



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C LUCROS CESSANTES. DANO DIAGNOSTICADO EM MÁQUINA. CONCERTO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO “LOSS OF PROFITS”. INOBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO.

1- Lucros Cessantes: *As provas constantes nos autos não permitem aferir o lucro cessante experimentado pela autora, por conta da desventura do negócio jurídico entabulado com a ré. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o ‘loss of profits’ no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora.*

2- Dever de mitigar o próprio prejuízo: *a parte que invoca o revés financeiro derivado de infortúnio negocial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do evento danoso – standard de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial, e que não foi diagnosticado no agir da parte autora.*

3- Ônus de sucumbência: *por conta do decaimento da parte autora, cumpre redimensionar os ônus de sucumbência, à razão de 80 % (autora) e 20% (ré), no referente às custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, é de ser majorada a verba honorária fixada em valor que atenda ao comando estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. Verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora.*

4- Multa prevista no artigo 475-J e Fase de Cumprimento da Sentença: *considerando que ainda nem sequer encerrou a fase cognitiva, não é o momento processual para discorrer acerca do termo*



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

inicial da multa prevista no artigo 475-J, muito menos sobre os honorários da fase executiva. Excluídos da sentença os dispositivos atinentes à outra fase processual.

Apelo parcialmente provido.

APELAÇÃO CÍVEL

QUINTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70025609579

COMARCA DE PORTO ALEGRE

PRAKASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO
DE UTILIDADES DO LAR LTDA.

APELANTE

MERCOMÁQUINAS INDÚSTRIA
COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES
LTDA.

APELADA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LEO LIMA (PRESIDENTE) E DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO.**

Porto Alegre, 20 de maio de 2009.

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK,
Relator.



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK (RELATOR)

Inicialmente, a fim de evitar desnecessário exercício de tautologia, adoto o relatório da decisão atacada, “verbis”:

“PRAKASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE UTILIDADES DO LAR LTDA. ajuizou ação de indenização c/c lucros cessantes contra a MERCOMÁQUINAS INDÚSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., narrando que em 20/12/05, adquiriu da empresa ré uma máquina de eletroerosão, marca D Minelli, com digital, no valor de R\$ 12.500,00, que, no dia da entrega, já não operava, devido a alegado problema elétrico; após diversas tratativas com a ré, foi enviado um técnico, que constatou que não se tratava de “problema elétrico”, e sim hidráulico.

Assim, a máquina foi vendida e entregue sem condições de uso, somente tendo havido o conserto em 20/02/06, sendo que, após várias negociações, foi adquirida outra máquina, mais cara, com a devolução de todas as despesas, ao seu exclusivo encargo.

Afirmou que a ré sabia ter vendido uma máquina sem condições de uso, agindo com culpa e dolo, respondendo, assim, nos termos do artigo 236 do Código Civil, pois desconhecia a existência do vício oculto.

Desta forma, desde a aquisição da máquina, em 20/12/05, até a data da devolução, com a conseqüente compra de outro equipamento, em 28/04/06, ou seja, quatro meses, a máquina ficou parada na empresa, o que lhe acarretou enorme prejuízo.

Por isso, pleiteou indenização por lucros cessantes, em que o menor orçamento trazido aos autos aponta o valor hora de R\$ 35,00, o que, aplicado ao período compreendido entre 20/12/05 e 28/04/06, corresponde a 848 horas paradas, importa a quantia de R\$ 25.440,00.

Fundamentando sua pretensão nos artigos 186, 389 e 402 do Código Civil, pediu a procedência da ação, a fim de condenar a ré ao pagamento dos lucros cessantes, correspondentes à quantia de R\$ 25.440,00, somada às despesas efetuadas na compra de outra máquina, de R\$ 3.100,00, mais as despesas



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

de frete, de R\$ 100,00, e a assistência técnica de R\$ 346,70. À causa, deu o valor de R\$ 28.986,70. Juntou documentos, fls. 10/32.

Citada, a requerida contestou, relatando atuar no mercado há mais de 13 anos, sendo que todas as máquinas comercializadas, apesar de usadas e vendidas no estado em que se encontram, são revisadas e colocadas à disposição dos clientes.

Salientou que em função do tipo e complexidade do equipamento, faz-se necessária mão-de-obra especializada para operá-lo, bem como que seja instalada e testada no lugar onde efetivamente irá operar, o que foge à sua responsabilidade.

Confirmou ter vendido para a autora uma “máquina de eletroerosão, marca diminelli, com digital, máquina usada, no estado em que se encontra, sem número de série” em 20/12/05, com cerca de 40 anos de vida, razão do preço ofertado de R\$ 12.500,00, tendo sido livre a escolha da autora, visto que possuía, em estoque, outras máquinas semelhantes, que foram rejeitadas, em função do preço mais elevado.

Mencionou que a compra foi realizada em 20/12/05, após o que entrou em férias coletivas, retornando às atividades normais em 10/01/06, quando foi contatada pela autora, que informou a máquina necessitar de revisão, pois estava com dificuldades de operar o equipamento.

Posteriormente, contatou a empresa especializada, ADVM – Comércio e Assistência Técnica Ltda., tendo informado, em 16/01/06, que o problema era na “servo-válvula”, dando como solução a sua retirada e envio para conserto.

Desta forma, comunicou a autora que o conserto somente poderia ser efetuado na cidade de São Paulo, possibilidade afastada pela autora, a qual solicitou fossem suspensos os vencimentos dos títulos, no que foi atendida, tendo providenciado o conserto, arcando com todas as despesas inerentes, que importaram em R\$ 1.543,00.

Assim, em 20/02/06, a referida “servo-válvula” foi recolocada, tendo assumido, integralmente, as despesas com relação aos consertos e manutenções, totalizando R\$ 4.120,24, ou seja, 33% do valor da venda da referida máquina.

Contudo, a autora, ainda assim, não conseguiu utilizar o equipamento a contento, ficando claro que não



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

possuía, em seus quadros, funcionário especializado e capacitado para tanto, razão pela qual, acompanhado do ex-proprietário da máquina, dirigiu-se até a empresa autora, a fim de explicar o seu funcionamento, onde restou demonstrado que a máquina estava em condições de operação, faltando pessoal capacitado para operá-la, acreditando que a falha ocorrida máquina foi devido à sua má utilização.

Na seqüência, a autora pediu a devolução do equipamento, pois desejava adquirir um mais moderno, e de fácil utilização, aproveitando os títulos do primeiro negócio; desta forma, adquiriu um equipamento mais novo, da marca ENGEMAC, tendo sido de comum acordo, mediante pagamento da diferença de R\$ 3.300,00, forma de a autora se ver ressarcida de eventual prejuízo.

Impugnou a pretensão de lucros cessantes, até porque o valor cobrado por um prestador de serviço não é o mesmo de quem possui o equipamento para trabalhar, visto que neste valor, está agregado o custo dos materiais empregados, funcionários e operadores, despesas administrativas e operacionais, custos fixos e outros, além da margem de lucro.

Além disso, é praticamente impossível que tal equipamento funcionasse de forma ininterrupta, durante 848 horas.

Já, o reembolso da assistência técnica, no valor de R\$ 346,70, diz com falha na utilização do equipamento, e que foi ocasionada pela própria autora, a qual inclusive pagou, e nada comentou-lhe acerca do ocorrido. De igual forma, indevido e ilegal o pedido de ressarcimento das despesas efetuadas na compra de outra máquina, no valor de R\$ 3.100,00.

Por fim, pugnou pela improcedência da ação, juntando os documentos das fls. 42/51.

A autora replicou.

Durante a instrução, infrutífera a tentativa conciliatória (fl. 82), foi colhido o depoimento pessoal do representante da autora (fls. 88/93) e da requerida (fls. 94/98), bem como inquiridas as testemunhas arroladas pelas partes (fls. 99/102, 103/105, 106/108 e 109/111), sendo uma testemunha ouvida por carta precatória (fls. 155/156).

Por determinação, trouxe a autora cópia de seus balancetes mensais (fls. 113/144).



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

Encerrada a instrução, manifestaram-se os litigantes, através de memoriais escritos, iniciando-se pela autora (fls.161/186) e depois pela ré (fls. 188/193).

Ainda, juntou a autora o documento da fl. 195, do que teve ciência a parte ré (fl. 198)".

Sobreveio sentença, com o seguinte dispositivo:

"ISSO POSTO, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente AÇÃO INDENIZATÓRIA, e CONDENO a parte ré a ressarcir a autora dos valores de R\$ 346,70 e R\$ 100,00, corrigidos, pelo IGP-M, desde o efetivo desembolso, mais juros de 12% ao ano, desde a citação.

Outrossim, diante do pequeno decaimento no pedido pela ré, CONDENO apenas a autora a arcar com as custas processuais, bem como a pagar honorários advocatícios ao patrono da ré, que vão fixados em 20% sobre a soma que decaiu no pedido, observado o valor da causa, corrigido, pelo IGPM, desde o ajuizamento, forte no artigo 20, § 4.º, do Código de Processo Civil.

Na forma do artigo 475 "J", "caput", do Código de Processo Civil, intime-se, pessoalmente, a parte sucumbente, para, no prazo de 15 (quinze) dias, efetuar o depósito do valor a que foi condenada, sob pena de incidência da multa de 10%, prosseguindo-se na forma preconizada ao cumprimento da sentença, consoante artigo 475 "I" e seguintes do Código de Processo Civil".

Irresignada, apela a autora (fls. 209/229), argüindo, em síntese, a reforma da decisão, ao efeito de ver a ré condenada ao pagamento de indenização por lucros cessantes. Ainda, requer a análise e revisão da distribuição dos ônus de sucumbência, fixando-se honorários ao patrono da autora e redimensionando-se, de forma equitativa, os honorários destinados ao patrono da ré. Por fim, requer a reforma quanto à determinação de imediato pagamento do valor da sucumbência. Requer o provimento do apelo.

Vieram aos autos as contra-razões (fls. 233/241).



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

VOTOS

DES. UMBERTO GUASPARI SUDBRACK (RELATOR)

Adianto que o apelo merece parcial provimento.

Compulsando os autos em apreço, tenho que o cerne da disputa repousa em aferir se a partir da análise das provas constantes nos autos é possível aferir a plausibilidade do pleito do autor, cujo teor cinge-se à indenização por lucros cessantes, derivada de desventura negocial entabulada com a ré.

Inicialmente, inconteste é o laço negocial que ata autora e ré, traduzido na aquisição, pela autora, de máquina usada de eletroerosão (fl. 18, 89, 94). Igualmente insofismável que houve o dispêndio de valores para o conserto do equipamento, sem êxito. Tanto é assim que a ré efetuou o pagamento de reparos subseqüentes no equipamento, além de aceitar a devolução do produto, o que, *ipso facto*, demonstra o reconhecimento do vício diagnosticado no produto. Portanto, irretocável a condenação da ré, na sentença (fls. 199/207), a ressarcir os valores empregados pela autora, no afã de proceder aos consertos inaugurais do equipamento.

Passemos ao ponto nevrálgico da disputa.

A parte autora postula a auferição do que deixou de ganhar com a inatividade da máquina adquirida.

A indenização por lucros cessantes reclama a sinalização de provas hábeis, a auxiliar na apuração de valor nominal não alcançado pela autora, por força de desventura negocial entabulada com a ré.

Em que pese a juntada aos autos de orçamentos de empresas prestadora de serviços de eletroerosão, demonstrando que o valor-hora para



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

o serviço da referida máquina alcança o valor médio de R\$ 35 a 40,00 (fl. 27; 29), somado à análise da prova oral (fls. 88/111; 155/156), tenho que a irresignação não merece guarida. Vejamos.

O pleito da autora se sustenta na alegação de que a máquina adquirida ficou parada entre 20/12/05 a 28/4/06, de modo a totalizar 848 horas de inatividade. Multiplicando o valor de horas pela média de R\$ 35,00/hora, alcança-se o montante de R\$ 25.440,00. Verifico, contudo, que o cálculo não merece prosperar.

Inicialmente, não se pode afirmar que a máquina adquirida produziria o que fora alegado, tendo em conta que o seu natural desgaste (30 a 35 anos) obstaculizaria o rendimento na totalidade de horas postuladas, de sorte a não agregar o valor postulado ao faturamento da empresa autora. Logo, se havia necessidade premente de aquisição da máquina, tenho que a autora inobservou o standard do agir negocial.

Ora, a esse respeito, é imperioso suscitar o conceito do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, derivado da família jurídica anglo-saxônica, e recepcionado no Brasil como Enunciado nº 169, do Conselho de Justiça Federal (In: *Jornada de Direito Civil. Organização Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007*), de autoria da jurista VÉRA JACOB DE FRADERA, “verbis”:

“Enunciado 169 – Art. 422 CCB: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

O enunciado encontra inspiração, funcionalidade e legitimidade no sopro de *Common Law* do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980¹, sobre venda internacional de mercadorias, no sentido de que a parte que

¹ No original: “A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.”



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

invoca o revés derivado de desventura comercial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do infortúnio.

A leitura do dispositivo não deixa dúvidas acerca do ônus incumbido à parte que sofreu o dano: agir de forma razoável, dentro da realidade circundante, de modo a mitigar o prejuízo. Ou seja, impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado.

Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o *loss of profits* no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora.

Por fim, malgrado as alegações do autor, no sentido de demonstrar seu reconhecimento, experiência e prestígio no ramo comercial, vê-se que competia ao autor se acautelar no referente à contratação de equipamentos para sua produção, a fim de evitar a superveniência de quaisquer máculas na defesa de seus interesses – *standard* de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho comercial.

Pelas razões acima delineadas, não merece provimento o apelo da autora no ponto.

No referente ao pleito de exclusão da multa do art. 475-J do CPC, cumulado com o redimensionamento dos ônus sucumbenciais, tenho que melhor sorte assiste à autora.



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

Inicialmente, no que pertine à multa prevista no artigo 475-J do CPC e aos honorários advocatícios da fase de cumprimento da sentença, levando em conta que ainda não houve o trânsito em julgado da decisão que encerra o processo de cognição, nem sequer execução provisória, entendo que, a sentença não é o momento processual adequado para a fixação de tais ônus.

Ora, a finalidade da sanção contida no art. 475-J do Código de Processo Civil é eminentemente coercitiva, ou seja, visa a compelir o devedor ao efetivo cumprimento da condenação que lhe foi judicialmente imposta. Instado o devedor a pagar, não o fazendo no prazo fixado, responderá pelo acréscimo na condenação, bastando, para tanto, que a ciência tenha sido dada ao advogado constituído.

Quanto ao ônus de sucumbência, entendo que merece prosperar o pleito pelo seu redimensionamento, de forma equitativa e coerente.

Em face do decaimento da parte autora, cumpre redimensionar os ônus de sucumbência, fixando-se o pagamento das custas processuais à razão de 80 % (autora) e 20% (ré). Quanto aos honorários advocatícios, é de ser recalculada a verba honorária fixada, em valor que atenda ao comando legal estabelecido nos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. Isso porque, o zelo e o labor empregados pelos procuradores devem ser simetricamente sopesados no cálculo da verba honorária. Portanto, em face do valor irrisório da condenação e, em cotejo com as razões acima delineadas, fixo os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora.

Por fim, entendo cabível, em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a compensação da verba honorária. Viável a compensação dos honorários advocatícios nos termos da Súmula 306 do STJ.



UGS
Nº 70025609579
2008/CÍVEL

Ante tais comemorativos, dou provimento, em parte, ao apelo, para o fim de: (i) redimensionar o ônus de sucumbência, fixando o pagamento das custas processuais, à razão de 80 % (autora) e 20% (ré) e honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora; e (ii) excluir do dispositivo sentencial a parte atinente à multa prevista no artigo 475-J do CPC e dos honorários advocatícios da fase executória, mantidos os ônus sucumbenciais da fase cognitiva.

No que se refere aos artigos invocados pelas partes, dou-os por prequestionados, com a finalidade de evitar eventual oposição de embargos declaratórios tão-somente para este fim.

DES. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO (REVISOR) - De acordo.

DES. LEO LIMA (PRESIDENTE) - De acordo.

DES. LEO LIMA - Presidente - Apelação Cível nº 70025609579, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME"

Julgador(a) de 1º Grau: NARA ELENA SOARES BATISTA