



PARTE APELANTE: MUNICIPIO DE NOVA IGUAÇU e FUX ADVOGADOS

**PARTE APELADA: MUNICIPIO DE NOVA IGUAÇU e MASSA FALIDA DE HOPE
RECURSOS HUMANOS EIRELI**

RELATORA: DES. ROSA MARIA CIRIGLIANO MANESCHY

**APELAÇÃO CÍVEL. LUCROS CESSANTES NÃO
DEMONSTRADOS. EXISTÊNCIA DE MERA
HIPÓTESE, MERA POSSIBILIDADE.**

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os autos do recurso de apelação nº 0079610-44.2013.8.19.0038, em que é parte apelante **MUNICIPIO DE NOVA IGUAÇU e FUX ADVOGADOS**, sendo parte apelada **MUNICIPIO DE NOVA IGUAÇU e MASSA FALIDA DE HOPE RECURSOS HUMANOS EIRELI**.

ACORDAM os Desembargadores da **8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça**, por UNANIMIDADE de votos, em CONHECER E DAR PROVIMENTO ao recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de lucros cessantes, invertendo-se o ônus da sucumbência, e julgar prejudicado o segundo recurso.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de apelação cível, interposta contra a sentença que condenou o Município ao pagamento da quantia de R\$ 1.412.768,16 (um milhão, quatrocentos e doze mil, setecentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos), corrigidos monetariamente de acordo com o IPCA-E, acrescida de juros de mora nos termos do artigo 1º-F, da Lei 9494/97, a contar da do último esclarecimento do perito, ocorrido em agosto de 2023. Condeno o réu, ainda, ao pagamento de taxa judiciária

Secretaria da Oitava Câmara de Direito Público
Rua Dom Manuel, nº 37, Sala 436 – Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro – RJ

-r-





(Súmula 76 do TJRJ) e honorários advocatícios que fixo em 3% (três por cento) sobre o valor da condenação (artigo 85, § 3º do Novo Código de Processo Civil).

Em suas razões, o Município arguiu nulidade da sentença, em razão de não ter sido intimado para se manifestar quanto ao laudo. No mérito, alegou que que as conclusões do laudo pericial são desprovidas de concretude, tendo o laudo apenas expressado que quem deixa de receber a tempo e modo os valores devidos pela prestação do objeto contratado fica impossibilitado de utilizar este valor para fins de investimentos no mercado financeiro que trouxessem ganho ou retorno financeiro em prol da ora recorrida, fato deveria ter sido comprovado pela própria empresa, ou seja, para que se pudesse chegar à conclusão de que a autora deixou de lucrar ou perceber retornos com investimentos no mercado financeiro, era necessário que a mesma comprovasse que possuía (à época em que deixou de receber os valores que lhe são devidos pela edicidade) algum investimento no mercado financeiro (fossem ações, CDB's, fundos de renda fixa etc), o que a mesma não logrou demonstrar no curso da instância a quo, que é correto afirmar que a possibilidade de lucros era duvidosa, na exata medida que, como de sabença, os investimentos em mercado financeiro estão sujeitos a riscos e, deste modo, muitas vezes não dão lucros e sim prejuízos aos investidores, que há equívoco quanto aos consectários legais – correção monetária e juros de mora.

Nas razões do segundo apelante, (terceiro prejudicado), o recorrente disse que se trata de Recurso de Apelação interposto pelo ESCRITÓRIO, por meio da qual o MM. Juízo a quo (a) julgou procedente a pretensão da HOPE RH, condenando o MUNICÍPIO “ao pagamento de R\$ 1.412.768,16 (um milhão, quatrocentos e doze mil, setecentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos)”; mas, no entanto, (b) se afastou dos parâmetros objetivos previstos no artigo 85, § 3º do Código de Processo Civil para fixação da verba sucumbencial devida ao APELANTE – aplicando o percentual de “3% (três por cento) sobre o valor da condenação”, enquanto o dispositivo legal estabelece o “mínimo de oito





e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação” para a hipótese concreta (já que a condenação está compreendida no intervalo de “200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos” (inciso II). Ao final, requereu a reformar da sentença, a fim de majorar o percentual dos honorários sucumbenciais ao mínimo de 8% (oito por cento) e máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, à luz do artigo 85, § 2º, incisos I, III e IV, e § 3º, inciso II, do CPC, observando-se a complexidade da causa, o zelo profissional do ESCRITÓRIO, o trabalho desenvolvido e o tempo exigido para o serviço.

Em sua resposta, a empresa apelada, o apelado prestigiou a sentença, frisando que não houve nulidade, vez que o Município fora devidamente intimado, que o pedido de ressarcimento pelo custo de oportunidade requerido na petição inicial foi cabalmente demonstrado a partir da indisponibilidade absoluta de capital pertencente à Apelada – e que foram tolhidos indevidamente pelo Apelante -, fazendo com que a Apelada não dispusesse de opção quanto à utilização de valores significativos e que deveriam compor o seu “fluxo de caixa”, que o requerimento de prova pericial, inclusive, teve como fundamento justamente a apuração do quantum que a Apelada efetivamente deixou de perceber pela indisponibilidade dos valores que lhe foram tolhidos pelo Apelante, uma vez demonstrado cabalmente o dano pela indisponibilidade dos valores. Dessa forma, de acordo com a versão final do laudo pericial acostado às fls. 396/474, o perito afirmou categoricamente que a indisponibilidade dos valores devidos à Apelada e que foram tolhidos indevidamente pelo Apelante podem ser considerados como “custo de oportunidade”. Diante da demonstração cabal de que a Apelada teve prejuízos com a retenção de valores pelo Município de Nova Iguaçu, a Apelada requer o desprovento da apelação interposta, com a manutenção da sentença em sua integralidade, considerando a demonstração cabal dos prejuízos sofridos pela indisponibilidade de valores e a aferição do quantum pelo laudo pericial, que os índices adotados para a realização dos cálculos no laudo pericial partiram da própria impugnação apresentada pelo Município de Nova Iguaçu, que entendeu pela



aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária aplicável aos débitos judiciais da Fazenda Pública.

Em suas contrarrazões o Município disse que os honorários foram devidamente aplicados.

É o relatório.

VOTO

Observo, inicialmente, que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, os quais merecem ser conhecidos.

Primeiramente, consigno que o dispositivo da sentença julgou a questão apenas quanto ao lucro cessante, embora em sua fundamentação tenha enfrentado o dano emergente.

O laudo que se baseou a sentença é aquele de fls. 388/394. O Procurador do Município foi devidamente intimado, o que se constata pelo índice 484. O art. 75 do CPC reza que “Serão representados em juízo, ativa e passivamente.” No inciso III dispõe que “II - o Município, por seu prefeito, procurador ou Associação de Representação de Municípios, quando expressamente autorizada.”

Dessa forma, houve a devida manifestação do Município para que se pronunciasse sobre o laudo, não caracterizando a nulidade reclamada.

Os arts. 402 e 403 do Código Civil são as regras que abrigam o lucro cessante e possuem a seguinte redação:



Art. 402 “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

A apelada, na inicial, reclama lucros cessante em decorrência do aprimoramento/incremento de suas atividades e de investimentos que poderiam ter sido feitos, caso o Município tivesse arcado com o pagamento dos contratos no montante de R\$ 500.000,00.

Bem percebido pelo Município, em suas razões, que a experiência anterior da empresa não indica a existência antecedente de ganhos com qualquer tipo de investimento. Contudo, evidentemente, que isso, por si só, não fastia a possibilidade dos lucros cessantes, embora a real experiência da empresa quanto ao tipo de aprimoramento/incremento de suas atividades e aos investimentos costumeiramente empregados seja parte da análise do julgador ao julgar a ocorrência desse tipo de dano. A experiência pretérita do lesado é um dos elementos que se leva em conta no exame da ocorrência dos lucros cessantes. Porém, a ausência da prova mínima é um dos fatores que leva a afastá-lo. Quanto a isso, não há nada nos autos.

Ao lado disso, no exame do processo, não é razoável supor que a apelada empregaria todo o valor que recebesse em investimento e/ou aprimoramento/incremento de suas atividades. Outros fatores, que são óbvios, fazem com que a empresa tenha que arcar com custos da sua própria atividade, entre outras dívidas que deve pagar com montante que recebe.



O requisito da probabilidade objetiva não está presente. O que há é mera hipótese, mera possibilidade. Não se trata de um ganho frustrado. Não há como presumir que o não pagamento possibilitaria grande variação de rendimento e alteraria significativamente o patrimônio da apelada ou mesmo poderia lhe auferir alguma renda. A diminuição do patrimônio deve ser potencial. Não está claro que o evento danoso proporcionou à empresa um prejuízo futuro. Não há presunção de que isso normalmente aconteceria.

O lucro cessante não exige, certamente, uma prova cabal, uma prova absoluta, assim, como no dano emergente. Mas uma prova mínima deve ser trazida, o que não ocorreu.

O quesito n. 2 da apelada ao perito, foi no sentido de que “se a indisponibilidade do valor de mais de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por aproximadamente 04 (quatro) anos, pode ser considerado "Custo de Oportunidade" "(i.e o lucro que poderia ter sido conseguido se um conjunto de recursos tivesse sido aplicado num certo uso alternativo)",”. O questionamento nada mais retrata do que uma pergunta hipotética. Não há prova mínima de nenhum dos fatos. Custo oportunidade é um termo genérico.

No quesito n. 3, a pergunta foi elaborada com base em qualquer tipo de investimento. Não se sabe exatamente em que a empresa pretendia investir, possibilitando que o resultado da perícia fosse qualquer um.

O mesmo pode se dizer do quesito n. 4. Aliás, a resposta do Perito é bem vaga e imprecisa, afastando a ideia de que razoavelmente deixou de lucrar. (Quesito 4. Queira o Sr. Perito informar o quantum que a HOPE RH poderia perceber de frutos pela aplicação dos recursos indisponíveis em razão do inadimplemento do Município em investimentos internos na Autora. R: Na situação descrita, se trata meramente de uma questão de gestão, podendo esse recurso ter sido utilizado para





aquisição de ativos fixos, investimentos diversos no mercado financeiro, auxílio ao fluxo de caixa da empresa, redução de passivos, entre outros.)

O mesmo se pode identificar no quesito n. 5.

O laudo sequer abordou a questão do aprimoramento/incremento de das atividades da empresa, razão pela qual, nesta parte, igualmente, não ocorreu o lucro cessante.

Traz-se aqui acórdão do STJ, da lavra da Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, o qual identifica bem os critérios para a avaliação dos lucros cessantes, coadunando com os fundamentos desta decisão.

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. LUCROS
CESSANTES NÃO COMPROVADOS. AUSÊNCIA DE
FUNDAMENTAÇÃO CONSTATADA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Não há falar em incidência do óbice da Súmula 7/STJ, uma vez que se está a analisar a ausência de pronunciamento sobre ponto necessário ao deslinde da controvérsia.

2. "A aplicação concreta do critério da razoabilidade exige cautela e bom senso para que a reparação do dano seja integral, mas sem permitir que o ressarcimento dos lucros cessantes constitua motivo para o enriquecimento indevido da parte lesada pelo inadimplemento" (REsp n. 1.689.746/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 10/5/2021).

3. "O postulado da razoabilidade, extraído do art. 402 do Código Civil, impõe a consideração da regular performance da empresa para os fins de análise da extensão dos lucros cessantes, porém a necessária observação da experiência pretérita, por si só, não é suficiente para ensejar a reparação



dos lucros cessantes [...]. A mensuração dos lucros impõe a observância do disposto no art. 403 do CC, que estabelece, como regra inflexível, que o devedor só responde pelos danos diretos e imediatos" (REsp n. 1.553.790/PE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 9/11/2016).

4. Agravo interno a que se nega provimento. (Relatora: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, AgInt no AREsp 2395942 / RS)

Destaco, agora, parte da fundamentação do acórdão, por ser produtivo e se alinhar com a fundamentação do acórdão:

É sabido que "[a] aplicação concreta do critério da razoabilidade exige cautela e bom senso para que a reparação do dano seja integral, mas sem permitir que o ressarcimento dos lucros cessantes constitua motivo para o enriquecimento indevido da parte lesada pelo inadimplemento" (REsp n. 1.689.746/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 10/5/2021).

Também vale pontuar que "[o] postulado da razoabilidade, extraído do art. 402 do Código Civil, impõe a consideração da regular performance da empresa para os fins de análise da extensão dos lucros cessantes, porém a necessária observação da experiência pretérita, por si só, não é suficiente para ensejar a reparação dos lucros cessantes [...]. A mensuração dos lucros impõe a observância do disposto no art. 403 do CC, que estabelece, como regra inflexível, que o devedor só responde pelos danos diretos e imediatos" (REsp n. 1.553.790/PE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/10/2016, DJe de 9/11/2016).



Pelo que se constata dos autos, não foi possível identificar a ocorrência dos lucros cessantes. O que se deu foi dano hipotético de mera possibilidade, merecendo, portanto, a sentença, ser reformada.

Em razão disso, a segunda apelação fica prejudicada.

Pelo exposto, meu voto é no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido de lucros cessantes, invertendo-se o ônus da sucumbência, e julgar prejudicado o segundo recurso.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

ROSA MARIA CIRIGLIANO MANESCHY
Desembargadora Relatora