do requisito da “certeza” (tópico 7.2), de modo que, no caso concreto, houve apenas a frustração da expectativa remota.

### 8.1.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Em seguida ao entendimento trazido por um tribunal conservador, colaciona-se o entendimento do **E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, o qual é conhecido por sua inovação. No entanto, mesmo diante de uma ótica não conservadora, ainda assim prevalece o entendimento da não indenização dos lucros hipotéticos, vejamos:

---

<sup>34</sup> (TJSP; Apelação Cível 1005811-51.2019.8.26.0003; Relator (a): Hamid Bdine; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional III - Jabaquara - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/10/2019; Data de Registro: 15/10/2019)Disponívelem:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12980554&cdForo=0>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

“APELAÇÃO CÍVEL. seguro prestamista. quota de consórcio. aquisição de veículo DEMANDA PROPOSTA PELA VÍUVA DE CONSORCIADO. LUCROS CESSANTES. intenção de utilização para carga. PRELIMINARES AFASTADAS. ARTIGO 333, I, DO CPC. **NÃO SÃO INDENIZÁVEIS LUCROS HIPOTÉTICOS.** sentença reformada no ponto. IMPROCEDÊNCIA DA DENUNCIÇÃO A LIDE da seguradora mantida. RECURSO PROVIDO EM PARTE.” (grifo nosso)<sup>35</sup>

No caso da ementa supracitada, em síntese, busca a autora indenização a título de lucros cessantes, em razão do acréscimo patrimonial que, supostamente, teria recebido em decorrência dos fretes que receberia seu marido, caso tivesse adquirido o caminhão objeto do contrato de consórcio, o qual seria usado no ramo de transporte de carga.

Ocorre que, em decorrência de ato ilícito praticado pela ré, a autora não veio a receber o caminhão objeto do consórcio e, conseqüentemente, deixou de obter qualquer renda que poderia ter advindo do uso comercial do caminhão.

“A própria inicial traz pedido no sentido de “receber complementação dos lucros cessantes, a contar de 11.03.1993, até o dia que finalmente receber a indenização do seguro e puder comprar o cargueiro,” **do que se deduz que nunca houve a aquisição do veículo tampouco o segurado ou qualquer sucessor obteve qualquer lucro na utilização deste.** Em que pese tratar-se de uma pessoa humilde, agricultor, morador no interior do município de Três Forquilhas, influenciado pelo filho que queria trabalhar como caminhoneiro, incontestemente que tal situação nunca veio a se realizar.

Com efeito, não se pode chegar à conclusão diversa, **a autora postula lucros cessantes relacionados a uma atividade que jamais chegou a se concretizar,** sequer fazia parte do patrimônio jurídico da família, limitada a uma hipótese remota e eventual, que não existia por ocasião do falecimento.

**O pedido indenizatório vem calcado em mero lucro imaginário que sequer teve início, portanto, não existe possibilidade de ter cessado por culpa da requerida.**

(...)

Persistindo o entendimento registrado em sentença se estaria confirmando a possibilidade de impor a administradora de consórcio uma condenação baseada na

<sup>35</sup> (TJRS; Apelação Cível 70040354854; Relator (a): Artur Arnildo Ludwig; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 12/05/2011; Data de Registro: 30/05/2011) Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70040354854&code=2132&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70040354854&code=2132&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 03 nov. 2019.



possibilidade de lucro que o consorciado deixaria de obter com um caminhão que poderia adquirir em um futuro incerto.

Ocorre que não **são indenizáveis danos remotos ou incertos**, como consignou a ilustre Ministra Nancy Andrighy, em voto-vista lançado no REsp nº 846455:

(...)

Destarte, na espécie, **não vislumbro a presença dessa razoável probabilidade de que os lucros cessantes** suscitados pela recorrida de fato ocorreriam. Não há elementos suficientes para alcançar essa conclusão, de forma que a autora não se desincumbiu de comprovar o fato constitutivo do seu direito, ônus que lhe incumbia, nos termos do artigo 333, I, do diploma processual.” (grifo nosso)<sup>36</sup>

Assim, em análise ao caso concreto, percebe-se que o tribunal entendeu que, uma vez que a família da autora nunca recebeu o caminhão esperado e, conseqüentemente, nunca veio a exercer a atividade lucrativa pretendida, os supostos danos materiais requeridos não passam de mero lucro imaginário, não sendo possível ter a certeza necessária para se conceder a indenização, uma vez que não se pode constatar que, caso seu marido não tivesse falecido, este teria pagado as parcelas restantes, retirado o caminhão, começado a usá-lo para os fins comerciais supostamente pretendidos e, ao final, recebido lucro equivalente ao recebido por outros proprietários de caminhões similares.

Dessa forma, ante ao fato de não se vislumbrar a razoável probabilidade de acréscimo patrimonial, o tribunal entendeu que os alegados lucros cessantes, na realidade, seriam lucros hipotéticos e que estes não poderiam ser indenizados em decorrência da não existência, ainda que baixa, da probabilidade de seu recebimento.

### 8.1.3 Superior Tribunal Justiça (STJ)

Por fim, não podíamos deixar de expor o entendimento do **E. Superior Tribunal Justiça**, o qual, na mesma linha dos julgados supracitados consigna a impossibilidade de se conceder indenização baseada em lucros hipotéticos, por entender que estes não cumprem os requisitos atinentes aos danos indenizáveis, pois resultam da mera probabilidade, veja-se:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO

<sup>36</sup> (TJRS; Apelação Cível 70040354854; Relator (a): Artur Arnildo Ludwig; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 12/05/2011; Data de Registro: 30/05/2011) Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_acordaos.php?Numero\\_Processo=70040354854&code=2132&entrancia=2&id\\_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70040354854&code=2132&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%206.%20CAMARA%20CIVEL)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. CONDENAÇÃO EM LUCROS CESSANTES. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO PELA PERDA DA CHANCE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. **PESSOA JURÍDICA QUE NUNCA EXERCEU ATIVIDADE EMPRESARIAL**. LAUDO PERICIAL BASEADO EM DANO HIPOTÉTICO. LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais, em fase de liquidação de sentença por arbitramento, de que foram extraídos estes recursos especiais, interpostos em 12/03/2018 e 13/03/2018 e distribuídos ao gabinete em 04/07/2018.

2. O propósito dos recursos especiais consiste em decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional; (ii) a violação da coisa julgada, na liquidação de sentença por arbitramento, em virtude da aplicação da teoria da perda de uma chance para calcular os lucros cessantes; (iii) a comprovação dos lucros cessantes.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, estando suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não se vislumbra a alegada violação do art. 1.022, I e II, do CPC/15.

4. De acordo com o CC/02, os lucros cessantes representam aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, por efeito direto e imediato da inexecução da obrigação pelo devedor.

5. A perda de uma chance não tem previsão expressa no nosso ordenamento jurídico, tratando-se de instituto originário do direito francês, recepcionado pela doutrina e jurisprudência brasileiras, e que traz em si a ideia de que o ato ilícito que tolhe de alguém a oportunidade de obter uma situação futura melhor gera o dever de indenizar.

6. Nos lucros cessantes há certeza da vantagem perdida, enquanto na perda de uma chance há certeza da probabilidade perdida de se auferir uma vantagem. Trata-se, portanto, de dois institutos jurídicos distintos.

7. Assim feita a distinção entre os lucros cessantes e a perda de uma chance, a conclusão que se extrai, do confronto entre o título executivo judicial - que condenou a ré à indenização por lucros cessantes - e o acórdão recorrido - que calculou o valor da indenização com base na teoria perda de uma chance - é a da configuração de ofensa à coisa julgada.

**8. Especificamente quanto à hipótese dos autos, o entendimento desta Corte é no sentido de não admitir a indenização por lucros cessantes sem comprovação e, por conseguinte, rejeitar os lucros hipotéticos, remotos ou presumidos, incluídos nessa categoria aqueles que supostamente seriam gerados pela rentabilidade de atividade empresarial que sequer foi iniciada.**

9. Recurso especial de OPTICAL SUNGLASSES LTDA conhecido e desprovido. Recurso especial de VERPARINVEST S/A conhecido e provido.”<sup>37</sup>(grifo nosso)

No caso em tela, verifica-se que a autora pleiteia indenização a título de lucros cessantes pelo renda que obteria com a abertura de uma loja no interior de um shopping center, caso não tivesse a locadora do imóvel em que ficaria a loja não tivesse praticado ato ilícito que impediu a autora de abrir a loja e iniciar suas atividades no local.

Na origem, o juiz de primeiro grau homologou laudo pericial que realizou o cálculo do montante devido a título de lucros cessantes, usando parâmetros de uma loja análoga, de mesmo porte e de propriedade, também, da autora, em razão de não ser possível usar dados da própria loja que abriria no shopping em questão, pois a autora nunca chegou a exercer sua atividade no local.

Assim, o STJ entendeu por não ser cabível a indenização por lucros cessantes, uma vez que a empresa autora nunca chegou a exercer a atividade no local, não sendo possível a caracterização e arbitramento de lucros cessantes, sem que houvesse faturamento próprio.

“No particular, o TJ/SP registrou no acórdão recorrido que “o fato da loja da agravada [OPTICAL SUNGLASSES LTDA] **jamais ter entrado em operação implicou 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 [VERPARINVEST S/A]” (grifo nosso)<sup>38</sup>

Assim, verifica-se que o tribunal entendeu que, no caso concreto, a pretensão da autora ao recebimento de lucros cessantes se trataria de lucros hipotéticos e, uma vez que não se constatou a certeza em seu recebimento, não seria possível indenizar a autora pela integralidade de um lucro apurado com parâmetros baseados em faturamentos não próprios da autora.

No mais, em que pesa o entendimento de que não houve a ocorrência de lucros cessantes e que os lucros hipotéticos não são indenizáveis, o Tribunal realizou uma brilhante análise entre a os lucros cessantes e a perda da chance, consignando que a indenização

---

<sup>37</sup> (STJ; Recurso Especial 1750233 / SP; Relator (a): Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data do Julgamento: 05/02/2019; Data de Registro: 08/02/2019) Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787602&num\\_registro=201801555630&data=20190208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787602&num_registro=201801555630&data=20190208&formato=PDF)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>38</sup> (STJ; Recurso Especial 1750233 / SP; Relator (a): Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data do Julgamento: 05/02/2019; Data de Registro: 08/02/2019) Disponível em:<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787602&num\\_registro=201801555630&data=20190208&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1787602&num_registro=201801555630&data=20190208&formato=PDF)>. Acesso em: 03 nov. 2019.

concedida a título de lucros cessantes é baseada na perda da própria vantagem, em quanto na indenização concedida pela perda da chance, a indenização não é baseada na vantagem em específico, mas sim na perda da oportunidade de obtê-la.

Dessa forma, em que pese não ter concedido indenização por lucros cessantes, concedeu pela perda da chance, por entender que o ato ilícito resultou na perda da oportunidade.

Sendo assim, por não se tratar de lucros cessantes, não concedeu a indenização no montante integral do cálculo do perito, o qual teve como base os dados de outra loja, mas sim, concedeu indenização de 50% do montante apurado no laudo, a título de perda da chance, pois esta nunca será igual a totalidade da vantagem esperada.

## 8.2 Uma segunda análise do tema

Após o estudo realizado sobre a responsabilidade civil, foi possível constatar que os tribunais entendem pela não indenização dos lucros hipotéticos, por crerem que estes são danos remotos que fogem do desenrolar normal dos fatos, não sendo possível ter a certeza que a vantagem esperada teria sido recebida caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Todavia, muito embora a orientação doutrinária e jurisprudencial siga a linha supracitada, também foi possível verificar que o tema “lucros hipotéticos” não recebeu muito destaque da doutrina, sendo raros os julgados e os livros que o tratam de forma aprofundada, pois, toda vez que há menção ao tema, sempre é no sentido de que tais danos não devem ser indenizados, por lhes faltarem o requisito da certeza, bem como, sempre é utilizado para realizar um comparativo com os lucros cessantes, indicando que nestes há a certeza do ganho esperado, baseado no histórico da vítima, e naqueles é impossível constatar a certeza do recebimento da vantagem.

No mais, não se pode negar que a doutrina reconhece que a responsabilidade civil é um dos temas de maior discussão pelos juristas, bem como, um dos mais problemáticos, em razão de sua difícil sistematização e opiniões divergentes. Sendo assim, válido destacar a opinião trazida por **Maria Helena Diniz**, em seu livro, no qual também reconhece a volatilidade do tema:

“A responsabilidade civil é, indubitavelmente, um dos temas mais palpitantes e problemáticos da atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, contratuais e extracontratuais, e no

prodigioso avança da tecnologia, que impulsiona o progresso material, gerador de utilidades e de enormes perigos a integridade da vida humana.”<sup>39</sup>

Assim, em que pese o entendimento jurisprudencial constatado, *data maxima vênia*, iremos realizar uma segunda análise, baseado em todo o conteúdo aqui estudado, a partir de uma visão social e menos conservadora, para se chegar a um entendimento que consagra o dever de indenizar os lucros hipotéticos.

### 8.2.1 Conceito

Como dito anteriormente, a análise que se passará a expor não encontra correspondência na doutrina pesquisada e é apenas fruto do estudo dos temas abordados até aqui, sendo assim, apenas um convite aos juristas para o questionamento do tema, uma verdadeira porta de entrada para o aprofundamento das discussões sobre a concessão de indenização por lucros hipotéticos.

Para nós, os lucros hipotéticos nada mais são do que, assim como os lucros cessantes, o não recebimento de uma vantagem esperada. O que os difere dos lucros cessantes são os elementos disponíveis para constatação da certeza no recebimento da vantagem.

Assim, verifica-se que a indenização devida a título de lucros hipotéticos é oriunda de um dano de dupla imputação, o qual causa efeitos diretos e imediatos, mas também, causa efeitos futuros, no patrimônio da própria vítima, lhe privando do recebimento de uma vantagem que, de alguma forma, lhe era esperada.

Ocorre que, quando retratam os lucros hipotéticos como sendo danos remotos, ao que nos parece, realizam um desmembramento do evento danoso, até mesmo o dividindo em dois, como se um único ato ilícito causasse dois danos diferentes, um em momento atual e um em momento futuro.

Todavia, ao que nos parece, o evento danoso em si não pode ser dividido, pois ele sempre é uma causa direta da prática de um ato ilícito, ou seja, ele ocorre imediatamente após a prática do fato antijurídico, como por exemplo, **“o dano que é causado em um veículo por colisão com um outro veículo”**. Percebe-se que o dano é consumado no exato momento da colisão, sofrendo o veículo avarias imediatas e de fácil percepção.

Desse modo, o que se tem não é a divisão em dois danos distintos, um de consumação imediata (as avarias no veículo) e outro de consumação futura ( a vantagem se

---

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 64.

receberia pelo uso do carro), mas sim, um único evento danoso de dupla imputação, pois este gera efeitos imediatos, como também, gera efeitos futuros que se manifestam em momento posterior ao evento danoso. Assim, o que é divisível são os efeitos do dano e não o dano em si.

Dessa forma, não há em que se falar em dano remoto, pois não há a ocorrência de qualquer dano futuro que derive de um ato ilícito presente, o que há é que um evento danoso presente, gera diversos efeitos no patrimônio da vítima, uns de constatação imediata (dano emergente) e outros de constatação futura (lucros cessantes e hipotéticos), pois enquanto aqueles se manifestam imediatamente após o evento, estes só podem ser percebidos em momento futuro.

### 8.2.2 Exemplo Central de Lucros Hipotéticos

Para melhor elucidar a conceituação supracitada, valioso é expor o exemplo central no qual entendemos que o evento gera a indenização por lucros hipotéticos, vejamos:

Um cidadão comum de condição humilde, passa alguns anos de sua vida juntando a quantia necessária para adquirir um taxi e seu alvará de funcionamento, a fim de obter melhores condições de vida, buscando exercer uma nova profissão que lhe forneceria renda mais elevada do que obtém com sua profissão atual.

Assim, este cidadão, após anos de trabalho consegue juntar a exata quantia para iniciar como taxista e, ansiando pela mudança, larga sem sua profissão atual, compra o taxi e realiza os procedimentos necessários para ficar apto para “rodar”.

No seu primeiro dia como taxista, ao colocar o carro na rua, antes mesmo de realizar a primeira corrida, tem seu veículo atingido por um terceiro que, diante do cometimento de um ato ilícito, danifica o taxi do cidadão, impossibilitando de “rodar” até que este seja consertado.

Verifica-se que no exemplo supracitado é fácil a constatação de que o a gente do ato ilícito deve indenizar o novo taxista pelas avarias causadas no veículo, porém, ao que nos parece a doutrina jamais concederia indenização por lucros cessantes decorrente de uma atividade que sequer começou, como se verifica de um dos julgados colacionados no tópico 8.1.3, do qual se colaciona o trecho pertinente novamente:

8. Especificamente quanto à hipótese dos autos, o entendimento desta Corte é no sentido de não admitir a indenização por lucros cessantes sem comprovação e, por conseguinte, rejeitar os **lucros hipotéticos, remotos ou presumidos, incluídos nessa categoria aqueles que supostamente seriam gerados pela rentabilidade de atividade empresarial que sequer foi iniciada.**<sup>40</sup>

Assim as perguntas que ficam são:

- (i) Apenas a indenização por danos emergentes é devida no caso?
- (ii) É possível a indenização por lucros cessantes sem que haja um histórico de recebimento da vítima para que se possa constatar a “razoável” possibilidade de obter a vantagem?
- (iii) Ainda que se entenda que o evento danoso o privou da possibilidade de saber se iria obter lucro, seria possível indenizá-lo pela perda da chance?
- (iv) Perda da chance de receber qual quantia? se este nunca chegou a trabalhar na profissão.
- (v) Mesmo que fosse indenizado pela perda da chance, seria justo que o taxista recebesse menos do que o esperado?
- (vi) Seria justo que este recebesse uma porcentagem do lucro efetivo que os outros taxistas do mesmo ponto ganham, ainda mais se for concedida porcentagem baseada no lucro do taxista que tem o menor ganho?

Essas são algumas perguntas que ficam quando se analisam casos concretos como estes, em que o evento danoso presente causa efeitos imediatos e futuros, porém não há histórico da vítima para se mensurar o grau de certeza de seu ganho.

Assim, não se pode negar que, por ser um caso que contém certo apelo emocional, pois tem proximidade com a vida da maior parte da população brasileira, admitir que só se poderia indenizar os danos emergentes ou, até mesmo, conceder uma baixa indenização a título de perda da chance, causaria um grande impacto na população e, arrisca-se a dizer que poderia até mesmo perturbar a harmonia social assegurada pelo direito, pois, para muitas

---

<sup>40</sup> (STJ; Recurso Especial 1750233 / SP; Relator (a): Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data do Julgamento: 05/02/2019; Data de Registro: 08/02/2019)

peessoas, não indenizar ou indenizar de maneira singela, de pouca expressividade, o taxista que foi obstado de exercer a única atividade da qual provêm seus ganhos, seria uma verdadeira injustiça.

### 8.2.3 Diferença entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos

Os lucros cessantes podem ser conceituados, como sendo o não recebimento de um acréscimo patrimonial que a vítima, caso não tivesse sofrido o dano, teria ganhado, ou seja, a perda de um ganho razoavelmente esperado.

Nas palavras de **Carlos Roberto Gonçalves** em seu livro:

“Malgrado constitua o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, é apurado, **em regra, com base em fatos pretéritos, isto é, naquilo que vinha ocorrendo anteriormente**, não se confundindo com o dano meramente hipotético.”  
(grifo nosso)<sup>41</sup>

Assim, percebe-se que os lucros cessantes se caracterizam quando o dano sofrido tenha sido a causa que efetivamente fez com que a vítima tenha deixado de receber uma quantia que, pelo desenrolar normal dos fatos, seria razoável prever que iria obter.

Ocorre que, o parâmetro para se chegar a certeza necessária de que a vítima iria lucrar, ou seja, a medida para que se entende pela razoabilidade da possibilidade do ganho é justamente o histórico recente da vítima, de modo que, a certeza de ganho é baseada em seus antecedentes, visando demonstrar que, caso o evento danoso não tivesse ocorrido, com base nos acontecimentos prévios, pode-se presumir que a vítima obteria o acréscimo esperado.

Dessa maneira, a nomenclatura lucros cessantes é colocada de maneira proposital, para passar a ideia da interrupção do ganho em razão do evento danoso, de modo que a vítima não deixou, apenas, de receber uma vantagem futura esperada, mas sim, teve a cessação de um ganho que já vinha obtendo no presente, bem como, foi impedida de receber a continuação desses ganhos em um momento futuro.

Assim, o que difere os lucros cessantes dos hipotéticos é justamente a existência do histórico da vítima para se presumir que esta obteria a vantagem esperada, pois, enquanto naqueles é possível constatar tais antecedentes, neste, não é possível efetuar tal verificação.

---

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquematizado**: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 226.



Todavia, não se pode negar que em ambos os casos o acréscimo patrimonial se manifestaria no futuro e que, nos lucros cessantes, a “certeza” que se busca medir pelo histórico da vítima, jamais será absoluta como nos danos emergentes – os quais se manifestam no presente - sendo sempre uma projeção futura e por isso, por maiores que sejam as probabilidades, nunca se poderá afirmar com 100% de convicção que o acréscimo se concretizaria.

Sendo assim, não obstante aos demais requisitos para caracterização dos lucros cessantes, o que se defende é que, em algumas situações, não é necessário saber o histórico recente da vítima ou, até mesmo, não é imperioso que a vítima tenha tais antecedentes, para que seja possível presumir que esta viria a obter a quantia esperada.

Isso porque, como se verá no tópico 8.3, há outras maneiras de se chegar a um grau similar ao da certeza requerida em sede de lucros cessantes, a qual se faz necessária para se conferir a indenização em montante integral, fazendo com que seja possível conceder a indenização mesmo que diante da ausência do histórico da vítima, tratando-se assim dos chamados lucros hipotéticos indenizáveis.

#### 8.2.4 Diferença entre Perda da Chance e Lucros Hipotéticos

Enquanto a diferença dos lucros hipotéticos para os cessantes está relacionada a existência de elementos próprios da vítima para a mensuração da certeza sobre a ocorrência do dano, a diferença daqueles para a perda da chance está pautada no objeto da indenização.

Isso porque, nos lucros cessantes e nos hipotéticos, a indenização é baseada na perda da própria vantagem, enquanto na perda da chance, a indenização não é baseada na vantagem em si, mas sim na perda da oportunidade de obtê-la.

Assim, verifica-se que a certeza existente nos lucros hipotéticos se equipara a existente nos lucros cessantes, as quais são bem maiores do que as da perda da chance e, exatamente por isso que a indenização, naqueles casos, pode chegar a integralidade do valor esperado pela vítima, já da perda da chance, a indenização nunca alcançará tal patamar, pois, desde o princípio já se admite que não seria possível constatar se o acréscimo viria a ser recebido e, por esse motivo, é que se indeniza a frustração da possibilidade de saber qual seria o resultado se o dano não tivesse ocorrido, enquanto nos outros se indeniza justamente a frustração pelo não recebimento da vantagem esperada.

No mais, para melhor esclarecer, consigna-se que a perda da chance se limita a indenizar, de certa forma, o psicológico da vítima, porque a foi tirada a possibilidade de saber

o resultado, o qual poderia culminar no recebimento da vantagem ou não – típico caso do cavalo de corrida, na qual, por ser o cavalo atropelado, teve seu dono sido impedido de saber se teria ganho a corrida ou não -, já no campo dos lucros cessantes e dos hipotéticos, o que se indeniza é justamente o não recebimento da vantagem, a qual, caso não tivesse ocorrido o dano, é sabido que teria a vítima a obtido.

Por esses motivos é que se justifica indenizar a vítima pela quantia integral da vantagem esperada, nos casos dos lucros cessantes e hipotéticos, enquanto na perda da chance, tal quantia jamais poderá ser equivalente a integralidade do montante esperado, sendo apenas uma fração deste, baseado no maior ou menor grau de probabilidade que teria a vítima de tê-lo recebido.

### 8.3 Do dever de indenizar os Lucros Hipotéticos

Em uma análise puramente técnica, com base em todo o exposto até aqui, pode-se chegar a algumas conclusões a respeito dos danos patrimoniais indenizáveis e, pelos mesmos motivos, considerar a ideia de que os lucros hipotéticos também devam ser reparados.

Em primeiro lugar, viu-se que os danos materiais podem ser divididos em dois tipos, o chamado dano positivo, representado pelo dano emergente, que é consequência imediata do evento danoso – portanto a modificação no patrimônio da vítima se dá no presente - e os chamados danos negativos, representados pelos lucros cessantes e pela perda da chance, pois ainda que o dano tenha ocorrido no presente, este gerará efeitos posteriores, de modo que a modificação no patrimônio da vítima só virá a acontecer no futuro.

Nessa linha, como já dito anteriormente, os lucros hipotéticos são oriundos de uma dupla imputação do dano, de modo que este produz efeitos presentes e ulteriores. Assim, não se pode falar que os lucros hipotéticos sejam danos remotos que acontecem no futuro, quando na verdade são, assim como demais danos negativos, apenas a consequência futura de um dano ocorrido no presente,

Dessa forma, todos os danos mencionados acima, incluindo os lucros hipotéticos, cumprem o requisito da **atualidade** presente no tópico 7.1, pois, ainda que os danos negativos se manifestem no futuro, todos são oriundos de um dano presente que produz efeitos imediatos e mediatos.

Para que estes sejam indenizados, não basta apenas o cumprimento do requisito supracitado, bem também, e principalmente, deve ser constatado o requisito da **certeza**, a

qual, em bora nos danos emergentes seja absoluta e de fácil constatação, nos danos negativos esta nunca será concreta e nem sempre haverá elementos o suficientes para chegar a uma conclusão que se aproxime de tal certeza necessária.

Isso porque, não se pode negar que tanto os lucros cessantes, quanto a perda da chance e, até mesmo, os lucros hipotéticos se manifestam em momento ulterior ao evento danoso.

Ocorre que, o futuro é incerto e somente a Deus pertence, de modo que é humanamente impossível fazer qualquer previsão ulterior com um grau inequívoco de certeza, por mais que se tenha elementos para se chegar próximo a tanto. Nessa linha, imperioso consignar que não apenas o futuro é dotado de incerteza, como também é igualmente incerto o passado que não se concretizou.

Por isso, quaisquer elucubrações que se faça para se chegar a algum tipo de conclusão que permita graduar um evento futuro como sendo mais ou menos incerto, não passam de mera tentativa de se adivinhar o que irá acontecer. Porém, a questão é que do mesmo modo que se pode acertar, também é possível errar e, portanto, nunca se poderá dizer, com absoluta certeza, que um evento futuro iria ou não acontecer.

Assim, tendo em vista que até mesmo os lucros cessantes são pautados em uma certeza imaginária, não há razões não para se desconsiderar a indenização dos lucros hipotéticos, pois estes, assim como aqueles, advém de uma certeza que não é absoluta, sendo ambos frutos de uma análise baseada em elementos concretos, a fim de se tentar prever o que iria acontecer caso o dano não tivesse se consumado.

Dessa forma, não há que se fazer distinção entre elementos oriundos da própria vítima, como no histórico recente usado nos lucros cessantes, e elementos oriundos de terceiros similares a esta, pois não se pode negar que independente de qual deles se utilize, nunca se chegará a uma certeza absoluta, de modo que ambos resultam, apenas, em uma previsão igualmente hipotética.

Assim, o que se deve importar na hora de mensurar o grau de certeza da ocorrência do dano é a quantidade de elementos existente para realizar tal mensuração e não a origem deles. Todavia, não se nega que o histórico recente da própria vítima acrescenta para realização desta previsão, de modo que, como visto no capítulo 6, os lucros cessantes, em uma escala de liquidez, podem ser considerados mais certos do que os hipotéticos, mas sem fazer com que isso retire destes a possibilidade de se obter uma certeza similar.

Sendo assim, ao analisar o exemplo central disposto no tópico 8.2.2, é plenamente possível chegar-se à conclusão de que, ainda que o taxista não tenha iniciado sua atividade,

este deverá ser indenizado pelo acréscimo patrimonial que deixou de receber. Pois, com base no ganho mensal dos outros taxista é plenamente razoável presumir-se que este ganharia algo próximo a média das quantias recebidas por todos.

Assim, mesmo que não se tenha o histórico recente da vítima, existem elementos suficientes para se apurar quanto o taxista ganharia caso o evento danoso não tivesse ocorrido e este tivesse iniciado suas atividades, de modo que se pode prever que seria razoável a possibilidade de o taxista ganhar uma média feita ao calcular o ganho de todos os taxistas do mesmo ponto.

No mais, uma vez que não se tem antecedentes próprios da vítima, não há em que se falar em indenização por lucros cessantes. Ainda, conferir a ele uma indenização por perda da chance, não seria razoável, pois esta nunca poderia ser igual a integralidade que o taxista iria receber a título de lucros cessantes, de modo que, para se calcular qualquer recebimento teria que se fazer uma média do ganho dos taxista e a partir desta retirar uma porcentagem para a vítima.

Assim, caso esta média equivalesse a R\$ 5.000,00, o taxista nunca poderia ser indenizado por tal valor a título de lucros cessantes, do mesmo modo que caso a indenização concedida fosse pela perda da chance, a quantia nunca chegaria ao valor supracitado. Sendo assim, assumir a possibilidade de se indenizar os lucros hipotéticos, seria conceder uma indenização no valor integral da média obtida, sem que se ampliasse o conceito de lucros cessantes, basto apenas acatar a possibilidade de se obter uma certeza similar, baseado em um histórico recente que não pertence a vítima, mas sim a pessoas em condições análogas a esta.

Por fim, diante de todo o exposto, e demonstrada a aplicabilidade e função dos lucros hipotéticos, pode-se concluir que, uma vez que quaisquer que sejam os elementos usados para mensurar a ocorrência de um prejuízo futuro, nunca se chegará a uma certeza absoluta. Diante disso, verifica-se que não há nada de pouco razoável em se entender pela possibilidade de se indenizar os lucros hipotéticos na quantia integral esperada pela vítima, quando há elementos o suficientes para se chegar a uma certeza similar a existente na dos lucros cessantes, mesmo que esta seja baseado nos antecedentes de terceiros, desde que estes tenham situação análoga a vítima.

## CONCLUSÃO

O estudo realizado durante a presente pesquisa trouxe uma ampla visão sobre a responsabilidade civil no Brasil e, em específico, sobre o tema dos lucros hipotéticos, o qual, apesar de sua grande complexidade, verificou-se que este já está consolidado na jurisprudência, a qual entende pela não indenização dos lucros hipotéticos, por crer que são danos remotos, que fogem do desenrolar normal dos fatos, sendo impossível obter-se a certeza de que a vantagem esperada teria sido recebida caso o evento danoso não tivesse ocorrido.

Também foi possível verificar que os “lucros hipotéticos” não receberam muito destaque da doutrina, pois são raros os livros e artigos que o tratam de forma aprofundada, pois, toda vez que há menção ao tema, sempre é no sentido de que tais danos não devem ser indenizados, por lhes faltarem o requisito da certeza.

Nessa linha, o que faz a doutrina é compará-lo com os lucros cessantes, indicando que nestes há a certeza do ganho esperado, baseado no histórico recente da vítima, já nos lucros hipotéticos, não há a presença da certeza necessária para torna-lo merecedor de reparação, pois entendem ser impossível constatar que haveria o recebimento da vantagem aguardada.

No entanto, ao mesmo tempo em que o tema se encontra consolidado, a doutrina também admite que a responsabilidade civil é um dos temas de maior discussão pelos juristas, bem como, um dos mais problemáticos, em razão das várias opiniões divergentes existentes.

É justamente por ser um dos temas de maior discussão que, mesmo estando consolidado a não indenização dos lucros hipotéticos, nos dedicamos a realizar uma análise menos conservadora sobre o tema, a fim de se constatar, com base nos elementos da responsabilidade civil e nas teorias do dano existentes, se seria possível entendê-los como danos merecedores de serem indenizados.

Assim, conforme visto no tópico 8.3, concluímos ser possível entender-se pela possibilidade de se indenizar os lucros hipotéticos, pois estes preenchem os requisitos de atualidade e certeza necessários para concessão da indenização.

Em resumo, o requisito da atualidade é preenchido uma vez que os lucros hipotéticos se verificam como atuais pois são danos de “dupla imputação”, tendo em vista que esses são decorrentes de um dano presente que produz efeitos no futuro.

Ou seja, os lucros hipotéticos, nada mais são, do que o efeito futuro de um dano emergente presente.

Dessa forma, são atuais porque não são danos remotos em si, que só viriam a acontecer em um futuro distante, mas sim, efeitos de um mesmo dano presente, o qual apresenta efeitos imediatos (dano emergente – positivo) e efeitos mediatos (lucro hipotético – negativo).

Pode-se dizer, para constatação do preenchimento do requisito da atualidade, que os lucros hipotéticos são efeitos que se manifestam no futuro, da mesma maneira que ocorre em relação aos lucros cessantes.

Quanto ao requisito da certeza, também foi possível concluir-se pelo seu preenchimento.

Porém, para se chegar a tal raciocínio é preciso compará-los com a certeza existentes nos demais danos negativos, os quais notoriamente são indenizáveis, de modo a verificar que em ambos não há uma certeza absoluta, mais sim, uma presunção, suficientemente embasada, de que a vítima receberia a vantagem caso não ocorresse o evento danoso.

Desse modo, tem-se que a certeza necessária para conferir indenização por lucros cessantes e pela perda da chance não é uma certeza absoluta, pois esta, só se verifica propriamente nos danos emergentes, uma vez que somente esses se manifestam de fato no presente.

Assim, uma vez estabelecida a premissa de que todos os danos negativos não possuem uma certeza absoluta, o silogismo é simples.

(i) Se nenhum dano futuro é dotado de certeza absoluta; (ii) Se o que se busca para conceder a indenização é obter uma convicção de que o prejuízo não ocorreria caso o evento danoso não tivesse acontecido (iii) Logo, para que os lucros hipotéticos preencham tal requisito basta, de alguma forma, mensurar o grau de certeza de que a vantagem seria recebida, a fim de formar uma convicção similar a existente nos lucros cessantes, uma vez que todo acontecimento futuro é incerto.

Assim, no caso dos lucros cessantes, os elementos que são usados para a formação dessa certeza próxima da absoluta é o histórico recente da vítima, para apurar, com base no pretérito, se seriam ou não grandes as possibilidades de que esta viesse a obter a vantagem esperada.

**Todavia, por mais que o histórico recente da vítima seja um elemento razoável para se apurar tal grau de certeza, por se tratar do futuro, qualquer elucubração não passa de mera ficção do direito.**

Dessa forma, embora nos lucros hipotéticos não exista o histórico recente da vítima, ainda assim se pode chegar em uma certeza similar a exigida nos lucros cessantes, se no caso

concreto existirem outros elementos para apuração da possibilidade que teria a vítima de receber a vantagem, como por exemplo, o histórico pessoa similar à ela.

Isso porque, como a certeza nunca será absoluta, a origem dos elementos não deve ter tanta relevância, sendo mais importante a quantidade, do que saber se tal histórico pertence propriamente a vítima ou a outrem em situação similar.

Ainda, em que pese o estudo realizado ter chegado à conclusão de que os lucros hipotéticos preenchem os requisitos de atualidade e certeza, em razão de estes serem danos de dupla imputação, bem como, que a existência de um histórico recente de pessoa similar a vítima já é suficiente para se chegar ao grau de certeza necessário para concessão da indenização, também foi possível chegar à conclusão de que, caso se adote a teoria da causalidade adequada é plenamente possível considerar tais lucros como sendo indenizáveis.

Ocorre que, a teoria dos danos diretos e imediatos, restringem a indenização aos prejuízos que decorrem imediatamente do evento danoso. Já a teoria da causalidade adequada, tem maior abrangência e possibilita que o nexa abranja prejuízos futuros, desde que o evento danoso tenha sido a condição necessária para sua ocorrência.

Assim, uma vez que não está consolidado, nem pela doutrina nem pela jurisprudência, qual das duas teorias é adotada pelo Código Civil, é plenamente possível que se entenda pela adoção da causalidade adequada.

Desse modo, ao adotá-la, dar-se-á maior liberdade para que o magistrado, com base em seu livre convencimento motivado, constate se o evento dano é a condição necessária para a ocorrência do prejuízo, ainda que este se manifesta em momento ulterior.

Dessa forma, a conclusão é simples, caso o evento danoso tenha sido a causa que efetivamente deu origem ao prejuízo, os chamados lucros hipotéticos deixam de ser hipotéticos e passam a ser tão reais quando os lucros cessantes e, por via de consequência, devem também ser indenizados.

Por fim, a última conclusão que se chegou com a presente pesquisa, após intensa análise da jurisprudência é que, por já haver posição consolidada no judiciário à respeito da não indenização dos lucros hipotéticos, as partes sempre optam, durante o litígio, por enquadrar o prejuízos futuros que alegam ter sofrido, como sendo lucros cessantes e não lucros hipotéticos, usando-se da causalidade adequada para justifica-los.

Assim, a crítica que fica é, enquanto os aplicadores do direitos continuarem no comodismo, tentando enquadrar situações em que claramente se tratam de lucros hipotéticos, como sendo lucros cessantes ou perda da chance, a jurisprudência e a doutrina jamais se

aprofundará no tema e, conseqüentemente, os lucros hipotéticos continuarão a ser entendidos como não indenizáveis.

Todavia, ao tentar enquadrar os prejuízos futuros sofridos por seus clientes como lucros cessantes, sem que haja o histórico recente da vítima, o que ocorre e continuará ocorrendo é que o judiciário irá classificá-lo como lucro hipotético e continuará não concedendo a indenização pleiteada.

Porém, caso os juristas comecem a aprofundar o estudo sobre o tema e utilizar a tese, nas demandas judiciais, de que os lucros hipotéticos devem ser indenizados, possivelmente ocorrerá uma mudança de entendimento jurisprudencial e se passará a conceder indenização, inclusive, para aos casos em que o prejuízo se manifeste no futuro e não se tenha o histórico recente da vítima, desde que existam elementos suficientes para chegar-se a conclusão que o prejuízo só ocorreu em razão do evento danoso, utilizando-se, para isto, apenas do histórico de pessoa em condição similar a vítima do dano.



## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. São Paulo: Jurídica e Universitária.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: Responsabilidade Civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.4: Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil 3 Esquematizado: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Direito das Sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. (Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Cláudia Berliner.) 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas. 2006.

STEINER, Renata C. **Reparação de Danos: Interesse positivo e Interesse Negativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2018

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre cláusula penal compensatória. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ ; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Da dogmática à efetividade do Direito Civil**: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v.4: Responsabilidade Civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.