

CLASSIFICAÇÃO E REGIME DOS DANOS POR DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

CLASSIFICATION AND LEGAL REGIME OF THE DAMAGES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS

Flávio Henrique Silva Ferreira *

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivos, em primeiro lugar, identificar os tipos de danos patrimoniais cuja indenização é permitida ao credor na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor e, em segundo lugar, elucidar aspectos do seu complexo regime jurídico. Elaboramos o argumento de que existem diferentes tipos de danos emergentes, cuja indenização é regida por um complexo conjunto de normas não explicitamente elaboradas pelo legislador. Buscamos identificar os tipos de danos patrimoniais indenizáveis e o seu regime jurídico a partir de uma análise comparativa da jurisprudência brasileira e estrangeira, com significativo destaque para a jurisprudência estrangeira.

Palavras-chave: inadimplemento do contrato; danos emergentes; lucros cessantes.

ABSTRACT: The paper has as its aims, first, to identify the kinds of patrimonial damages whose indemnification the promisee is allowed to claim for breach of contract by the promisor and, second, to elucidate the features of its complex legal regime. We argue that there are different kinds of damages (*damnum emergens*), the indemnification of which is governed by a complex set of norms that have not been explicitly written by the legislator. We seek to identify the existing kinds of indemnifiable patrimonial damages and their legal regime through a comparative analysis of the case law produced by Brazilian and foreign courts, with significant emphasis on the latter.

Keywords: breach of contract; *damnum emergens*; *lucrum cessans*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. **Parte I – danos pela expectativa: os tipos de danos e as normas aplicáveis.** 2. Danos cabíveis ao credor alienante. 2.1. Perda resultante da realização de uma transação substituta: elevadas chances de que a prestação oferecida pelo credor alienante seja revendida. 2.2. Perda do lucro (objetivo) esperado com o recebimento da prestação alheia: poucas chances de que a prestação oferecida pelo credor alienante seja revendida. 2.3. Constelação de problemas especiais: custo variável de cumprimento divergente, inadimplemento antecipado, perda do volume de vendas, expectativa quanto à duração do contrato. 3. Danos cabíveis ao credor adquirente. 3.1. Perda resultante de uma transação substituta. 3.2. Lucros cessantes 3.2.1. Momento do tempo relevante para a projeção da média dos lucros cessantes. 3.2.2. Negócios novos, custo de oportunidade e investimentos alternativos. 3.2.3. Período de indenização dos lucros cessantes: bens de capital não consumíveis. 3.2.4. Período de indenização dos lucros cessantes: bens de capital consumíveis. 3.2.5. Período de indenização dos lucros cessantes: contratos de fornecimento com duração determinada. 3.3. Custo de complementação e custo de reparo. 3.4. Perda com a diminuição do valor da prestação. 4. Outros danos cuja indenização normalmente é cabível tanto ao alienante quanto ao adquirente. 5. Danos resultantes da privação do uso do dinheiro: ambiguidade quanto à sua caracterização. 6. *Mora creditoris*, inadimplemento do credor e indenização cabível ao devedor. **Parte II – Interação entre os tipos de danos patrimoniais indenizáveis.** 7. Transação substituta ou custo de complementação, custo de reparo e indenização pela diminuição do valor da prestação. 8. Transação substituta ao invés de lucro esperado com o recebimento da prestação. 8.1. A

* Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001), mestrado e doutorado em Direito, (2004) e (2009) respectivamente, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora, atuando principalmente nos seguintes temas: fundamentos econômicos do direito privado (contratos, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, propriedade), história do direito privado e direito privado comparado. E-mail: flaviohsf@hotmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7120-556X>

norma padrão. 8.2. Constelações de problemas especiais: transação substituta que não cobre todo o período de tempo em que perdurou o inadimplemento ou que excede tal período de tempo. 9. Credor adquirente que age como intermediário. 10. Custo de reparo ou diminuição do valor de mercado da prestação. 11. Indenização dos danos com a transação substituta/conserto da prestação embutida na indenização dos lucros cessantes. 12. Lucro cessante/danos emergentes da privação do dinheiro ou juros. **Parte III – Tópicos diversos.** 13. Indenização com base na proteção do interesse negativo. 14. Nexos de causalidade entre o inadimplemento e o dano. 15. O dever de mitigar o dano. 15.1. Consequências do inadimplemento do dever. 15.2. Circunstâncias em que inexistente o dever. 15.3. Indenização suplementar na hipótese de mitigação. 15.4. Mitigação dos danos e período dos lucros cessantes indenizáveis. 16. Redução da indenização em caso de danos exorbitantes. 17. Indenização pré-fixada por cláusula contratual. 18. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivos, em primeiro lugar, identificar os tipos de danos patrimoniais cuja indenização é permitida ao credor na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor e, em segundo lugar, elucidar aspectos do seu complexo regime jurídico. Elaboramos o argumento de que existem diferentes tipos de danos emergentes, cuja indenização é regida por um complexo conjunto de normas não explicitamente elaboradas pelo legislador. Assim, legislações como a brasileira, que apenas distinguem as categorias dos danos emergentes e dos lucros cessantes, sem fornecer maiores detalhes, deixam diversas lacunas sobre o assunto. Isso gera consequências negativas, tais como uma maior incerteza a respeito de qual é o direito efetivamente vigente. Buscamos identificar os tipos de danos patrimoniais indenizáveis e o seu regime jurídico a partir de uma análise comparativa da jurisprudência brasileira e estrangeira, com significativo destaque para a jurisprudência estrangeira. Em certas ocasiões, elaboramos alguns casos hipotéticos para ilustrar os argumentos (a maioria desses casos hipotéticos foi tomada de empréstimo da obra do jurista Melvin Aron Eisenberg). O trabalho é dividido em três partes.

Na primeira parte do trabalho, procuramos mostrar quais são os tipos de danos emergentes e lucros cessantes cuja indenização é permitida sob o ponto de vista da proteção do denominado interesse positivo (indenização pela expectativa do credor), bem como analisamos aspectos do seu regime jurídico. Entre os referidos danos emergentes estão, por exemplo, a perda resultante da realização de uma transação substituta; a perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia (que não se confunde com os lucros cessantes, que é o prejuízo resultante da incapacidade de fazer um uso produtivo da prestação alheia); a perda relativa ao custo de complementação e ao custo de reparo da prestação alheia; a perda com a diminuição do valor da prestação alheia; a perda resultante das despesas com o recebimento da prestação alheia; a perda que resulta do fato de o credor ter conferido uma prestação para a outra parte que não pode ser restituída; a perda sofrida pelo credor com a cobrança judicial ou extrajudicial da prestação devida pelo devedor; bem como os prejuízos atípicos sofridos pelo credor com o inadimplemento do devedor.

O regime jurídico da indenização desses diferentes tipos de danos é bastante complexo e será ilustrado por meio de casos que foram efetivamente litigados no Brasil e no

exterior, bem como casos hipotéticos sugeridos pela doutrina.

Na segunda parte do trabalho, procuramos mostrar como se dão as interações entre aqueles diferentes tipos de danos emergentes e lucros cessantes previamente identificados (se eles podem ser cumulados, se o credor tem o direito de escolher entre eles, se o ordenamento jurídico estabelece a prioridade da indenização de uns sobre outros em determinadas circunstâncias, entre outras questões relevantes).

Na terceira parte do trabalho, abordamos tópicos complementares, tais como as situações em que cabe a indenização para a proteção do interesse negativo (indenização pela confiança); problemas conectados com a incerteza quanto ao nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano; o dever de mitigação do dano e suas implicações; a questão da redução do montante da indenização que o devedor terá de pagar ao credor na hipótese de o referido credor ter sofrido danos extremamente elevados e, finalmente, a relevância da indenização pré-fixada por cláusula contratual.

PARTE I – DANOS PELA EXPECTATIVA: OS TIPOS DE DANOS E AS NORMAS APLICÁVEIS

É importante distinguir entre os danos tipicamente sofridos pelo credor alienante e os danos tipicamente sofridos pelo credor adquirente. Embora exista uma grande área de sobreposição (e embora não devamos encarar tal distinção como algo absoluto), a distinção aqui sugerida facilita bastante a compreensão das normas que podem ser inferidas dos casos litigados. O **credor alienante**, por exemplo, normalmente não pode escolher entre a cobrança da indenização pelo prejuízo sofrido com a realização de uma transação substituta e o prejuízo com a perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia.

Existem critérios que são utilizados pelo ordenamento para determinar quando o credor alienante tem de escolher entre a cobrança da indenização de um tipo de dano emergente em detrimento da cobrança da indenização do outro tipo. Por outro lado, em relação ao **credor adquirente**, ele normalmente não tem o direito de cobrar a indenização do lucro que ele esperava obter com o recebimento da prestação alheia; pois normalmente tal lucro não é um lucro objetivo que pode ser contabilizado, mas apenas o que os economistas denominam como *consumer surplus*, que é a satisfação subjetiva com o recebimento da prestação alheia, ou a diferença entre o que o credor adquirente está pagando pela prestação e o que ele estaria disposto a pagar.

Por sua vez, os lucros cessantes (prejuízos resultantes da incapacidade de fazer um uso produtivo da prestação alheia, que implica no uso da prestação alheia como um “bem de capital” no sentido da teoria econômica) são prejuízos tipicamente sofridos pelo credor adquirente. Veremos mais adiante que o problema da indenização dos lucros cessantes do credor alienante é normalmente solucionado através da permissão da cobrança de juros (já que a prestação devida ao credor alienante normalmente envolve uma soma de dinheiro).

2. DANOS CABÍVEIS AO CREDOR ALIENANTE

2.1. Perda resultante da realização de uma transação substituta: elevadas chances de que a prestação oferecida pelo credor alienante seja revendida

Caso 01: *Lazenby Garages Ltd. v. Wright [1976] 1 W.L.R. 459 (Ct. App.) (U.K.)*. Wright comprou um BMW usado de Lazenby, um vendedor de automóveis, pela quantia de £ 1.640. No entanto, o comprador mudou de ideia no dia seguinte. Lazenby manteve o carro no seu estande de vendas e, dois meses depois, vendeu o referido carro para outro comprador pelo preço de £ 1.700. Em seguida, Lazenby entrou com um processo na justiça contra Wright para cobrar o lucro que ele havia perdido no contrato inadimplido (£ 315), calculado com base na diferença entre o preço combinado de £ 1.640 e o valor pelo qual Lazenby havia adquirido o carro, £ 1.325. O tribunal britânico julgou improcedente o pedido. O principal motivo da improcedência do pedido é o fato de que o credor não sofreu prejuízos com o inadimplemento do devedor, por ter feito uma transação substituta, vendendo o bem para um terceiro por um preço mais elevado. Assim, o credor obteve não apenas o lucro inicialmente visado (£ 315), mas também um benefício superior ao que ele teria recebido no contrato inadimplido. Presumivelmente, o benefício adicional obtido pelo credor alienante com a transação substituta (£ 60), quando comparamos tal transação com o benefício que o credor alienante iria receber com base no contrato inadimplido, foi suficiente para compensar os prejuízos sofridos por Lazenby com o atraso de dois meses no recebimento da quantia de dinheiro que lhe era devida pelo comprador inadimplente. Por outro lado, se o credor – Lazenby – tivesse revendido o BMW usado por um preço mais baixo do que aquele combinado com o devedor inadimplente (ou seja, inferior a £ 1.640), ele teria o direito de cobrar indenização pela diferença entre o preço da transação substituta e o preço combinado no contrato inadimplido. Ele poderia cumular a cobrança da indenização desse prejuízo (perda com a realização da transação substituta) com a cobrança da indenização de outros prejuízos (como a perda com o atraso no recebimento do preço e a perda com eventuais cobranças extrajudiciais do preço devido pelo devedor inadimplente). Suponha, agora, que o credor ainda não tivesse encontrado um novo comprador para o carro. Em tal caso, ele poderia cobrar uma indenização pela diferença entre o preço combinado no contrato inadimplido e o valor de venda que ele iria, *em média*, conseguir obter com a realização de uma transação substituta. O momento do tempo que seria relevante para a mensuração do *valor médio* de venda do veículo e, portanto, para a mensuração do prejuízo resultante da realização de uma transação substituta seria a data em que o contrato pudesse ser resolvido pelo credor alienante. A partir dessa data, o credor teria condições de tomar providências para revender o veículo para um terceiro, devendo arcar com os riscos de alteração do valor de mercado do referido veículo caso decidisse postergar a realização de uma transação substituta indefinidamente. Daí a importância do estabelecimento de um mecanismo de obtenção

da resolução do contrato de forma rápida¹ e extrajudicial, como parece ser o mecanismo estabelecido na legislação brasileira, apesar das controvérsias sobre o assunto.² E quanto à cobrança do lucro que ele perdeu no contrato inadimplido? O credor também poderia optar por tal critério para calcular o montante da indenização que lhe seria devida, na hipótese de ainda não ter realizado qualquer transação substituta? Parece-me que não, por dois motivos: em primeiro lugar, a probabilidade de o credor conseguir realizar uma transação substituta no futuro, revendendo o carro usado, é extremamente elevada; em segundo lugar, a oferta de bens pelo vendedor de carros usados é limitada, o inadimplemento de um cliente é o que permite ao vendedor oferecer o mesmo bem para outro cliente. Logo, não há perda do volume de vendas, como ocorre com o vendedor de bens fungíveis produzidos em massa. Lazenby não poderia ter vendido o mesmo modelo de carro para um terceiro se Wright tivesse cumprido o contrato. Por tais motivos, existindo a possibilidade de realização de uma transação substituta, não resta opção ao credor alienante senão cobrar a indenização com base no critério da perda resultante da realização de tal transação substituta (concreta ou hipotética), não podendo escolher o critério da perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia. Em princípio, salvo na hipótese de realização de uma transação substituta concreta mais vantajosa, devemos dar preferência ao critério da transação substituta que deveria ser idealmente realizada (transação substituta hipotética) como o critério para a mensuração do dano. Entretanto, desde que a transação substituta efetivamente realizada (transação substituta concreta) não difira substancialmente daquela que deveria ter sido idealmente realizada, e desde que o credor estivesse agindo de boa-fé e tenha realizado uma pesquisa razoável antes de efetuar a transação, então o dano poderá ser mensurado de acordo com a diferença entre o preço combinado em tal transação e o preço combinado no contrato inadimplido.

2.2. Perda do lucro (objetivo) esperado com o recebimento da prestação alheia: poucas chances de que a prestação oferecida pelo credor alienante seja revendida

Caso 02: *Snelling v. Dine, 270 Mass. 501, 170 N.E. 403 (Mass. 1930)*. Um comerciante (comprador) encomendou 50 refrigeradores customizados, a serem fabricados por uma empresa (vendedora) especializada na construção desse tipo de equipamento. Observe-se que a fabricação dos refrigeradores era feita apenas sob demanda. Não havia uma produção para venda sem uma prévia encomenda. Ficou combinado entre as partes que o pagamento do

¹ Existe uma tendência internacional para a adoção de prazos curtos para o exercício do remédio da resolução do contrato. O credor não pode demorar muito para exercer a resolução, após tomar conhecimento do inadimplemento do devedor, sob pena de perder o seu direito de resolver o contrato. Cf. FLESSNER, Axel. Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, p. 255-320, 1997 (especialmente a partir da p. 307). Entretanto, mesmo que o direito de resolver o contrato tenha sido extinguido, existem circunstâncias (como o inadimplemento continuado, um novo inadimplemento, etc.) que permitem o renascimento do referido direito. Para maiores detalhes, cf. CARTER, J. W. *Carter's breach of contract*. 2ª ed. Oxford: Hart, 2019, p. 545-557.

² Cf. NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 506-518 (demonstrando como a legislação brasileira adotou um mecanismo de resolução extrajudicial, mesmo quando não há uma cláusula resolutiva expressa).

preço de cada um daqueles refrigeradores, no valor de \$100 por unidade, seria feito na data da entrega de cada unidade. A fabricante vendedora tinha todas as peças e acessórios necessários para a montagem dos 50 refrigeradores. Após a construção de 10 refrigeradores, a vendedora notificou o comprador para informá-lo sobre a disponibilidade de entrega daquelas unidades. O comprador concordou em receber apenas 7 unidades, pagando o seu preço. O comprador se recusou a receber e a pagar pelas outras 3 unidades já fabricadas, bem como anunciou a sua intenção de não receber e pagar pelas outras 40 unidades que ainda precisavam ser construídas. A vendedora então revendeu os 3 refrigeradores já fabricados para terceiros por um preço mais barato do que o preço que havia sido combinado no contrato inadimplido, sofrendo uma perda com a realização dessa transação substituta. Além da indenização desse dano, a vendedora também exigiu a indenização da perda do lucro que ela iria obter no contrato inadimplido com a venda dos 40 refrigeradores restantes. Tal lucro era representado pela diferença entre o preço de venda daquelas 40 unidades e o seu custo variável de construção. Por sua vez, nas circunstâncias do caso concreto, foram considerados como elementos desse custo o valor das peças e acessórios necessários para a fabricação dos 40 refrigeradores restantes; acrescido das despesas relacionadas ao trabalho de montagem. Em suma, o custo de fabricação consistia no material e na mão de obra necessários para a montagem dos refrigeradores. De acordo com a opinião do tribunal, a credora vendedora não poderia cobrar indenização dos danos sofridos com a perda da oportunidade de alienar aquelas 40 unidades para o devedor inadimplente com base na fórmula da transação substituta pelos seguintes motivos:

A vendedora não tinha nenhuma obrigação de continuar, para o benefício do comprador, a construir os refrigeradores, gastar dinheiro na sua montagem, e assumir o risco conectado com a descoberta de um mercado para eles. Além disso, a vendedora tinha a obrigação de mitigar os seus danos, se abstendo de montar as partes e completar os refrigeradores, após ter sido informada a respeito da recusa do comprador em adquiri-los.

Em suma, o tribunal considerou que não era razoável exigir da vendedora a realização de uma transação substituta (por meio da fabricação e venda para terceiros dos refrigeradores que ainda não haviam sido fabricados) como um mecanismo para a aferição do montante do prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato por parte do devedor. Neste caso específico, o critério mais razoável para a aferição do dano era o da perda do lucro que a alienante esperava obter com o recebimento da prestação devida pelo comprador. Tal lucro era a diferença entre o preço de venda dos refrigeradores e o seu custo estimado de produção (isto é, a estimativa do custo variável³ total que o credor teria de incorrer para cumprir as suas próprias obrigações, mesmo que tal credor ainda não tivesse efetivamente incorrido naquele custo

³ O **custo fixo** que é incorrido pelo credor independentemente do cumprimento da prestação por ele devida – como, por exemplo, o aluguel do imóvel onde está localizada a fábrica – deve ser ignorado. Somente o **custo variável** do credor é levado em consideração para o cálculo do lucro que ele teria obtido caso o devedor tivesse cumprido adequadamente o contrato. Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *Foundational principles of contract law*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 202-204.

variável em sua integralidade na data do inadimplemento do contrato por parte do devedor). Além do dano representado pela perda do lucro, é necessário acrescentar ao montante da indenização devida pelo devedor inadimplente os eventuais custos variáveis de produção já incorridos pelo credor até a data do inadimplemento do referido devedor. Caso tais custos não fossem incluídos na indenização, o credor não iria gozar o montante exato do lucro que ele esperava obter por meio do contrato inadimplido. No caso litigado, tais custos seriam aqueles referentes à aquisição das peças e acessórios para a fabricação dos 40 refrigeradores restantes. Entretanto, é necessário impor um teto ao montante dessa indenização (lucro mais custos já incorridos). Tal indenização não pode ultrapassar o preço que foi combinado no contrato inadimplido, sob pena de colocar o credor numa posição melhor do que aquela em que ele estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido pelo devedor. Se os custos de produção do credor são tão elevados a ponto de ultrapassar o preço que ele teria direito de receber, isso significa que ele fez um mal negócio e deve suportar o risco das suas escolhas. Por outro lado, tal teto não é aplicável a outros tipos de danos emergentes (danos pelo atraso no recebimento do preço, danos atípicos, etc.) ou aos lucros cessantes. Além disso, é importante ressaltar que, em determinadas situações, é necessário abater do montante da indenização devida pelo devedor eventual enriquecimento obtido pelo credor como efeito colateral das tarefas que ele realizou no cumprimento das suas próprias obrigações. Nas circunstâncias do caso litigado, a credora alienante conseguiu revender para terceiros aquelas peças e acessórios que não foram utilizados para a fabricação dos 40 refrigeradores restantes. Por isso, o enriquecimento gerado para a credora alienante por tais vendas foi utilizado para reduzir o montante da indenização devida pelo devedor inadimplente. Assim, a indenização deve ser reduzida na medida do enriquecimento obtido pelo credor em virtude do inadimplemento do devedor. Finalmente, é importante destacar o fato de que a cobrança da indenização com base no critério da perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia somente é admitida nos casos em que a realização de uma transação substituta é inviável, extremamente onerosa ou improvável. A fórmula padrão, no caso do credor alienante, é a cobrança da indenização com base na perda sofrida com a realização de uma transação substituta. Além das hipóteses em que o bem alienado ainda tem de ser fabricado, como no caso concreto apresentado, a realização de uma transação substituta também pode ser inviável, extremamente onerosa ou improvável nos casos em que o bem alienado é perecível; ou nos casos em que o bem alienado é um serviço cuja execução somente poderia ter sido feita num determinado momento específico do passado, sendo impossível a sua venda para um terceiro no futuro como um substituto do contrato inadimplido pelo devedor.

2.3. Constelação de problemas especiais: custo variável de cumprimento divergente, inadimplemento antecipado, perda do volume de vendas, expectativa quanto à duração do contrato

Os casos apresentados anteriormente introduziram as fórmulas da perda resultante da realização de uma transação substituta e da perda do lucro que o credor esperava obter com o

recebimento da prestação alheia. Os próximos casos trazem alguns problemas e dificuldades relacionados à aplicação dessas fórmulas. Os casos 03 e 04 trazem algumas questões relevantes para a aplicação da fórmula da transação substituta. O caso 05 lida com problemas relacionados à fórmula da perda do lucro esperado. Por sua vez, o caso 06 lida com problemas que podem afetar o emprego de ambas as fórmulas.

Caso 03: **O encanador atarefado**. Determinado encanador, empresário individual, presta serviços hidráulicos. Ele trabalha sem folga e, por isso, frequentemente tem de recusar ofertas de trabalho. No dia 2 de janeiro, o encanador celebra um contrato para a realização de serviços hidráulicos em favor de **A**, pelo preço de 6.000. O serviço está programado para começar no dia 1º de fevereiro e tem duração prevista de duas semanas. No dia 30 de janeiro, **A** dispensa a realização do serviço. No dia 31 de janeiro, o encanador celebra um contrato com **B** para fazer serviços hidráulicos, pelo preço de 6.000. Este trabalho também está programado para começar no dia 1º de fevereiro e tem duração prevista de duas semanas. Não fosse o inadimplemento de **A**, o encanador não teria condições de aceitar a proposta de **B**. O custo de cumprimento do encanador para a realização do serviço em favor de **A** teria sido de 3.400. Por outro lado, o custo para a realização do serviço em favor de **B** era um pouco mais elevado: 3.500. O encanador entra com uma ação na justiça contra **A** cobrando o ressarcimento dos seus prejuízos. Qual foi o dano sofrido pelo encanador? Ele não teria sofrido nenhum dano, já que o preço combinado no contrato inadimplido era o mesmo preço que foi combinado na transação substituta (6.000)? Ou ele teria sofrido um dano no valor de 2.600, relativo à perda do lucro que ele teria tido no contrato inadimplido (6.000 menos 3.400 = 2.600)? Resposta: nenhuma das alternativas anteriores. O encanador sofreu, na verdade, um dano no valor de 100, que é a diferença entre o lucro que ele esperava obter no contrato inadimplido e o lucro que ele efetivamente obteve na transação substituta (2.600 menos 2.500 = 100).

Resumidamente: a perda do encanador não é medida pela diferença entre o preço combinado no contrato inadimplido e o preço combinado na transação substituta (6.000 – 6.000 = zero), nem é medida pelo lucro que ele teria obtido no contrato inadimplido (6.000 – 3.400 = 2.600), mas sim é medida pela diferença entre o lucro que ele teria obtido no contrato inadimplido e o lucro efetivamente obtido na transação substituta (2.600 – 2.500 = 100).

É importante ressaltar que, no caso do encanador, ainda estamos trabalhando com a fórmula da transação substituta e não com a fórmula do lucro esperado, porém – em virtude do fato de que o custo variável de cumprimento da prestação devida pelo credor no contrato inadimplido ser diferente de tal custo na transação substituta – temos de realizar uma modificação no método utilizado para contabilizar o dano: ao invés de realizarmos uma comparação dos preços combinados em ambos os contratos (inadimplido e transação substituta), realizamos uma comparação entre os lucros que seriam esperados em ambos os contratos (inadimplido e transação substituta). Portanto, o critério utilizado para mensurar o dano sofrido pelo credor nos casos 01 (Lazenby v. Wright) e 03 (encanador atarefado) não diferem substancialmente entre si, já que em ambos os casos utilizamos o critério da perda sofrida com a realização de uma transação substituta. A única diferença é o fato de que, no caso 01 (Lazenby

v. Wright), o custo variável de cumprimento da prestação devida pelo credor (entrega do carro) era o mesmo tanto para o devedor inadimplente quanto para o terceiro. Dessa forma, como o lucro esperado pelo credor no caso 01 era o mesmo nas duas situações (contrato inadimplido e transação substituta), o método utilizado para contabilizar a perda decorrente da realização da transação substituta era mais simples, apenas envolvendo uma comparação entre os preços respectivamente combinados. Por outro lado, no caso 03 (encanador atarefado), o método utilizado é um pouco mais complexo, envolvendo uma comparação entre os lucros que eram respectivamente esperados.

Caso 04: **Oloffson v. Coomer, 296 N.E.2d 871 (Ill. App. Ct. 1973)**. No dia 16 de abril de 1970, um fazendeiro (Coomer) celebrou um contrato de compra e venda de milho com um comerciante (Oloffson). O fazendeiro vendeu aproximadamente uma tonelada de milho,⁴ sendo que a primeira metade daquela tonelada deveria ter sido entregue até o dia 30 de outubro, e a segunda metade deveria ter sido entregue até o dia 15 de dezembro daquele ano. As partes combinaram o preço de \$1,12 (um dólar e doze centavos) por cada “bushel” de milho.⁵ O comerciante revendeu aquele milho, que ele ainda não tinha recebido, para um terceiro. Em 03 de junho de 1970, o fazendeiro avisou o comerciante de que ele não iria fazer a plantação do milho porque a estação havia sido muito chuvosa. Ao invés de tomar providências para resolver o contrato, com fundamento no inadimplemento antecipado do devedor, o comerciante credor optou por reafirmar – em diversas ocasiões – a sua intenção de exigir o cumprimento quando chegassem as datas de vencimento das obrigações do fazendeiro. Tais datas passaram sem que o devedor adimplisse o contrato. O credor teve de comprar milho no mercado para cumprir as suas obrigações perante o terceiro, a quem ele havia revendido o milho que deveria ter sido entregue pelo fazendeiro. O credor pagou no mercado a quantia de \$1,35 por “bushel” de milho para adquirir a metade de uma tonelada, e a quantia de \$1,49 por “bushel” de milho para adquirir a outra metade.⁶ O credor então ajuizou uma ação contra o fazendeiro para obter uma indenização do prejuízo que ele havia sofrido com o inadimplemento do devedor. Considerando-se que ele havia planejado pagar a quantia total de \$45.000 no contrato inadimplido pelo devedor;⁷ o dano alegadamente sofrido foi no montante \$11.800.⁸ Observe-se que a fórmula aqui utilizada é a mesma fórmula empregada no caso 01 (Lazenby v. Wright), que consiste na diferença entre o preço combinado no contrato inadimplido e o preço combinado na transação substituta, embora no caso 01 a parte prejudicada tenha sido o credor alienante e aqui no caso 04 a parte prejudicada é o credor adquirente. Tal diferença entre o papel das partes credoras

⁴ O contrato fixou a quantidade de milho em 40.000 “bushels”. Cada “bushel” equivale a um balde de aproximadamente 35 litros de capacidade, o que comporta aproximadamente 25,4 Kg de milho. Uma tonelada de milho equivale a aproximadamente 39.370 “bushels”.

⁵ De forma mais precisa: o preço da primeira metade, a ser entregue até o dia 30 de outubro, foi fixado em $1,12\frac{3}{4}$ por “bushel” (1,1275 dólares); enquanto o preço da segunda metade, a ser entregue até o dia 15 de dezembro, foi fixado em $1,12\frac{1}{4}$ por “bushel” (1,1225 dólares). Entretanto, essa diferença de preços pode ser ignorada porque a corte que decidiu o caso resolveu utilizar o preço mais baixo como parâmetro para o cálculo da indenização.

⁶ De forma mais precisa: 20.000 “bushels” por \$1,35 = \$27.000; 20.000 “bushels” por \$1,49 = 29.800. Total despendido = \$56.800.

⁷ $20.000 \times \$1,1275 = \22.550 ; $20.000 \times \$1,1225 = \22.450 . Total = \$45.000.

⁸ $\$56.800 - \$45.000 = \$11.800$.

(alienante ou adquirente) não afeta a fórmula básica utilizada para a aferição da perda resultante da realização de uma transação substituta. Entretanto, existe um fator que faz toda a diferença quando comparamos os dois casos: no caso 01, não houve inadimplemento antecipado por parte do devedor; enquanto no caso 04 houve tal inadimplemento antecipado.

Na ocasião em que o fazendeiro anunciou a sua intenção de descumprir o contrato (03 de junho de 1970), o vencimento das suas obrigações ainda se encontrava bem avançado no futuro (30 de outubro e 15 de dezembro de 1970). Isso significa que o credor ainda tinha ampla oportunidade de tomar providências para mitigar o seu dano. De fato, no dia 03 de junho de 1970, o preço do milho era o de \$1,16 por “bushel” para entrega futura, como bem observado pela corte que decidiu o caso. Existe uma diferença entre o preço atual para entrega à vista (“spot market”) e o preço atual para entrega futura. A corte observou que o credor tinha a obrigação de tomar providências para mitigar o seu dano através da celebração de um contrato, no próprio dia 03 de junho, para a realização da entrega do milho no futuro (outubro e dezembro de 1970). Em termos práticos, isso significa que o credor não pode exigir o cumprimento específico do contrato e deve buscar obter a sua resolução. Se o credor tivesse feito isso, então o montante do seu dano seria bem menor do que o dano que ele efetivamente sofreu. Ao invés de sofrer um dano de \$11.800, ele teria sofrido um dano de apenas \$1.500. A corte comparou o preço da transação substituta que o credor deveria ter realizado \$46.400,⁹ com o preço mais favorável ao referido credor no contrato inadimplido \$44.900,¹⁰ concedendo então uma indenização de \$1.500. Em suma, nas hipóteses de repúdio por parte do devedor, que configuram claramente um inadimplemento antecipado, o preço a ser levado em conta ao aplicarmos a fórmula da transação substituta é o preço que tal transação teria, na ocasião do repúdio (e, conseqüentemente, da resolução do contrato), com data de execução futura (data de vencimento que foi fixada no contrato inadimplido). Essa é uma solução equilibrada que atende aos interesses de ambas as partes. Esse ponto deve ser ressaltado por causa das alternativas que não iriam fornecer uma solução adequada: preço de uma transação substituta na ocasião do repúdio, com preço de execução atual (“spot market”); preço de uma transação substituta realizada após a data do vencimento da obrigação do devedor.

Caso 05: **A escola de yoga.** João é dono de uma escola de yoga, que oferece aulas de yoga em grupo. A matrícula em cada classe é limitada ao número máximo de 20 alunos e a classe será cancelada se menos de 12 alunos se matricularem. Os professores de yoga possuem contratos temporários de 1 ano de duração e as instalações da escola estão em um prédio alugado por João num contrato de locação de longo prazo. Elizabeth, uma engenheira elétrica, quer aprender a fazer yoga. No dia 2 de maio, Elizabeth celebra um contrato com João para fazer aulas de yoga que estão programadas para começar no dia 1º de julho. As referidas aulas têm uma duração de 2 horas por semana, durante o período de 20 semanas, com um preço de 800. Elizabeth faz a leitura de todas as cláusulas do contrato, mas não sabe nada sobre as normas jurídicas que regulam o direito de cobrar indenização. Até o dia 15 de junho, 16

⁹ 40.000 x \$1,16 = \$46.400.

¹⁰ 40.000 x \$1,1225 = \$44.900.

alunos haviam se matriculado nas aulas de yoga. No dia 16 de junho, Elizabeth muda de ideia e diz que não quer mais estar vinculada ao contrato. Depois disso, nenhum outro aluno se matriculou ou desistiu das aulas. João entra com uma ação na justiça contra Elizabeth para cobrar uma indenização no valor de 800, que era o lucro que ele esperava obter naquele contrato (preço menos custo variável de cumprimento). O custo fixo – representado pelo aluguel das instalações da escola, salário dos professores, entre outros gastos – já havia sido incorrido muito antes da matrícula de Elizabeth e dos outros alunos. E o custo variável, que representa o gasto com cada aluno adicional, é praticamente inexistente. O pedido de João na justiça deveria ser atendido? Não. Por dois motivos. Primeiro, o benefício conferido a Elizabeth pela matrícula antecipada (quer dizer, muito antes do início das aulas) era muito pequeno, pois era apenas a reserva de uma vaga. Segundo, o prejuízo sofrido por João em virtude do inadimplemento de Elizabeth era praticamente inexistente. Com ou sem o inadimplemento de Elizabeth, João teria incorrido nos mesmos gastos. Se Elizabeth soubesse que teria de pagar uma indenização tão elevada em caso de desistência, ela provavelmente não teria celebrado o contrato ou teria esperado até o último minuto para celebrar o referido contrato. O mesmo se aplica aos outros clientes de João. Logo, seria do interesse de João que o seu direito de cobrar indenização fosse restringido, pois só assim ele conseguiria atrair mais clientes.

Este caso hipotético mostra os problemas relacionados ao uso da fórmula da perda do lucro que o credor esperava obter com o recebimento da prestação alheia. Tal fórmula, no contexto do caso apresentado, acaba por conceder ao referido credor uma indenização cujo montante é manifestamente desproporcional ao prejuízo por ele efetivamente sofrido. O caso apresentado está inserido no contexto do que a literatura chama de problema do “alienante que perde volume de vendas” (“lost volume seller”).¹¹ Em síntese, estamos lidando com situações em que o credor tem condições de atender vários clientes ao mesmo tempo e não é o fato de ele ter sido exonerado do seu dever de cumprimento num contrato específico com o devedor inadimplente que viabiliza a realização de um novo contrato (como ocorreu, por exemplo, no caso 01, em que o inadimplemento de Wright é que permitiu a Lazenby fazer a venda do carro usado para um terceiro). Nas situações em que há a denominada “perda do volume de vendas”, é difícil ou inviável a aplicação da fórmula da perda resultante da realização de uma transação substituta. Por sua vez, a fórmula da perda do lucro esperado não produz um resultado adequado. Em termos ideais, a indenização deveria ser reduzida para refletir o prejuízo real do credor, que normalmente envolve pequenas perturbações no planejamento das suas atividades produtivas. Entre os fatores que o juiz deveria levar em consideração ao tomar a decisão de conceder (ou não) indenização ao credor – bem como a decisão relativa ao montante a ser indenizado – estão os seguintes: se o benefício auferido pelo devedor com a vinculação jurídica do credor (reserva antecipada da oportunidade de aquisição de um bem ou serviço) é significativo ou diminuto quando em comparação com o montante do dano a ser indenizado; se o inadimplemento do devedor altera (ou não) significativamente o planejamento e estruturação das

¹¹ GOLDBERG, Victor P. An economic analysis of the lost-volume retail seller. *Southern California Law Review*, 57, p. 283-298, 1984.

atividades produtivas do credor e se tal inadimplemento traz (ou não) significativos custos de oportunidade ao credor.

Caso 06: **Golden Straight Corp. v. Nippon Yusen Kubishika Kaisha (The Golden Victory) [2007] UKHL 12**. Em 10 de julho de 1998, a Golden Straight Corporation alugou o seu navio petroleiro “Golden Victory” para a Nippon Yusen Kubishika Kaisha. O contrato em questão era um contrato de locação com duração determinada, por um período de 7 anos, com opção conferida à locatária de encurtar ou prolongar o referido termo por um período de um mês. Foi fixado um valor de aluguel mínimo diário, com projeção de aumento durante aqueles 7 anos, mas sujeito a uma redução se os valores médios de locação praticados no mercado diminuíssem além de determinado patamar. A proprietária, além do valor de aluguel mínimo diário anteriormente mencionado, também iria receber uma parcela dos lucros percebidos pela locatária em suas atividades comerciais com o navio petroleiro durante o período de locação. A cláusula 33 do contrato estipulou que ambas as partes, proprietária e locatária, teriam o direito de desfazer unilateralmente o contrato na hipótese de ocorrência de uma guerra que incluísse, entre outros, dois ou mais de dois dos seguintes países: Estados Unidos, Reino Unido e Iraque. Em 14 de dezembro de 2001, a locatária repudiou o contrato e devolveu o navio para a proprietária, que – por sua vez – desistiu de exigir o cumprimento do contrato três dias depois do repúdio (17 de dezembro). De acordo com o direito anglo-americano, uma vez que o credor aceita o repúdio, desistindo de insistir no cumprimento, o contrato é automaticamente resolvido na data da aceitação do repúdio.¹² O repúdio, nas circunstâncias do caso concreto, era considerado uma hipótese de inadimplemento do contrato, já que a locatária não tinha o direito de desfazer tal contrato (não havia ocorrido excessiva onerosidade, não havia surgido uma guerra entre os países mencionados na cláusula 33, etc.).

Na data da resolução, ainda faltavam quase 4 anos até o decurso do termo de 7 anos inicialmente fixado. Por causa disso, a proprietária cobrou da locatária uma indenização pelos danos sofridos com o inadimplemento. Tais danos poderiam ser mensurados ou com base na perda do lucro que ela esperava obter durante aquele período remanescente de quase 4 anos, na hipótese de ser inviável a realização de uma transação substituta por todo aquele período, ou – sendo viável tal transação – os danos poderiam ser mensurados com base na diferença entre o lucro que a proprietária do navio teria obtido no contrato inadimplido e o lucro que ela teria obtido na transação substituta durante o período de tempo da transação substituta que coincidissem com o período de tempo restante do contrato inadimplido. Em relação ao período de tempo restante do contrato inadimplido não coberto pela transação substituta, caberia indenização com base na fórmula da perda do lucro esperado. Tal lucro seria a **diferença entre a remuneração** que a proprietária teria direito de perceber (aluguel diário mínimo mais parte dos lucros decorrentes das atividades comerciais da locatária) e **eventuais custos** que a proprietária teria de incorrer para continuar disponibilizando o navio para a locatária durante o período de

¹² Em algumas situações, especialmente quando é razoável que o credor tome medidas imediatas para mitigar o seu dano, o contrato é considerado como automaticamente resolvido na própria data da ocorrência do repúdio por parte do devedor.

locação inicialmente estipulado. Portanto, o dano poderia ser mensurado com base na fórmula da perda do lucro, com base na fórmula da perda com a transação substituta ou com base numa *combinação das duas fórmulas* anteriores. A locatária se recusou a indenizar a proprietária e então o assunto foi litigado. O litígio começou por meio de arbitragem e depois a questão foi apreciada pelo judiciário.

O ponto de maior controvérsia era a delimitação do período de tempo coberto pela indenização. Houve disputa entre as partes a respeito da questão de se o contrato, caso não tivesse ocorrido o repúdio em dezembro de 2001, permaneceria vigente durante todo o período de locação inicialmente estipulado. A guerra do Iraque foi deflagrada 15 meses depois do repúdio (em 20 de março de 2003). De acordo com a cláusula 33 do contrato, a locatária teria o direito de encerrar a relação contratual em tal ocasião por causa da guerra. Assim, ela argumentou que esse deveria ser o termo final do período coberto pela indenização (dezembro de 2001 a março de 2003). Caso a guerra do Iraque não tivesse ocorrido, a data mais próxima na qual a locatária poderia ter feito a devolução do navio era o dia 06 de dezembro de 2005. A proprietária argumentou que os eventos subsequentes ao inadimplemento não deveriam ser levados em consideração. Segundo a proprietária, o fator relevante era a perspectiva de duração do contrato existente na data da ocorrência do inadimplemento. Como, na ocasião do inadimplemento, as chances de ocorrência de uma guerra eram pequenas, o período coberto pela indenização deveria ir do inadimplemento até o final do termo contratual inicialmente estipulado (dezembro de 2001 a dezembro de 2005). Em uma decisão apertada (três votos contra dois), a corte de última instância concordou com os argumentos da locatária. Tal decisão foi criticada por Victor P. Goldberg nos seguintes termos:

(...) o crédito da proprietária [direito de receber a remuneração durante o período da locação] era um bem que fazia parte do seu patrimônio e a questão problemática era a da determinação do valor de tal bem na época do repúdio. (...) o valor de todos os bens é inteiramente determinado pelo futuro e o futuro é, por definição, incerto. Isso não significa que os bens não possam ser valorados. (...) A apreciação do valor do bem iria, necessariamente, levar em conta a possibilidade de que a cláusula da guerra pudesse se tornar relevante e, assim, a possibilidade de que uma das partes pudesse exercer o seu direito de resolver o contrato. Caso – na época do repúdio – a ocorrência da guerra fosse um evento de baixa probabilidade, o desconto no valor do bem seria diminuto; alternativamente, caso o repúdio tivesse ocorrido no início de março de 2003, o valor do bem seria bem próximo de zero. (...)¹³

Os argumentos de Goldberg me parecem ser convincentes. Em princípio, o dano deve ser calculado conforme ele se materializou na época da ocorrência do inadimplemento, ou conforme ele pode ser projetado tomando-se como perspectiva a melhor informação disponível na época da ocorrência do inadimplemento. Os eventos subsequentes devem, em princípio, ser ignorados. Isso não quer dizer que a indenização deveria cobrir todo o período remanescente do contrato, justamente por causa da chance de que o seu período de vigência pudesse ser naturalmente encurtado em decorrência dos riscos anteriormente apontados, dentre outros

¹³ GOLDBERG, Victor P. *Rethinking contract law and contract design*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 26-27.

riscos. O que não é justificável é a incorporação, como via de regra, de informações posteriores, não disponíveis na época do inadimplemento. Tais informações somente devem ser levadas em conta quando elas ajudam a iluminar as circunstâncias existentes no passado (isto é, no momento em que ocorreu o inadimplemento). Finalmente, a corte também poderia levar em conta – na fixação do montante da indenização – a questão das chances que a credora proprietária do navio tinha de adotar medidas para mitigar o seu dano, como a realização de uma transação substituta tão vantajosa quanto a do contrato inadimplido ainda durante o período de vigência que havia sido estipulado para tal contrato. O caso apresentado demonstra que a incerteza quanto ao período de vigência do contrato não é (ou não deve ser) um empecilho para a concessão da indenização com base na fórmula da perda do lucro que o credor esperava obter no contrato inadimplido ou com base na fórmula da perda sofrida com a realização de uma transação substituta.

3. DANOS CABÍVEIS AO CREDOR ADQUIRENTE

3.1. Perda resultante de uma transação substituta

Conforme ressaltado no início deste trabalho, o credor adquirente tem o direito de cobrar uma indenização com base na perda sofrida com a realização de uma transação substituta. Ao contrário do credor alienante, não há aqui uma competição entre as fórmulas da perda com a transação substituta e da perda do lucro esperado. Em princípio, o lucro que o credor adquirente espera obter com a prestação alheia é um lucro de caráter subjetivo (“consumer surplus”) e, por isso, não indenizável.¹⁴ Por causa disso, a fórmula padrão que é utilizada para indenizar o credor adquirente é a fórmula da perda sofrida com a realização de uma transação substituta, que já foi ilustrada anteriormente.

3.2. Lucros cessantes

Os denominados lucros cessantes, de acordo com a nossa tradição jurídica, não são considerados danos emergentes, mas sim uma categoria própria de dano.¹⁵ É importante não os confundir com a perda do lucro (objetivamente) esperado pelo credor *alienante*, que é um tipo de dano emergente. Os lucros cessantes são danos tipicamente, embora não exclusivamente, sofridos por credores *adquirentes*. Eles resultam da incapacidade de o credor adquirente fazer um uso produtivo da prestação devida pela outra parte (isto é, utilizar tal prestação como um “bem de capital” no sentido da teoria econômica).

O dano sofrido pelo credor é representado pela diferença – em seu prejuízo – entre o

¹⁴ Existem situações em que a perda da satisfação subjetiva do credor é indenizável. Entretanto, tais situações não serão exploradas neste trabalho por extrapolarem o tema da nossa investigação, que lida com a indenização dos danos de caráter patrimonial sofridos pelo credor em virtude do inadimplemento.

¹⁵ A respeito dos vários esquemas classificatórios elaborados pelos juristas europeus durante o período do *direito comum europeu*, após a redescoberta do direito romano, para a categorização dos diversos tipos de danos que o credor poderia sofrer, cf. COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo I, p. 553-559 (período do direito comum mais antigo), tomo II, p. 574-577 (século XIX e período das grandes codificações).

lucro que ele teria ganhado com o uso produtivo da prestação a ser recebida, caso o contrato tivesse sido adequadamente cumprido, e o seu estado patrimonial após o inadimplemento.¹⁶ Os lucros cessantes, causados pelo inadimplemento do devedor, podem decorrer: (a) da cessação ou redução do volume de bens/serviços produzidos pelo credor adquirente, que seriam posteriormente alienados, com o potencial de reduzir o seu volume de vendas; ou (b) do encarecimento – ou da ausência de barateamento – do processo de produção pelo credor adquirente de tais bens/serviços, com o potencial de reduzir a sua margem de lucro e/ou volume de vendas. Ocorre a cessação ou redução da produção do credor, capaz de provocar uma possível redução do seu volume de vendas, letra “a”, nos casos em que o devedor falha em realizar uma prestação capaz de sustentar o nível de produção que o credor poderia razoavelmente esperar atingir com o uso da referida prestação. É importante ressaltar que a mera redução da produção do credor, provocada pelo inadimplemento do devedor, não implica necessariamente numa correspondente redução do volume de vendas na mesma proporção em que a sua produção teria sido reduzida, pois podem existir fatores independentes que contribuem para a redução do seu volume de vendas (crise econômica, mudança de preferência dos consumidores, etc.).

O emprego de diferentes métodos contábeis é admissível para a prova da perda resultante da *possível* redução do volume de vendas do credor adquirente, que tenha sido causada pelo inadimplemento do devedor. Entre os referidos métodos estão a comparação entre a média de lucros obtida por tal credor no período anterior ao inadimplemento do devedor – ou a média projetada de lucros que ele iria obter não houvesse o inadimplemento, levando-se em conta atividades produtivas comparáveis – e os lucros efetivamente auferidos pelo credor após o inadimplemento. Independentemente do método empregado, a *estimativa* dos lucros que o credor iria obter não houvesse o inadimplemento deve levar em conta todos os fatores e circunstâncias capazes de afetar a confiabilidade da referida estimativa, tais como as circunstâncias macroeconômicas existentes, tendências da indústria, flutuações sazonais da demanda, surgimento de concorrentes e mudanças de preferência dos consumidores, entre outros fatores e circunstâncias.

Entretanto, é difícil provar a perda do credor nos casos em que o negócio gerido por tal credor é recente (negócio novo), não existindo uma média de lucros anterior ao inadimplemento que possa ser usada para fazer uma estimativa do quanto ele teria auferido se não houvesse o inadimplemento. O problema da prova da perda do credor é agravado quando o negócio, além de ser novo, também é inédito (isto é, quando não há negócios semelhantes que possam ser utilizados como ponto de comparação para a aferição da possível perda do credor). Em tais casos, temos de fazer uma distinção entre duas hipóteses: em primeiro lugar, aquelas situações em que o credor chegou a operar o negócio novo, ainda que de forma atrasada; em segundo

¹⁶ O lucro cessante já pode ter se materializado na data do julgamento ou ainda pode estar em vias de se materializar. O fato de ele já ter se materializado não o transforma num dano emergente. No caso da concessão de indenização dos lucros cessantes que seriam auferidos de forma recorrente no futuro (quer dizer, em data posterior à data da sentença condenatória), o juiz deve aplicar um desconto no montante da indenização cabível, de maneira que ele reflita o valor atual para o credor de um benefício futuro.

lugar, aquelas situações em que o credor nunca veio a operar o negócio novo. Vamos começar com a análise da prova dos lucros cessantes no contexto da primeira hipótese, quando o credor chega a operar o negócio, ainda que de forma atrasada.

3.2.1. Momento do tempo relevante para a projeção da média dos lucros cessantes

Caso 07: *Cramer v. Grand Rapids Show Case Co., 119 N.E. 227 (N.Y. 1918)*. Os credores formaram uma parceria para montar um negócio voltado para a venda de mobílias e acessórios de decoração destinados ao público feminino. Em maio de 1910, eles alugaram uma loja com a fiação elétrica já instalada, mas completamente vazia (sem nenhuma luminária instalada ou mobiliário que seriam necessários para a condução do negócio). Em 09 de junho de 1910, os credores compraram luminárias e mobílias para que a loja ficasse pronta para ser aberta ao público no mês de setembro. O valor total desses bens foi o de \$1.376,25. Ficou combinado que a entrega dos bens comprados, imprescindíveis para a abertura da loja em setembro, deveria ser feita até o dia 15 de agosto de 1910. Por volta do dia 15 de agosto, os credores adquirentes consultaram o representante da vendedora a respeito da entrega dos bens comprados. Eles queriam saber se a entrega iria ser realmente realizada, já que eles planejavam adquirir mercadorias para integrar o estoque da loja que eles planejavam abrir entre os dias 15 e 20 de setembro. O representante da vendedora assegurou que as luminárias e mobílias necessárias para a montagem da loja seriam enviadas dentro de poucos dias. Após terem sido tranquilizados, os credores tomaram então a decisão de comprar as mercadorias que seriam comercializadas para o público feminino. Tais mercadorias eram bens (mobílias e artigos de decoração) sazonais, no valor de \$7.842,37, desenhados para a estação outono/inverno que se aproximava. A vendedora descumpriu o contrato, deixando de entregar as luminárias e mobílias alienadas. Por causa disso, a abertura da loja teve de ser adiada por dois meses. Entre os danos cuja indenização foi pleiteada pelos credores adquirentes estavam os denominados lucros cessantes relativos à venda das mercadorias da estação outono/inverno destinadas ao público feminino. Foram alegados danos no montante total de \$6.703,62 (sendo \$5.916,00 a título de lucros cessantes e \$787,62 a título de danos emergentes).

O ponto controvertido do caso era a questão de como calcular os lucros cessantes. Os credores adquirentes não tinham como apresentar provas da média de lucros que eles costumavam auferir com o seu negócio antes do inadimplemento da vendedora, já que o negócio dos referidos credores – loja destinada ao público feminino – era novo e não possuía um histórico de vendas. Os credores então apresentaram provas do lucro que eles obtiveram depois que a loja passou a funcionar normalmente. Os credores provaram o volume de vendas e os lucros auferidos durante o período que se iniciou em 14 de novembro de 1910 (data da abertura da loja) e se estendeu até 01 de abril de 1911; bem como provaram o volume de vendas e os lucros auferidos durante o período de 15 de setembro a 14 de novembro de 1911. O segundo período ocorreu exatamente um ano após o inadimplemento do contrato por parte da vendedora, coincidindo com a época do ano em que seriam originalmente vendidas as mercadorias desenhadas para a estação outono/inverno e coincidindo com o período de tempo em que a loja

ficou fechada um ano atrás por causa do inadimplemento da vendedora. Essas foram as provas que permitiram a realização da inferência de que os credores adquirentes deixaram de ganhar \$5.916,00 como lucro das vendas que teriam sido realizadas durante os dois meses em que a loja permaneceu fechada por causa do inadimplemento da vendedora.

Embora as cortes inferiores tenham concordado com o método utilizado pelos credores adquirentes para a realização da estimativa dos lucros cessantes, o tribunal de última instância afirmou que somente os lucros auferidos num período anterior ao inadimplemento poderiam ser utilizados como base para a inferência do montante dos lucros cessantes. A fundamentação dada pelo tribunal em sua decisão foi claramente equivocada. Outras decisões judiciais mais recentes admitem o uso de informações a respeito da lucratividade do negócio obtidas após o inadimplemento do contrato como um parâmetro seguro para a realização de estimativas sobre o montante dos lucros cessantes. Victor P. Goldberg sugere que a explicação para a decisão do tribunal no caso apresentado não tem nada a ver com a inadequação da prova produzida. Segundo o autor, a explicação para a recusa do tribunal em conceder a indenização dos lucros cessantes encontra-se no fato de que a vendedora não teria assumido o risco de pagar uma indenização tão elevada aos credores adquirentes na hipótese de inadimplemento do contrato:

Enquadrando o caso litigado dentro da perspectiva da “pressuposição tácita”, comum naquela época em que o caso foi decidido (e ainda um enquadramento que eu prefiro), temos de nos perguntar o seguinte: um vendedor de mobiliário concordaria em pagar por todos os lucros cessantes do seu cliente comprador, se ele (vendedor) soubesse que o seu atraso iria postergar a abertura da loja do seu cliente, mesmo sem saber praticamente nada a respeito da natureza de tal negócio? Eu diria que não; outros podem discordar. Todavia, para os propósitos do meu artigo, o ponto relevante é que a caracterização do negócio dos credores como um novo negócio não tem a menor importância para a apuração do montante dos danos.¹⁷

Goldberg considera que o resultado da decisão foi correto (indeferimento do pedido de indenização dos lucros cessantes), mas a fundamentação foi equivocada. Os lucros cessantes deveriam ser negados não porque era impossível provar a sua existência, mas sim por causa da ausência de assunção do risco por parte da vendedora. Havia uma discrepância entre o preço cobrado pela vendedora para a alienação dos bens (\$1.376,25) e o montante dos danos sofridos pelos credores adquirentes com o inadimplemento (\$5.916,00, considerando-se apenas os lucros cessantes). Provavelmente, a vendedora não teria concordado em correr o risco de pagar uma indenização tão elevada sem ser adequadamente compensada para tal através de um ajuste no preço. Ela certamente cobraria muito mais do que o valor que ela efetivamente cobrou em troca da assunção daquele risco. Por sua vez, os credores adquirentes provavelmente não estariam dispostos a pagar mais caro para transferir o risco para a vendedora.

A questão da imposição de limites ao montante da indenização, nos casos de danos extremamente elevados, será retomada mais adiante neste trabalho. Por ora, é importante ressaltar o seguinte ponto: caso o negócio operado pelo credor tenha caráter recente, inexistindo

¹⁷ GOLDBERG, Victor P. The new-business rule and compensation for lost profits. *The Criterion Journal on Innovation*, v.1, p. 341-372, 2016 (trecho citado na p. 364).

lucros anteriores ao inadimplemento do devedor, e na hipótese de obtenção de lucros posteriores ao inadimplemento, devido ao fato de o credor ter recebido a prestação de forma tardia, a média de lucros que o credor iria obter se não houvesse o inadimplemento poderá ser estimada com base em tais lucros posteriores ao inadimplemento.

3.2.2. Negócios novos, custo de oportunidade e investimentos alternativos

Caso 08: *Fera v. Village Plaza, Inc.* 242 N.W.2d 372 (Mich. 1976). Em 20 de agosto de 1965, os credores celebraram um contrato de locação, por um período de 10 anos, com os responsáveis pela administração de um shopping center que ainda estava sendo construído. Os credores iriam tomar posse do amplo espaço que havia sido designado para eles, com o início do período de 10 anos, assim que a construção do shopping fosse finalizada. Eles pretendiam montar um negócio inovador (“livro e garrafa”) no local, que envolvia uma mistura de livraria com loja especializada na venda de bebidas alcólicas. O valor do aluguel da loja no shopping foi estipulado em \$1.000,00, acrescido de 5% sobre o valor das receitas anuais dos credores que excedessem o valor de \$240.000,00. Os credores eram proprietários de várias livrarias em outros locais do país, bem como já haviam operado no passado uma loja especializada na venda de bebidas alcólicas para consumo no próprio local, mas ainda não haviam operado um negócio cujo apelo fosse a comercialização de ambos os tipos de mercadorias (livros e bebidas). O shopping deveria ter ficado pronto em 1966, mas a obra sofreu diversos atrasos. Quando o shopping ficou finalmente pronto, em 1969, a administradora se recusou a entregar aos credores a posse do espaço que eles haviam alugado. A recusa ocorreu porque, em virtude de um erro cometido pela administradora, o espaço que seria ocupado pelos credores foi alugado para outra pessoa, que tomou posse do local. A administradora ofereceu outro espaço, nos fundos do shopping, para os credores, em substituição ao espaço que eles haviam originalmente alugado, mas tais credores recusaram a oferta alegando que o espaço não era adequado para o tipo de negócio que eles pretendiam montar no local. Os credores então ajuizaram uma ação na justiça para cobrar indenização do prejuízo que eles sofreram em virtude do inadimplemento do contrato por parte da administradora do shopping. Entre os danos alegados, estava a perda do lucro que eles iriam obter por meio da comercialização dos livros e bebidas durante o período de 10 anos do contrato de locação. A corte de primeira instância acolheu a decisão do júri de conceder indenização aos autores relativa aos lucros cessantes no valor de \$200.000,00. Tal decisão foi revertida na corte imediatamente acima, com fundamento no fato de que o negócio que os credores pretendiam montar era um **negócio novo e inédito**, não existindo provas suficientes a respeito da sua lucratividade. Por sua vez, a corte de última instância cassou tal decisão, fazendo valer novamente a decisão da corte de primeira instância. A corte de última instância argumentou que havia prova suficiente do dano, de modo que os credores tinham direito à indenização dos lucros cessantes. No entanto, houve um voto dissidente, que excluiu a indenização dos lucros cessantes relativas à venda das bebidas alcólicas, pois – na data do inadimplemento do contrato – os credores ainda não haviam obtido uma licença para a venda das bebidas alcólicas, que poderia ser concedida ou não pelas autoridades competentes,

tornando incerto o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano relativo à perda do lucro da venda das bebidas. O voto dissidente concedeu indenização aos autores no valor de \$60.000,00, concernente à perda do lucro da venda dos livros.

Observe-se que toda a discussão sobre a indenização dos lucros cessantes girou em torno das dificuldades de provar a existência do dano e o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano.¹⁸ Enquanto alguns entenderam que havia prova suficiente; outros entenderam que não. Entretanto, há uma questão que foi negligenciada pelas cortes que decidiram o caso. O **custo de oportunidade** dos credores era praticamente inexistente. Na ocasião do inadimplemento, os credores ainda tinham em mãos todo o dinheiro que eles iriam utilizar para a montagem da loja. Eles ainda não haviam feito investimentos significativos. Assim, eles poderiam empregar o seu dinheiro em outras atividades tão ou mais lucrativas do que a atividade de venda de livros e bebidas. Goldberg fornece a seguinte explicação:

A questão relevante não é se o projeto iria ser lucrativo, mas sim se ele seria mais lucrativo do que a sua próxima melhor alternativa. O investimento poderia se revelar um tremendo sucesso ou um terrível fracasso, mas não há nenhuma razão *a priori* para crer que a taxa de retorno do investimento esperada iria ser superior à taxa de retorno existente no mercado. Após o inadimplemento do contrato, o credor ainda possui o dinheiro que ele iria investir no projeto, assim como a liberdade de utilizar tais fundos para quaisquer propósitos. Em tal caso, o valor esperado do investimento no projeto específico seria equivalente ao valor esperado do investimento no mercado, de maneira que a perda do credor seria zero. Eu não preciso qualificar tal afirmação por meio da comparação entre o grau de risco do projeto específico com a taxa do mercado, porque o custo de oportunidade dos fundos já leva em consideração o grau de risco relativo. Assim, em relação aos casos em que o credor não chegou a realizar quaisquer investimentos que dependam do contrato inadimplido para o seu retorno, a norma que nega o direito do credor de cobrar indenização dos lucros cessantes faz sentido. (...) Por não reconhecerem a lógica econômica, as cortes têm permitido que credores, como Kenford, aleguem perdas que, se indenizadas, seriam capazes de compensá-los de maneira substancialmente exagerada. Devido ao fato de as pretensões indenizatórias serem usualmente tratadas como questões de fato, as cortes – sem contarem com nenhuma teoria coerente por detrás da sua abordagem – acabam por permitir que muitas dessas pretensões indenizatórias sejam bem sucedidas ou, ao menos, sejam submetidas ao julgamento do júri. Mesmo que tais pretensões sejam no final julgadas improcedentes, o próprio ato de permitir aos credores alegar a existência de danos pode, por si só, trazer consequências significativas. Essas alegações fazem subir o custo dos litígios na hipótese de acolhimento de provas periciais para a determinação do montante do prejuízo alegado. (...) As estimativas do dano [no caso *Fera v. Village Plaza*] não eram especulativas; elas eram simplesmente estúpidas. (...) Após o inadimplemento do contrato, os credores ainda possuíam a sua ideia para a montagem do negócio, o seu dinheiro, e a capacidade para alugar outros espaços. A concessão da indenização dos lucros cessantes pressupõe que o gasto do dinheiro naquela loja específica, naquela localidade, era melhor do que qualquer uso alternativo

¹⁸ Uma tendência similar pode ser encontrada na jurisprudência brasileira, que tende a focar na dificuldade de produção de provas a respeito da existência dos lucros cessantes no contexto dos negócios novos para negar a possibilidade de sua indenização. Cf. NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual*: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 270 (“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que são rejeitados os pleitos de lucro cessante relativos à rentabilidade de atividade empresarial que nem sequer foi iniciada, pois objetivamente não provados no caso concreto. [...] Inexiste motivo para, como registra a doutrina, predominar postura excessivamente restritiva por parte dos tribunais, que acabam por negar o lucro cessante em situações que eram mesmo devidos”).

de tal dinheiro, o que não faz nenhum sentido.¹⁹

Como os credores não perderam a oportunidade de realizar outros investimentos lucrativos, não é possível dizer que havia um custo de oportunidade positivo (superior a zero) para eles. Em tal sentido, eles não sofreram danos em virtude do inadimplemento do contrato. Por outro lado, existiriam circunstâncias em que eles poderiam realmente ter sofrido danos como, por exemplo, se eles já tivessem feito investimentos consideráveis para a montagem da loja (desde que fosse difícil a realocação de tais investimentos para outras finalidades) ou, por exemplo, se as habilidades comerciais excepcionais daqueles credores – conquistadas com muito esforço – somente pudessem ser utilizadas para a condução daquele tipo de negócio (venda de livros e bebidas). Em tais casos em que realmente há um custo de oportunidade, já que as alternativas ao contrato inadimplido são bastante inferiores em termos de retorno do investimento, existem duas opções para a proteção do credor: indenização para a proteção do seu interesse negativo (indenização pelo custo dos investimentos realizados); ou indenização pelo interesse positivo (indenização que procura colocar o credor na posição em que ele estaria caso o contrato tivesse sido adequadamente cumprido, incluindo a indenização dos lucros cessantes). A opção entre os dois tipos de indenização, no contexto dos investimentos realizados em negócios novos, depende do valor que queremos atribuir à proteção do planejamento do credor e o nível de incentivos ao cumprimento do contrato que queremos induzir no devedor. Uma maior proteção e incentivos talvez fosse alcançada com a indenização pelo interesse positivo. Por outro lado, quando a frustração do negócio novo não gera um verdadeiro custo de oportunidade para o credor, a solução ideal é a indenização pelo interesse negativo ou o não cabimento de qualquer tipo de indenização. Antes de o judiciário permitir a produção de provas a respeito da existência dos lucros cessantes, *no contexto dos negócios novos*, ele tem de analisar a questão de se o credor realmente tem um custo de oportunidade positivo. Na hipótese de inexistência de tal custo, a indenização dos lucros cessantes deve ser negada de forma sumária (sem uma cognição profunda a respeito da existência ou não dos referidos lucros cessantes).

Finalmente, é importante ressaltar que o investimento dos credores do caso 07 foi bem mais significativo do que o investimento dos credores do caso agora apresentado (caso 08). No caso 07, os lucros cessantes – embora existentes – deveriam ser negados por causa da ausência de assunção do risco por parte da devedora e não, como no caso 08, por ausência de um custo de oportunidade para os credores. Ali havia um custo de oportunidade real, dados os investimentos realizados para a condução do negócio novo (luminárias e mobiliário para a montagem da loja; bem como uma grande quantidade de móveis e artigos de decoração sazonais para integrar o estoque de mercadorias a serem alienadas para os clientes) que acabou por inviabilizar o uso do capital daqueles credores para a realização de investimentos em novos negócios.

¹⁹ GOLDBERG, Victor P. The new-business rule and compensation for lost profits. *The Criterion Journal on Innovation*, v.1, p. 341-372, 2016 (trechos citados nas p. 345, 347, 348).

3.2.3. Período de indenização dos lucros cessantes: bens de capital não consumíveis

Nos casos apresentados anteriormente (caso 07 e 08), a parte devedora iria disponibilizar aos credores bens de capital não consumíveis: a possibilidade de uso de uma loja física para a condução do negócio daqueles credores. No caso 07, as luminárias e mobiliário que iriam viabilizar o uso da loja; no caso 08, a própria loja em si mesma. Uma questão relevante seria a da determinação do período de tempo em que caberia indenização dos lucros cessantes, se – ao contrário do que sugerimos anteriormente – tal indenização devesse ser admitida naqueles dois casos. Como ambas as lojas haviam sido alugadas, no caso 07 por prazo indeterminado e no caso 08 por um período de 10 anos, o prazo não poderia ultrapassar a duração estimada na qual os respectivos credores poderiam fazer um uso produtivo da loja alugada. Especificamente em relação à hipótese do caso 08, caberia uma indenização dos lucros cessantes por um período máximo de 10 anos, o qual poderia ser significativamente encurtado em virtude da aplicação de outras normas, como a norma que atribui ao credor o dever de mitigar o seu dano. O regime jurídico que lida com o período de tempo coberto pela indenização dos lucros cessantes é relativamente complexo. O código civil brasileiro não fornece normas detalhadas sobre o assunto.

Iremos expor agora, de forma resumida, as normas aplicáveis nos casos em que o credor iria fazer o uso produtivo de um bem de capital não consumível, seja tal bem de capital uma entidade física concreta ou serviços oferecidos pelo devedor em caráter contínuo. Os lucros cessantes indenizáveis são aqueles surgidos, ou que venham a surgir, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até a data que viesse a ocorrer primeiro, dentre as opções a seguir: (a) o credor obtivesse, ou pudesse obter, a prestação por meio de uma transação substituta; (b) o credor pudesse adotar medidas para mitigar o seu prejuízo (desde que fosse exigível o seu emprego); ou (c) iria acabar a vida útil estimada dos bens de capital não consumíveis cuja entrega era devida. Em qualquer caso, o período dos lucros cessantes indenizáveis cessará na data em que o devedor purgar a sua mora, caso a referida data ocorra antes dos limites temporais acima discriminados. Uma ilustração da aplicação dessas normas será feita mais adiante neste trabalho, ao fazermos a exposição do caso 27 [*Victoria Laundry v. Newman Industries*].

3.2.4. Período de indenização dos lucros cessantes: bens de capital consumíveis

Na hipótese de a prestação inadimplida pelo devedor envolver a prestação de serviços delimitados ou a entrega de bens de capital consumíveis, utilizados como insumo na produção de outros serviços ou produtos, ou adquiridos com a finalidade de serem revendidos, os lucros cessantes indenizáveis são aqueles surgidos, ou que venham a surgir, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até a data em que, em circunstâncias normais: (a) acabaria a produção e venda dos serviços e produtos fabricados com os insumos adquiridos; ou (b) seria

finalizada a revenda dos bens adquiridos. Eventualmente, tal período pode ser encurtado em virtude da realização de uma transação substituta ou em virtude do dever atribuído ao credor de mitigar o seu próprio dano. Em qualquer caso, o período dos lucros cessantes indenizáveis cessará na data em que o devedor purgar a sua mora, caso a referida data ocorra antes dos limites temporais acima discriminados.

3.2.5. Período de indenização dos lucros cessantes: contratos de fornecimento com duração determinada

Na hipótese de a prestação inadimplida pelo devedor envolver a prestação de serviços contínuos ou a entrega de bens de capital consumíveis/não consumíveis, prestados por meio de um contrato de fornecimento de duração determinada celebrado com o referido devedor, os lucros cessantes indenizáveis são aqueles surgidos, ou que venham a surgir, da data em que o credor começaria a se beneficiar do uso da prestação alheia, se o devedor tivesse cumprido adequadamente tal prestação, até o fim do período de fornecimento combinado entre as partes. Eventualmente, tal período pode ser encurtado em virtude da realização de uma transação substituta ou em virtude do dever atribuído ao credor de mitigar o seu próprio dano. Em qualquer caso, o período dos lucros cessantes indenizáveis cessará na data em que o devedor purgar a sua mora, caso a referida data ocorra antes dos limites temporais acima discriminados.

Finalmente, existem situações excepcionais em que o inadimplemento do devedor não consiste na falha em disponibilizar ao credor o uso do bem de capital que havia sido contratado, mas sim em tornar prejudicado o uso de outros bens de capital usados pelo credor em seu negócio. Em tais situações excepcionais, os lucros cessantes do credor deveriam ser considerados danos atípicos (“consequential damages”), pois são danos que não resultam do ordinário decurso dos eventos (danos tipicamente decorrentes do inadimplemento do contrato). O período de tempo para a indenização dos lucros cessantes, em tais situações excepcionais, deverá ser correspondentemente estendido até a data em que: (a) o uso de tais bens de capital for restabelecido ou puder ser razoavelmente restabelecido; ou (b) teria sido interrompido o prejuízo do credor, tivesse ele tomado medidas para a mitigação do seu dano. Uma ilustração da aplicação dessas normas será feita mais adiante neste trabalho, ao fazermos a exposição do caso 24 [*REsp 1.110.417-MA*], decidido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

3.3. Custo de complementação e custo de reparo

Caso 09: **O cliente desapontado.** Um construtor celebra um contrato com o seu cliente para realizar uma edificação e cobra o preço de 800.000 para prestar o serviço. O construtor já havia realizado 10% da obra, quando interrompeu definitivamente a realização do serviço. No momento do inadimplemento do construtor, o cliente já havia pago a quantia de 200.000. O construtor devolveu ao cliente a quantia de 40.000. O cliente contrata então um terceiro para completar a obra pelo preço de 700.000. A indenização devida ao cliente é de 60.000 (valor pago pelo serviço já realizado, 160.000, mais despesas com a complementação do serviço, 700.000, totalizando 860.000; que excede em 60.000 o preço originalmente combinado

no contrato inadimplido, que era de 800.000). A fórmula utilizada para mensurar a perda resultante da complementação da prestação parcialmente cumprida pelo devedor pode ser assim descrita: o dano sofrido pelo credor adquirente que tiver despesas para complementar a prestação parcialmente cumprida pelo devedor é representado pelo montante que exceder o preço combinado no contrato inadimplido; depois de serem computadas as despesas de complementação mais os gastos que o credor teve com a obtenção da prestação incompleta e que não lhe foram ressarcidos. O devedor inadimplente, que realizou a prestação incompleta, tem direito de obter/reter a parte do preço necessária para evitar o enriquecimento injustificado do credor.

Por sua vez, nos casos em que o devedor cumpre a prestação de forma defeituosa e o objetivo do credor adquirente é o de consertar a referida prestação, o dano é mensurado com base no custo do reparo. O custo do reparo pode incluir, eventualmente, o custo da substituição da prestação desconforme por outra equivalente que esteja em conformidade com o contrato, desde que tal medida seja apropriada nas circunstâncias do caso. Em tese, o credor adquirente poderia cumular a indenização baseada no custo de complementação com aquela baseada no custo do reparo, desde que isso não significasse uma indenização em dobro. Por exemplo, imagine-se que, no exemplo do caso 09, a prestação incompleta fornecida pelo devedor também apresentasse defeitos que precisassem ser consertados, mas cujo conserto não foi incluído no preço de 700.000 cobrado pelo terceiro para a finalização da obra.

Estes tipos de danos somente podem ser indenizados na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente (purgação da mora). No caso da indenização do dano resultante da complementação da prestação incompleta, por causa da resolução do contrato efetuada pelo credor. No caso da indenização do dano resultante do reparo da prestação desconforme, embora o credor tenha a opção de manter o contrato, por causa da extinção do direito do devedor de realizar a cura de tal prestação. Efetuada ou não a cura da prestação por parte do devedor, o credor adquirente terá o direito de cobrar indenização de quaisquer prejuízos relacionados ao conserto da prestação desconforme que não sejam cobertos pelas fórmulas anteriormente descritas; tais como despesas que o referido credor tenha incorrido de desinstalação e transporte da prestação desconforme, de transporte e instalação da prestação conforme, entre outras.

3.4. Perda com a diminuição do valor da prestação

Caso 10: **O comprador do carro defeituoso**. Se **A** compra de **B** um carro cujo valor médio no mercado é de €15.000 pelo preço de €10.000, mas que – por causa de um defeito – teria o valor médio de €12.000; ele (**A**) poderá obter uma redução do preço na quantia de €2.000, de modo que o preço final a ser pago fique em €8.000. Por outro lado, se **A** tivesse comprado o carro pelo preço de €16.000, ele teria o direito de reduzir o preço na quantia de €3.200, de modo que o preço final que ele teria de pagar ficasse em €12.800. Apenas na hipótese de fixação do preço no valor de €15.000, coincidente com o valor médio do carro no mercado, é que a redução seria de €3.000, de modo que o preço final ficasse em €12.000. Este

caso hipotético foi criado por Markesinis, Unberath e Johnston para descrever a aplicação do remédio da redução do preço na Alemanha,²⁰ que também é conhecido aqui no Brasil em determinados contextos (como, por exemplo, no contexto dos vícios ocultos: código civil brasileiro, art. 441 e seguintes).

O dano sofrido pelo credor que recebeu uma prestação em desconformidade com o contrato pode ser calculado com base na diminuição do valor de mercado da referida prestação. Ao invés de exigir que o devedor conserte/complemente a prestação desconforme (remédio do cumprimento específico), ou ao invés de cobrar uma indenização para o ressarcimento do custo do conserto ou do dano sofrido com a complementação, o credor pode preferir manter a prestação no estado em que ela se encontra e solicitar a reparação do dano sofrido com a redução do seu valor de mercado. Entretanto, nem sempre o preço combinado no contrato coincide com o valor médio da prestação no mercado. É até mesmo possível que o valor médio da prestação defeituosa/incompleta seja mais elevado do que o preço combinado no contrato para o recebimento de uma prestação que atenda aos requisitos estipulados em tal contrato. Por isso, o cálculo da indenização (redução do preço) deverá ser feito de forma proporcional à taxa de redução do valor de mercado da prestação oferecida pelo devedor. Para estimar a referida taxa, deve-se comparar o valor médio que teria uma prestação oferecida em conformidade com o contrato com o valor médio que teria uma prestação oferecida com aquele tipo de desconformidade. Uma regra de três é suficiente para chegarmos ao preço ideal (e, por tabela, ao montante da redução do preço/indenização):

O preço reduzido é calculado por meio da multiplicação do real valor da prestação pelo preço combinado e, em seguida, pela divisão do resultado alcançado pelo valor que a prestação teria se ela não fosse defeituosa $[(12.000 \times 10.000) \div 15.000 = 8.000]$. À primeira vista, o procedimento parece ser desnecessariamente trabalhoso, mas ele é sensato se o seu objetivo for levado em consideração: o grau da redução do preço deve refletir o fato de o credor adquirente ter feito um bom ou mau negócio.²¹

Embora o contrato permaneça vigente (ainda que modificado), sem ocorrência da sua resolução, esse tipo de dano (relativo à diminuição do valor da prestação) somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a cura da prestação desconforme por parte do devedor inadimplente ou, também, na hipótese de a prestação permanecer com o seu valor de mercado reduzido mesmo após o seu conserto.

4. OUTROS DANOS CUJA INDENIZAÇÃO NORMALMENTE É CABÍVEL TANTO AO ALIENANTE QUANTO AO ADQUIRENTE

Fizemos até agora uma exposição dos danos tipicamente sofridos por credores

²⁰ MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German law of contract: a comparative treatise*. 2^a ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006, p. 510.

²¹ *Id.*

alienantes²² e adquirentes.²³ É o momento de mencionarmos, ainda que brevemente, os danos que decorrem do descumprimento do contrato (sejam eles danos que decorrem tipicamente do inadimplemento ou tenham caráter atípico), mas que afetam igualmente tanto credores alienantes quanto credores adquirentes.

Prejuízo sofrido com a privação da prestação alheia (ressarcimento dos custos incorridos pelo credor no cumprimento da sua própria prestação e dano causado pelo recebimento atrasado da prestação alheia)

O credor, adquirente ou alienante, tem direito de ser indenizado pelos danos emergentes resultantes da privação do uso e fruição da prestação devida pela outra parte. No caso do credor alienante, tais danos podem incluir os danos sofridos pela privação do dinheiro que ele esperava receber: (a) em primeiro lugar, para quitar as despesas que ele teria tido para cumprir as suas próprias obrigações contratuais; e (b) em segundo lugar, para gozar o lucro objetivo que ele teria tido com o recebimento da prestação alheia, se algum. O prejuízo da letra “b” já é coberto pela fórmula da perda do lucro (objetivo) esperado pelo credor alienante, que foi exposta anteriormente. Por sua vez, o prejuízo da letra “a” deve ser ressarcido da seguinte maneira: o credor alienante terá o direito de receber, na medida em que ele ainda não tenha sido compensado pela parte do preço que já tenha sido paga, uma indenização pelo valor das despesas que ele já tenha incorrido no cumprimento das suas próprias obrigações contratuais. Entretanto, tal indenização somente é cabível, nos casos em que é viável a realização de uma transação substituta, nas situações em que o credor não tem condições de reaproveitar tais despesas em tal transação substituta. Em qualquer hipótese, o montante da indenização das despesas já incorridas pelo credor, juntamente com a indenização da perda sofrida com a realização da transação substituta ou com a perda do lucro objetivamente esperado, não pode ultrapassar o teto do preço combinado no contrato, sob pena de colocar o credor numa posição melhor do que aquela em que ele estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido pelo devedor inadimplente. A cobrança dessa indenização somente é admitida na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente, pois ela pressupõe a exoneração do credor através da resolução do contrato.

Finalmente, o credor alienante também tem direito de ser indenizado pelo prejuízo sofrido com o atraso no recebimento das quantias mencionadas nas letras “a” e “b”. O credor alienante tem o direito de cobrar uma indenização suplementar que seja suficiente para ressarcir o prejuízo decorrente do atraso no pagamento daquelas quantias (despesas já incorridas e lucro esperado). O período de tempo relevante para a materialização do prejuízo é aquele que se inicia a partir da data do inadimplemento e se estende até a data da obtenção, pelo credor alienante, de uma quantia de dinheiro suficiente para cobrir as despesas que ele já tenha incorrido e o lucro que ele esperava obter; ou até a data em que tal credor pudesse tomar providências para mitigar o seu prejuízo. A indenização desse tipo de prejuízo é usualmente

²² Perda com uma transação substituta ou perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia.

²³ Perda com uma transação substituta; lucros cessantes; custo de complementação e custo de reparo; perda com a diminuição do valor da prestação.

realizada através da cobrança de juros, que é um tópico que será abordado mais adiante neste trabalho. O ressarcimento do prejuízo resultante do atraso é cabível tanto na hipótese de subsistência quanto na hipótese de extinção da relação contratual promovida pelo credor.

Despesas com o recebimento da prestação alheia

O credor que tiver tido despesas para o recebimento da prestação alheia, acrescidas em virtude da mora do devedor, ou que – na hipótese de desfazimento do contrato – não possam ser reaproveitadas numa transação substituta, poderá cobrar indenização suficiente para reparar o dano resultante das despesas efetuadas.

Perda com a prestação conferida pelo credor ao devedor

O credor que tiver conferido uma prestação ao devedor poderá sofrer dano representado pelo valor integral ou parcial de mercado da referida prestação, na medida em que: (a) sendo viável a restituição de tal prestação – ela perca o seu valor; ou (b) tal prestação não possa ser restituída. Na hipótese de ser inviável a restituição da prestação realizada pelo credor, tal credor poderá optar por cobrar a restituição do enriquecimento inicialmente conferido para a outra parte, segundo as normas daquele regime jurídico, ao invés de cobrar a indenização pelo prejuízo sofrido com a impossibilidade de retorno em espécie da referida prestação. Este tipo de dano somente pode ser indenizado na hipótese de não ser mais permitida a realização da prestação por parte do devedor inadimplente.

Perda com a cobrança da prestação devida

O credor que, após o inadimplemento do contrato por parte do devedor, tiver tido despesas (judiciais ou extrajudiciais) com a cobrança da prestação que lhe era devida poderá sofrer dano representado pelo valor de tais despesas. O montante da indenização deverá levar em conta a razoabilidade dos gastos incorridos, assim como os critérios fixados nas normas processuais eventualmente aplicáveis.

Perda com danos atípicos

Quaisquer outros tipos de danos sofridos pelo credor em virtude do inadimplemento do devedor, que não tenham sido previstos nos tópicos anteriores ou – ao menos – que não resultem naturalmente do ordinário decurso dos eventos, são considerados danos atípicos. O credor tem o direito de cobrar indenização para a reparação de tais danos. Entretanto, não cabe indenização para a reparação integral de tais danos se – de acordo com a vontade expressa, tácita ou hipotética das partes contratantes – a possibilidade de sua indenização foi completa ou parcialmente afastada em virtude da ausência de assunção do risco por parte do devedor. Normas provenientes da legislação, dos costumes ou da boa-fé também podem isentar o devedor, ou atribuir-lhe o risco, de pagar indenização integral pelos danos atípicos causados ao credor. Em caso de inadimplemento doloso, o devedor deve responder integralmente pelos danos atípicos causados ao credor.

Caso 11: ***D.19.1.13.pr (gado contagioso e madeira podre)***. Ulpiano descreve um ensinamento do jurista Juliano a respeito da responsabilidade do alienante pelas perdas que o credor adquirente pode eventualmente sofrer na hipótese de inadimplemento do contrato, especialmente nos casos em que – em virtude da entrega de uma prestação defeituosa – o

credor pode vir a sofrer danos atípicos:

Juliano, no seu décimo quinto livro, faz uma distinção entre o alienante que tem ciência e aquele que não tem ciência para efeitos de condenação numa ação *ex empto*. Ele diz que se o vendedor que vendesse gado doente ou madeira podre o fizesse por ignorância, então numa ação *ex empto* tal vendedor seria responsabilizado pela [diferença entre o preço combinado e a] quantia menor que eu teria pago [enquanto comprador] se eu soubesse disso. Entretanto, se o vendedor conscientemente se calasse e enganasse o comprador, ele seria responsável perante o comprador por todas as perdas que este sofresse por causa da venda. Assim, se construções ruírem por causa da madeira podre, o vendedor terá de indenizar o seu valor estimado; se animais do rebanho morrerem por causa da contaminação causada pelo gado doente, o vendedor deve ser responsabilizado pelo interesse [do credor adquirente] na não ocorrência deste evento.²⁴

Como resta claro do fragmento citado, o credor adquirente tem o direito de cobrar indenização pela perda sofrida com a desvalorização da prestação entregue pela outra parte (já que o gado doente e a madeira estragada valem menos do que o gado sadio e a madeira hígida). Assim, ele pode pedir uma redução do preço que havia sido combinado no contrato. O que não está muito claro no fragmento é o critério de responsabilização do alienante para a indenização deste tipo de dano emergente: se ele responde de forma objetiva ou apenas por culpa. Embora o assunto seja controverso, outros fragmentos, devidamente interpretados, dão a entender que o devedor deve ser responsabilizado apenas na hipótese de o seu inadimplemento ter sido culposo.²⁵ Por outro lado, o fragmento citado deixa absolutamente claro que – em relação à indenização de outros tipos de danos emergentes, considerados atípicos (danos sofridos com a morte de outros animais do rebanho e com a ruína das construções) – o devedor alienante somente será responsabilizado se ele tiver descumprido o contrato de forma dolosa. Em outras palavras, o dolo (inadimplemento intencional) agrava a responsabilidade do devedor inadimplente, fazendo com que ele responda por um leque maior de tipos de prejuízos causados ao credor do que ele responderia em sua ausência. Observe-se que o fragmento romano, exceto no que concerne ao dano relativo à diminuição do valor de mercado da prestação, não cita os danos que o credor adquirente poderia tipicamente sofrer em virtude do inadimplemento do contrato, os quais foram expostos anteriormente neste trabalho (por exemplo, perda com a realização de uma transação substituta ao comprar um gado sadio ou madeira hígida de terceiros; perda com os lucros cessantes que o credor teria auferido com o uso produtivo do

²⁴ D.19.1.13.pr. (Ulpianus 32 ad ed.): Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

²⁵ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 365-369 (expondo a discussão doutrinária a respeito do critério de responsabilização do devedor – se objetivo, por culpa ou por dolo – nos casos em que tal devedor aluga recipientes defeituosos para o armazenamento de vinho, suscetíveis de vazamento, e nos casos em que ele aluga pastos que contêm ervas venenosas que podem matar o gado do credor).

gado²⁶ ou com o uso produtivo da madeira que deveriam ser entregues pelo devedor; entre outros). Presumivelmente, assim como no dano representado pela diminuição do valor de mercado da prestação, o critério de imputação do devedor para a cobrança da indenização desses danos típicos (perda com a transação substituta e lucros cessantes) também seria a culpa. Tais danos são ordinariamente indenizáveis. Por outro lado, a indenização dos danos atípicos depende de uma análise acurada da alocação de riscos no contrato. Dependendo do resultado de tal análise, poderíamos chegar à conclusão de que os danos atípicos não deveriam ser ordinariamente indenizados, ainda que o devedor tivesse culpa no inadimplemento do contrato. Essa análise minuciosa só não precisa ser feita nos casos em que o inadimplemento tiver sido doloso, hipótese em que o risco do pagamento da indenização dos danos atípicos é inequivocamente alocado para o devedor. Finalmente, é importante ressaltar que certos tipos de danos que poderiam ser considerados típicos num determinado contexto poderiam ser categorizados como danos atípicos em outro contexto.

5. DANOS RESULTANTES DA PRIVAÇÃO DO USO DO DINHEIRO: AMBIGUIDADE QUANTO À SUA CARACTERIZAÇÃO

O credor que tem direito de receber uma quantia monetária pode sofrer diferentes tipos de danos, a depender do uso que ele pretendia fazer do dinheiro. Em algumas ocasiões, o dano seria caracterizado como um dano emergente de caráter típico (por exemplo, o dinheiro seria utilizado para cobrir os custos do cumprimento da sua própria prestação) e, em outras ocasiões, o dano seria caracterizado como um dano emergente atípico (por exemplo, o credor iria fazer um uso idiossincrático do dinheiro, como o pagamento de um procedimento cirúrgico caro que poderia evitar a piora da sua saúde e melhorar a sua qualidade de vida). O credor também poderia sofrer danos caracterizados como lucros cessantes, caso ele quisesse fazer um uso produtivo do dinheiro que lhe era devido. Por exemplo, o credor poderia ter investido o dinheiro numa aplicação financeira não fosse o inadimplemento do devedor, ou poderia ter investido o dinheiro na abertura de um novo negócio ou na expansão da sua indústria. Mesmo nos casos em que o devedor cumpre tardiamente, o credor também sofre prejuízos decorrentes do atraso, pois em muitas ocasiões ele tem de tomar empréstimos para financiar as suas atividades (que ele não teria tomado se o devedor tivesse cumprido tempestivamente) ou ele acaba redirecionando outros fundos que lhe pertencem para cobrir os custos das suas atividades (sofrendo perdas resultantes de tal redirecionamento, incluindo o denominado custo de

²⁶ Por exemplo, o gado doente, se fosse sadio, poderia ser utilizado como um bem de capital não consumível (para a produção de leite, para puxar arado, etc.) ou como um bem de capital consumível (para o corte). Em ambas as situações, o gado seria capaz de gerar lucro para o credor adquirente, sendo que o período de indenização dos lucros cessantes iria variar conforme o uso dele como um tipo de bem de capital ou outro, conforme esclarecido anteriormente. No entanto, no caso descrito pelos juristas romanos, o dano alegadamente sofrido não foi a perda desses lucros cessantes em relação ao gado doente que foi entregue pelo devedor, mas sim o prejuízo causado pela morte do próprio gado doente e daquele anteriormente sadio que faziam parte do mesmo rebanho. O prejuízo era representado pelo valor de mercado desses animais. Obviamente, tal prejuízo decorrente da morte (dano atípico) poderia incluir também o lucro cessante em relação a todos os animais mortos.

oportunidade). Em suma, a privação do dinheiro pode trazer ao credor tanto diferentes tipos de danos emergentes e lucros cessantes diretamente relacionados à inviabilização do uso do dinheiro de acordo com as finalidades por ele inicialmente pretendidas, como também diferentes tipos de danos emergentes e lucros cessantes decorrentes das providências por ele tomadas (empréstimo e redirecionamento de fundos) para sustentar os usos por ele inicialmente pretendidos. Além da diversidade de danos emergentes e lucros cessantes que poderiam atingir o credor, existe uma preocupação adicional do ordenamento jurídico: evitar o enriquecimento injustificado do devedor, que reteve o dinheiro em seu patrimônio para além da data em que ele poderia tê-lo retido, gozando de todos os frutos gerados pelo dinheiro nesse interim. Por causa de toda essa complexidade – e levando-se em conta a ambiguidade e dificuldades de enquadramento dos danos sofridos pelo credor –, não é surpreendente o fato de o ordenamento ter elaborado um regime jurídico especial para a indenização desses danos através da cobrança de juros, o qual será analisado mais adiante neste trabalho.

6. MORA CREDITORIS, INADIMPLEMENTO DO CREDOR E INDENIZAÇÃO CABÍVEL AO DEVEDOR

Caso 12: *T.W. Oil Inc. v. Consolidated Edison Co.* 443 N.E.2d 932 (N.Y. 1982). Em janeiro de 1974, a T.W. Oil comprou um carregamento de óleo combustível cujo conteúdo de enxofre foi declarado como sendo inferior a 1%. Enquanto o óleo ainda estava no mar, em rota para os Estados Unidos no navio petroleiro *MT Khamsin*, a devedora (autora da ação) recebeu um certificado – da refinaria estrangeira onde o óleo havia sido processado – afirmando que o teor de enxofre era de 0,52%. Em 24 de janeiro, a devedora celebrou um contrato com a empresa Con Ed para a venda daquele óleo, que foi descrito como possuindo um conteúdo de enxofre equivalente a 0,5%. O contrato estipulou como data de entrega do óleo o período entre 24 e 30 de janeiro, sendo que o pagamento do preço ficou condicionado à confirmação, por uma empresa de testes independente, da qualidade e quantidade descritas no contrato. Naquela ocasião, a Con Ed estava autorizada a comprar e queimar óleos combustíveis com conteúdo de enxofre de até 1%, além de ter a permissão para misturar óleos que contivessem menos de 1% de conteúdo de enxofre para se manter abaixo daquele patamar. Quando o petroleiro *Khamsin* chegou em 25 de janeiro, a sua carga foi depositada nos tanques de armazenamento da Con Ed. Pouco depois, a empresa de testes independente relatou que o óleo tinha um conteúdo de enxofre de 0,92%. Com base nisso, a Con Ed (credora) rejeitou o carregamento. As negociações para realizar um ajuste no preço falharam. Em 20 de fevereiro, a devedora havia oferecido uma redução no preço que era aproximadamente proporcional à diferença entre 0,5 e 0,92% do conteúdo de enxofre encontrado nas medições. Contudo, a credora Con Ed rejeitou sem pestanejar a proposta da devedora T.W. Oil, mesmo podendo utilizar óleo combustível com 0,92% de conteúdo de enxofre. Ao invés disso, a credora insistiu em pagar não mais do que o valor de mercado mais recente em relação aos óleos daquela qualidade, que era 25% abaixo do valor de mercado vigente no momento em que ela havia celebrado o contrato de compra e venda

com a devedora T.W. Oil. No dia seguinte, 21 de fevereiro, a devedora ofereceu curar o defeito por meio de um carregamento de óleo substituto, que estava em conformidade com o contrato e tinha previsão de chegada no dia 28 de fevereiro através do petroleiro *Appollonian Victory*. No dia 22 de fevereiro, a credora Con Ed também rejeitou essa oferta. O óleo contido nos petroleiros *Khamsin* e *Appollonian* foi posteriormente vendido para terceiros no melhor preço que a T.W. Oil conseguiu obter. A devedora T.W. Oil ajuizou uma ação alegando o inadimplemento do contrato por parte da credora Con Ed. Em tal ação, a devedora pediu a resolução do contrato, bem como uma indenização pelos danos que ela sofreu em virtude do inadimplemento. O processo judicial foi bem sucedido, tendo a corte concedido à devedora uma indenização no valor de 1.385.513,00 dólares, que era a diferença entre o preço de venda que ela teria direito de receber no contrato “inadimplido” pela credora e o valor que ela acabou recebendo com a revenda do óleo.

Mora do credor ou “inadimplemento” do credor?

Ordenamentos de tradição romanista, dentre eles o Brasil, entendem que a *mora creditoris* não configura o inadimplemento do credor, salvo em situações excepcionais em que há previsão expressa no contrato da obrigação do credor de receber a prestação oferecida pelo devedor. Em geral, há o entendimento de que a mora apenas traz desvantagens ao credor (ônus) – como a submissão do credor a diversos tipos de riscos, a obrigação de indenizar os gastos de conservação da coisa até a sua efetiva entrega, e assim por diante –, mas sem lhe trazer deveres contratuais.²⁷ Assim, por exemplo, o devedor não poderia resolver o contrato e nem cobrar uma indenização pelos prejuízos sofridos com o inadimplemento, como ocorreu no caso norte-americano apresentado. Entretanto, mesmo no direito anglo-americano, que entende que o credor está submetido ao dever de receber a prestação oferecida em conformidade com o contrato, não é possível a condenação do credor ao recebimento da prestação, com cominação de multa diária na hipótese de resistência do credor. Isso significa que o “dever” do credor não é um dever em seu pleno sentido. Não obstante, o direito anglo-americano admite sanções, como a resolução do contrato e a cobrança de indenização pelo interesse positivo, que – em princípio – não seriam admitidas no ordenamento brasileiro. Nos ordenamentos de tradição romanista, em princípio, o devedor que quer se livrar do seu dever de cumprimento deve realizar o procedimento do pagamento em consignação, que pode ser extrajudicial (em alguns casos) ou judicial. Esse procedimento também é permitido no direito anglo-americano. Logo, aparentemente, o devedor possui um maior leque de opções no direito anglo-americano do que nos ordenamentos de tradição romanista.

Funções da “oferta” do pagamento

Observe-se que a oferta do pagamento²⁸ tem uma tripla função: (a) ela é a *etapa inicial*

²⁷ Cf. VAQUER ALOY, Antoni. Tender of performance, mora creditoris and the (common?) principles of European contract law. *Tulane European & Civil Law Forum*, v. 17, p. 83-112, 2002.

²⁸ **Requisitos da oferta:** os mesmos requisitos do pagamento (intenção de solver a dívida; prestação, tempo, lugar, quantidade e qualidade em conformidade com o contrato ou a lei; direito de realizar o pagamento por parte do pagante e direito de receber por parte do recebedor; eventualmente a capacidade de transferir ao credor a propriedade da prestação oferecida em pagamento), mais uma demonstração inequívoca da disposição e capacidade de realizar o pagamento. Caso o devedor já tenha descumprido o contrato, de

do procedimento do **pagamento em consignação**;²⁹ (b) ela é necessária para a *caracterização* da **mora do credor** e produção de todas as consequências daí decorrentes;³⁰ (c) ela é necessária (no direito anglo-americano, de forma geral, e nos ordenamentos romanistas, de forma limitada) para a *caracterização* do **inadimplemento do credor**, permitindo o exercício das sanções cabíveis em virtude do descumprimento do contrato. Ressalte-se que, no caso de prestação de serviços, é impossível o pagamento em consignação; restando ao devedor as alternativas “b” e “c” com a oferta do pagamento.

Fluidez quanto à caracterização do inadimplemento: descumprimento da adquirente enquanto credora ou enquanto devedora?

Observe-se que existe uma maneira de o devedor conseguir obter a resolução do contrato, mesmo nos ordenamentos de tradição romanista, *sem a necessidade de caracterização* do **inadimplemento do credor**. Vamos utilizar os fatos do caso norte-americano para fazer uma ilustração. Suponha que houvesse, no contrato entre a T.W. Oil (devedora do óleo) e a Con Ed (credora do óleo), uma cláusula fixando a data de pagamento do preço pela compradora Con Ed. Em tal hipótese, a oferta de pagamento pela devedora T.W. Oil, purgando a sua mora, faria com que tal devedora tivesse o direito de exigir o pagamento do preço na data combinada (mesmo sem entregar o carregamento de óleo). Ao exigir o preço, a T.W. Oil estaria agindo na sua **posição de credora**. Caso a Con Ed (devedora do preço) não fizesse o pagamento, então a T.W. Oil (credora do preço) poderia alegar o **inadimplemento da devedora**. A Con Ed provavelmente não iria conseguir se defender da acusação de inadimplemento com a alegação do exercício da exceção de contrato não cumprido, já que o inadimplemento da T.W. Oil em relação à qualidade do óleo não era substancial. Desta forma, mesmo em um ordenamento de tradição romanista, que não reconhece – em princípio – a possibilidade de inadimplemento do credor, seria possível sancionar a compradora. O truque seria focar não no inadimplemento do (controverso) **dever de receber** a mercadoria, inadimplemento da Con Ed em sua **posição de credora**; mas sim no inadimplemento do (pacífico) dever de pagar o preço,

maneira que lhe possa ser imputável, então além dos requisitos acima o devedor também tem de oferecer o pagamento de uma indenização ao credor pelos prejuízos causados em virtude do atraso. Cf. VAQUER ALOY, Antoni. *El ofrecimiento del pago*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019 (para a discussão sobre a evolução jurídica desse instituto desde a idade média, passando pela discussão da doutrina alemã do século XIX e chegando em alguns ordenamentos modernos).

²⁹ Cf. VIGNERON, Roger. *Offerre aut deponere. De l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*. Liège: Faculté de Droit, 1979 (discorrendo sobre a evolução do instituto no direito romano).

³⁰ *Efeitos da oferta em relação ao devedor*: (a) desculpa para o inadimplemento, caso o devedor ainda não tenha descumprido; (b) afastamento do direito do credor de obter a resolução do contrato em virtude do prévio inadimplemento do devedor; (c) atenuação da responsabilidade do devedor pelo perecimento ou deterioração da prestação devida (ele passa a responder somente por dolo); (d) direito de cobrar indenização do credor pelos prejuízos sofridos com a conservação da prestação devida; (e) direito de cobrar a contraprestação devida pelo credor (normalmente, o preço), ainda que o devedor seja liberado de seu dever de cumprimento em virtude de impossibilidade ou onerosidade; (f) impedimento ou cessação do corrimento de juros, indenização por lucros cessantes e outros prejuízos decorrentes do atraso, assim como não cabimento de multa e outras penalidades em virtude do inadimplemento; (g) permissão concedida ao devedor para revender a prestação devida para um terceiro, com o depósito do dinheiro arrecadado em favor do credor; (h) reconhecimento da dívida e interrupção da prescrição; (i) tendo o devedor o direito de escolher, a oferta do pagamento pode eventualmente deixar evidente a escolha da prestação a ser entregue, tornando-a uma obrigação de dar coisa certa, nos casos em que anteriormente a obrigação era de entregar coisa genérica.

inadimplemento da Con Ed em sua **posição de devedora**. O problema é que essa estratégia nem sempre funciona. Por exemplo, suponha que, ao invés de fixar uma data certa para o pagamento do preço, o contrato tivesse estipulado que a Con Ed teria de pagar tão somente após a aprovação da qualidade e quantidade do óleo, com a conseqüente entrega de todo o óleo pela vendedora. Em tal hipótese, a T.W. Oil não teria condições de atuar como credora, exigindo o pagamento do preço, antes da entrega do óleo. Ao menos não teria condições de fazer isso sem uma reinterpretação das cláusulas do contrato. Por causa disso, em face da resistência da compradora, ela teria de realizar o pagamento (entrega do óleo) através do procedimento de consignação. Neste caso, as suas opções ficariam reduzidas: exigir o pagamento do preço e indenização pelo atraso; ao invés de resolução e indenização pelo prejuízo integralmente sofrido. Por isso, o ideal seria a plena aceitação da possibilidade de inadimplemento do credor adquirente (e não apenas as conseqüências negativas da *mora creditoris*) numa situação parecida com a do caso apresentado, permitindo ao devedor alienante obter a resolução e cobrar indenização com fundamento em tal inadimplemento.

Fórmulas para a indenização dos danos cabíveis ao devedor alienante

Existem alguns tipos de danos que o ordenamento jurídico permite o ressarcimento ao devedor dentro do contexto da denominada *mora creditoris*, tais como prejuízos com a oferta infrutífera de pagamento; com um aumento não esperado de despesas para a realização de novo pagamento; com a conservação da prestação devida até a realização do pagamento ou a extinção da sua obrigação; com eventuais procedimentos judiciais ou extrajudiciais para fazer o pagamento em consignação. O que defendemos é a ideia de que, além da indenização desses tipos de prejuízos, o devedor também possa cobrar indenização em relação aos danos que ele porventura venha a sofrer por causa do “inadimplemento” do credor. Em princípio, numa situação parecida com a do caso apresentado, o *devedor alienante* poderia cobrar indenização dos mesmos tipos de dano cuja indenização seria permitida ao *credor alienante*. Portanto, tal devedor poderia se valer das mesmas fórmulas anteriormente estudadas para a mensuração do dano do credor (perda com a realização de uma transação substituta, perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia, etc.).

PARTE II – INTERAÇÃO ENTRE OS TIPOS DE DANOS PATRIMONIAIS INDENIZÁVEIS

Esta parte do trabalho lida com a interação entre os vários tipos de danos patrimoniais indenizáveis, especialmente questões relativas à possibilidade de sua cumulação (ou não) e o direito de escolha do credor, que é um assunto cuja abordagem começou a ser feita na primeira parte e será agora aprofundado.

7. TRANSAÇÃO SUBSTITUTA OU CUSTO DE COMPLEMENTAÇÃO, CUSTO DE REPARO E INDENIZAÇÃO PELA DIMINUIÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO

É possível que o credor tenha recebido uma prestação em desconformidade com o

contrato (por exemplo: com um defeito, em quantidade menor do que a combinada, que não atende aos requisitos de qualidade estipulados em tal contrato, etc.). Em tais situações, o credor pode optar por resolver o contrato ou mantê-lo vigente. Os tipos de danos indenizáveis irão variar, a depender da opção exercida pelo credor. O credor que optar pela resolução poderá cobrar indenização pelas suas perdas com uma eventual transação substituta. Por outro lado, se mantido o contrato, o credor poderá cobrar indenização pelas suas perdas resultantes do reparo ou diminuição do valor de mercado da prestação desconforme. Portanto, o credor não pode cumular a indenização da perda sofrida com a transação substituta com a indenização daqueles outros tipos de dano (custo de reparo e diminuição do valor da prestação). Ressalte-se que a indenização baseada no custo de complementação da prestação incompleta (cuja fórmula foi anteriormente exposta, vide o caso 09) é uma forma especial de indenização do dano resultante da realização de uma transação substituta.

8. TRANSAÇÃO SUBSTITUTA AO INVÉS DE LUCRO ESPERADO COM O RECEBIMENTO DA PRESTAÇÃO

8.1. A norma padrão

Conforme exposto no início deste trabalho (caso 01), o credor que – uma vez ocorrida a resolução do contrato – tiver condições de realizar uma transação substituta, deverá cobrar indenização com base na perda que resultaria de tal transação. Ele não terá permissão, em tal caso, para cobrar indenização com base na perda do lucro que ele teria obtido com o recebimento da prestação alheia. A indenização com base no lucro somente é permitida na hipótese de ser inviável a realização de uma transação substituta. Em geral, o dano sofrido pelo credor com a realização da transação substituta é mensurado com base numa comparação entre o *preço combinado* no contrato inadimplido e o *preço combinado* numa transação substituta efetivamente realizada (transação substituta concreta) ou numa transação substituta que deveria ser idealmente realizada (transação substituta hipotética). Entretanto, existem complicações que fazem com que a norma padrão, aqui exposta, seja excepcionada ou até certo ponto qualificada em determinadas circunstâncias que serão expostas a seguir (exceção à norma: tópico 9; qualificação da norma: tópico 8.2).

8.2. Constelações de problemas especiais: transação substituta que não cobre todo o período de tempo em que perdurou o inadimplemento ou que excede tal período de tempo

Caso 13: **O construtor desapontado 01**. Um construtor celebra um contrato com o seu cliente para realizar uma edificação e cobra o preço de 800.000 para prestar o serviço. A obra tinha uma duração prevista de quase 24 meses, com início em 04 de janeiro de 2010 e término em 30 de dezembro de 2011. O cliente descumprir o contrato no início do oitavo mês (01 de setembro de 2010), deixando de pagar o preço combinado, quando a obra já havia sido iniciada e parte da edificação já havia sido construída. O construtor interrompe imediatamente a execução da obra em resposta ao inadimplemento do cliente. Poucos dias depois, após receber

uma confirmação de que o cliente não irá realizar nenhum outro pagamento, o construtor resolve o contrato. O custo variável de cumprimento por parte do construtor teria sido de 600.000, se a obra tivesse sido regularmente concluída. Porém, no caso concreto, o custo variável incorrido pelo construtor até o momento do inadimplemento por parte do cliente foi de 250.000. Sob tais circunstâncias, o lucro do construtor, na hipótese de o contrato ter sido adequadamente cumprido, teria sido de 200.000 (preço combinado de 800.000 menos custos variáveis de 600.000). À primeira vista, a indenização seria no montante de 450.000, consistindo no lucro perdido de 200.000, mais os custos desperdiçados de cumprimento da ordem de 250.000.

Entretanto, suponha que – 30 dias depois do inadimplemento e após a resolução do contrato (01 de outubro de 2010) – o construtor celebra um outro contrato com um terceiro, em substituição ao contrato inadimplido. Tal transação substituta não poderia ter sido feita se o construtor ainda estivesse obrigado a cumprir o contrato inadimplido, dados os limites da sua capacidade de trabalho. Na data do inadimplemento (01 de setembro de 2010), ainda faltavam quase 16 meses para o término do prazo de vigência originalmente previsto no contrato inadimplido. Suponha que o contrato de construção com o terceiro (transação substituta) tivesse o prazo de vigência de 14 meses, com término em 30 de novembro de 2011. Em tal hipótese, a transação substituta iria cobrir quase todo o período do contrato inadimplido, com exceção do período de 2 meses (60 dias). Suponha que o credor não tivesse condições de realizar nenhuma outra transação substituta adicional para cobrir esses dois meses faltantes. Suponha que o lucro obtido pelo credor com a transação substituta realizada fosse de 180.000. Neste caso, o credor teria o direito de cobrar do devedor inadimplente a quantia de 270.000 a título de indenização (lucro esperado no contrato inadimplido de 200.000 menos o lucro obtido na transação substituta de 180.000, acrescido das despesas que o credor havia incorrido até a data do inadimplemento no valor de 250.000).

Vamos ignorar por um momento a indenização das despesas incorridas pelo credor até a data do inadimplemento, que é um problema que abordamos no início da exposição do tópico 4 deste trabalho, e vamos focar nos problemas relacionados à transação substituta. A norma aplicada, para a mensuração do dano resultante da realização de tal transação, é a seguinte: o credor alienante que presta serviços com remuneração por um período de tempo certo, na hipótese de realização de uma transação substituta que não cobre todo o período de tempo em que perdurou o inadimplemento, terá o direito de cobrar indenização baseada no lucro que ele esperava obter no contrato inadimplido, devendo ser descontado do valor da referida indenização o lucro obtido com a transação substituta. Observe-se que o critério utilizado é o da comparação do lucro com o lucro, ao invés do critério da comparação do preço com o preço, ainda que os custos variáveis de cumprimento de ambos os contratos (inadimplido e transação substituta) fossem rigorosamente iguais. Quando fizemos a exposição do tópico 2.3 (caso 03), havíamos explicado que a comparação do lucro com o lucro ocorreria na hipótese de o custo variável de cumprimento do credor no contrato inadimplido ser diferente do seu custo variável de cumprimento na transação substituta. Agora, identificamos mais uma hipótese em que deve ser feita a comparação do lucro com o lucro: nos casos em que o período coberto pela transação

substituta não coincide com o período do inadimplemento nos contratos de duração determinada.

Caso 14: **O construtor desapontado 02**. Os fatos deste caso são os mesmos descritos para o caso anteriormente apresentado, com as seguintes diferenças: a transação substituta foi um contrato de 20 meses (01 de outubro de 2010 a 30 de maio de 2012); o lucro obtido na transação substituta foi de 200.000. Observe-se que, neste caso, para mensurar o prejuízo resultante da transação substituta, não é possível subtrairmos diretamente do lucro esperado no contrato inadimplido (200.000) o montante do lucro obtido na transação substituta (200.000). O motivo pelo qual tão operação matemática não pode ser feita é o fato de que o período coberto pela transação substituta (20 meses) ultrapassa o período em que perdurou o inadimplemento (16 meses). Assim, antes de realizarmos a operação, temos de calcular o benefício obtido pela transação substituta que é proporcional ao período do inadimplemento. Ao fazermos o cálculo, temos que $\frac{16}{20}$ de 200.000 = 160.000. Esse foi o benefício auferido pelo credor com a realização da transação substituta. Logo, o credor teria o direito de cobrar uma indenização no valor de 290.000 (lucro esperado no contrato inadimplido de 200.000 menos o lucro obtido na transação substituta de 160.000, acrescido das despesas que o credor havia incorrido até a data do inadimplemento no valor de 250.000).

Ignorando por um momento a indenização das despesas incorridas pelo credor até a data do inadimplemento, chegamos à conclusão de que – na hipótese de o período coberto pela transação substituta ser maior do que o período em que perdurou o inadimplemento – a fórmula aplicada para mensurar o dano resultante da realização de tal transação é a mesma utilizada no caso anterior (comparação do lucro com o lucro), com a ressalva de que o lucro obtido com a transação substituta deverá ser calculado de forma proporcional ao período do inadimplemento.

9. CREDOR ADQUIRENTE QUE AGE COMO INTERMEDIÁRIO

Caso 15: **KGM Harvesting Co. v. Fresh Network 42 Cal. Rptr. 2d 286 (Ct. App. 1995)**. KGM era um produtor e distribuidor de alfaces. A empresa KGM se comprometeu a entregar 14 carregamentos de alface por semana para a empresa Fresh Network, um intermediário neste ramo de negócios. Como a KGM sabia, a empresa Fresh Network havia celebrado um contrato com Castellini para vender-lhe todo o alface que ela obtivesse com a KGM, no preço de aquisição pago pela Fresh Network mais uma pequena comissão adicional. A empresa KGM inadimpliu o contrato. Então a Fresh Network realizou uma transação substituta no mercado e, posteriormente, vendeu os alfaces para Castellini cobrando como preço o custo de aquisição na referida transação substituta mais uma pequena comissão. A diferença entre o preço de aquisição dos alfaces no contrato inadimplido pela KGM e o preço de aquisição na transação substituta ficou entre \$ 650.000 e \$ 700.000. Entretanto, a empresa Fresh Network não perdeu essa quantia, pois ela conseguiu recuperar na venda para Castellini a maior parte da diferença entre os preços de aquisição acima mencionados. Como resultado, a perda efetiva da Fresh Network foi de apenas \$ 70.000, que correspondia ao montante de alfaces que Castellini

deixou de comprar (mas que foram adquiridos na transação substituta). Se Castellini tivesse adquirido todo o alface comprado pela Fresh Network na transação substituta, então a Fresh Network não teria sofrido qualquer prejuízo com o inadimplemento da KGM. Se Castellini tivesse se recusado a comprar e a Fresh Network não tivesse feito qualquer transação substituta, então o prejuízo sofrido pela Fresh Network teria sido a perda do seu lucro, a pequena comissão. Como a empresa credora Fresh Network não era o consumidor final, mas apenas um intermediário, a fórmula utilizada para calcular a indenização que lhe seria devida pela KGM não é a fórmula padrão utilizada para mensurar a indenização cabível ao credor adquirente (perda com a realização da transação substituta). O credor adquirente que age como intermediário é equiparado, até certo ponto, ao credor alienante.

Em tais casos, as normas aplicáveis são as seguintes: o credor não poderá cobrar uma indenização do devedor inadimplente com base no critério da suposta perda resultante de uma transação substituta na medida em que ele (credor) consiga repassar o custo do aumento do preço pago em tal transação substituta para um terceiro adquirente, consumidor final do produto que teria de ser entregue pelo devedor inadimplente, em virtude de um contrato entre ele (credor) e o referido terceiro, pelo qual o terceiro havia se comprometido a pagar um preço que refletia os custos de aquisição do referido credor. Em relação aos custos da transação substituta não repassados ao terceiro, o credor deverá cobrar indenização com base no critério da perda resultante da transação substituta. Caso o credor não tenha feito uma transação substituta, então ele deverá cobrar indenização com base no lucro que ele teria obtido com o recebimento da prestação devida no contrato inadimplido.

10. CUSTO DE REPARO OU DIMINUIÇÃO DO VALOR DE MERCADO DA PRESTAÇÃO

Caso 16: *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.* 382 P.2d 109 (Okla. 1962). Willie e Lucille Peevyhouse alugaram parte de sua fazenda para a mineradora Garland, para que esta última pudesse extrair carvão do subsolo do imóvel. Em troca do direito de extrair carvão, a mineradora Garland concordou em pagar royalties pelo carvão extraído e, além disso, realizar um trabalho de restauração do imóvel ao término do contrato de locação. A mineradora Garland não fez o trabalho de restauração, conforme o combinado, e então o senhor e a senhora Peevyhouse ajuízam uma ação cobrando uma indenização com base no custo para a realização do serviço de restauração. O custo de restauração girava em torno de \$29.000. Porém, tal serviço apenas aumentaria o valor de mercado da fazenda em torno de \$300; sendo que o valor do imóvel já restaurado seria em torno de \$3.200. O júri concedeu uma indenização aos Peevyhouse no valor de \$5.000; mas, em sede de apelação, a suprema corte do estado de Oklahoma disse que os credores teriam direito a uma indenização no valor de \$300, correspondente à diminuição do valor de mercado da sua fazenda em virtude da não realização do serviço de restauração.

A decisão do tribunal foi incorreta por três motivos. Primeiro, os Peevyhouse atribuíam um valor subjetivo à sua fazenda que excedia em muito o seu valor objetivo de mercado.

Segundo, os credores atribuíam também um valor estratégico para a sua fazenda, já que a parte alugada à mineradora era circundada por outros trechos de fazenda que pertenciam aos Peevyhouse. Aparentemente, eles desejavam transportar equipamentos de uma parte à outra da sua fazenda, utilizando o pedaço de terra alugado à mineradora. Terceiro, ao celebrar o contrato com os Peevyhouse, a mineradora certamente abateu uma quantia no valor dos royalties a serem pagos aos credores, justamente para ressarcir-la quanto ao custo de restauração da fazenda ao término do contrato de locação. Se a mineradora não tivesse tal obrigação de restaurar, ela teria pago um valor mais elevado, a título de royalties, pelo carvão extraído. A decisão da suprema corte de Oklahoma somente estaria correta se os credores não fossem pessoas naturais que estariam dispostas a investir o dinheiro recebido na indenização em serviços de restauração do imóvel; mas fossem uma grande corporação que fosse investir tal dinheiro em uma aplicação financeira ou na compra de várias outras fazendas semelhantes. No caso concreto, ainda que a indenização não fosse pelos \$29.000; ela teria de ser muito superior aos \$300.

Logo, a norma ideal é a seguinte: o credor pode escolher, como critério para o cálculo da sua indenização, entre o custo de reparo e a diminuição do valor de mercado da prestação recebida em desconformidade com o contrato. Entretanto, o credor deverá optar pelo critério da diminuição do valor da prestação na hipótese de o custo de reparo ser exorbitante; exceto nos casos em que, dadas as circunstâncias e motivos da celebração do contrato, a reparação da prestação desconforme é essencial para satisfazer as expectativas do credor quanto ao uso da referida prestação. Em suma, o credor não pode cumular a indenização dos danos acima apontados, mas tem a faculdade – em princípio – de escolher entre a indenização de um tipo de dano emergente ou outro. Em algumas situações a sua liberdade de escolha deve ser restringida, mas com ressalva de outras situações em que tal liberdade deverá ser preservada. Finalmente, é importante observar que, embora os danos aqui mencionados (custo de reparo e diminuição do valor da prestação) sejam danos tipicamente sofridos por credores adquirentes, nada impede que eles também possam ser sofridos por credores alienantes, como no exemplo do caso apresentado.

11. INDENIZAÇÃO DOS DANOS COM A TRANSAÇÃO SUBSTITUTA/CONCERTO DA PRESTAÇÃO EMBUTIDA NA INDENIZAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

Imagine o seguinte cenário: o alienante vende ao adquirente uma máquina industrial que, após algum tempo de uso, passa a consumir uma quantidade exagerada de combustível de maneira a reduzir significativamente a margem de lucro de tal adquirente. Em tal situação, o credor adquirente teria a opção de cobrar indenização pelo valor relativo à redução da sua margem de lucro pelo período da vida útil esperada daquela máquina industrial (lucros cessantes),³¹ ou cobrar indenização pelo custo do concerto ou substituição daquela máquina

³¹ Para uma situação análoga, cf. o caso *Outlook Windows Partnership v. York Intern. Corp.*, 112 F. Supp. 2d 877 (D. Neb. 2000).

industrial por outra (custo do reparo), ou cobrar indenização pela diferença entre o preço combinado no contrato inadimplido e o preço que ele teria de pagar para um terceiro para comprar uma máquina industrial semelhante (transação substituta). Alternativamente, ao invés de cobrar a indenização do dano sofrido com a transação substituta já realizada (ou com o custo do conserto já realizado), o credor poderia repassar aos seus clientes o custo dessa transação (ou conserto) por meio de um aumento do preço dos seus produtos (o que poderia lhe trazer prejuízos através da redução do seu volume de vendas) ou, ainda, poderia simplesmente amargar tal prejuízo por meio de uma redução da sua margem de lucro. Em tais casos, apesar da realização de uma transação substituta – ou da realização de um conserto – o seu prejuízo também poderia ser mensurado pela fórmula da perda dos lucros cessantes.

Em suma, o credor terá a opção de cobrar a indenização do prejuízo sofrido com a transação substituta ou com o custo do conserto como danos autônomos ou, alternativamente, poderá embutir a indenização desses danos no montante dos lucros cessantes nos casos em que: (a) ocorra uma redução da sua margem de lucro, causada pelo fato de ele ter de suportar o custo adicional relacionado à realização da transação substituta, ou o custo do conserto, sem repassa-lo aos seus clientes (redução da margem de lucro causada pela ausência de repasse de custos aos clientes); ou (b) ocorra uma redução do seu volume de vendas, causada pelo fato de ele embutir o custo adicional relacionado à realização da transação substituta, ou o custo do conserto, no preço de venda do produto final alienado aos seus clientes (redução do volume de vendas causada por um repasse de custos aos clientes).

12. LUCRO CESSANTE/DANOS EMERGENTES DA PRIVAÇÃO DO DINHEIRO OU JUROS

Reconhecimento da função indenizatória dos juros

Como a incidência dos juros possui função indenizatória, existem duas circunstâncias em que o seu cabimento não é admissível ou, ao menos, a sua incidência deve ser interrompida: (a) nos casos em que claramente não houve danos decorrentes da privação do dinheiro (talvez porque o credor tenha sido compensado de alguma outra maneira); e (b) nos casos em que os juros acumulados já alcançaram um montante suficiente para compensar o dano originalmente sofrido pelo credor em virtude da privação do uso do dinheiro, mesmo levando-se em conta o prejuízo adicional decorrente do atraso. Existem algumas decisões judiciais brasileiras que demonstram uma intuição deste princípio, ainda que elas não o articulem de maneira clara. Por exemplo, há decisões que modificam o termo inicial do corrimento dos juros moratórios de forma *contra legem* para evitar que a dívida alcance um valor exorbitante, muito além do que seria necessário para indenizar a vítima.³² Ao invés de manipular o início do corrimento dos juros, que

³² STJ-4ª T., Ag em Resp 166.595-AgInt, Min. Raul Araújo, j. 21.5.19, DJ 5.6.19 (relator: “na hipótese, a incidência de juros de mora a partir da citação, e não desde o evento danoso, tendo em vista que a ação foi proposta dezoito anos após o acidente, busca evitar que a parte seja beneficiada por sua demora e que o *quantum* indenizatório alcance na atualidade quantia que ultrapasse montante considerado razoável”).

traz inúmeros efeitos colaterais,³³ as cortes deveriam simplesmente reconhecer a sua função indenizatória e estipular limites ao montante da indenização. Isso seria parecido com o poder das cortes de reduzir o valor estipulado nas cláusulas penais manifestamente excessivas.

Princípio geral da indenização dos danos decorrentes da privação do dinheiro

O contratante que deixar de pagar uma *dívida pecuniária*,³⁴ ou uma *dívida originalmente não pecuniária* à qual tenha sido atribuído um valor em virtude de sentença ou acordo entre as partes,³⁵ terá de indenizar a outra parte pela privação do uso do dinheiro (lucros cessantes e danos emergentes). O credor poderá optar entre provar os seus danos ou realizar a cobrança de juros sobre o valor da dívida existente.

Presunção da ocorrência do dano e opção de prová-lo

O credor que quiser cobrar juros não precisa provar os prejuízos resultantes da privação do uso do dinheiro. Entretanto, ele poderá cobrar uma *indenização suplementar* baseada nos seus lucros cessantes ou danos emergentes, desde que prove que os juros são insuficientes para cobrir o seu prejuízo.³⁶

Provas robustas da ausência do dano e afastamento da indenização

O credor não terá o direito de cobrar indenização baseada nos juros se, por causa de uma transação substituta vantajosa ou por causa do recebimento de indenização por outros tipos de danos, não restar configurado o prejuízo pelo não recebimento do dinheiro no tempo devido.³⁷

Termo inicial e final do corrimento dos juros

O termo inicial dos juros, nas dívidas líquidas, começa a correr no término do seu prazo fatal de cumprimento, que pode ser a data de vencimento ou o término do prazo de cumprimento fixados no contrato,³⁸ a data que decorre de uma interpelação judicial ou extrajudicial em que foi

³³ Exemplos de decisões que reconhecem os efeitos colaterais deletérios da modificação do critério legal para o início do corrimento dos juros: STJ-4ª T., REsp 949.540, Min. Luis Felipe, j. 27.3.12, DJ 10.4.12 (“mesmo naquelas obrigações não quantificadas em dinheiro inicialmente ou ilíquidas, os juros moratórios fluem normalmente da data em que o devedor é constituído em mora, a qual, em se tratando de ato ilícito extracontratual, ocorre com o evento danoso, mercê do que dispõe o art. 398 do Código Civil de 2002. [...] Prestigiam-se os devedores que de forma mais expedita pagam suas dívidas ou acertam extrajudicialmente seus litígios, ao passo que impõe reprimenda mais penosa aos recalcitrantes); STJ-2ª Seção, REsp 1.132.866, Min. Sidnei Beneti, j. 23.11.11, maioria, DJ 3.9.12 (“a adoção de orientação diversa, ademais, ou seja, de que o início da fluência dos juros moratórios se iniciasse a partir do trânsito em julgado, incentivaria o recorrimo por parte do devedor e tornaria o lesado, cujo dano sofrido já tinha o devedor obrigação de reparar desde a data do ato ilícito, obrigado a suportar delongas decorrentes do andamento do processo e, mesmo de eventuais manobras processuais protelatórias, no sentido de adiar a incidência de juros moratórios”).

³⁴ CCB, art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de **pagamento em dinheiro**, serão pagas com atualização monetária (...) abrangendo **juros** (...).

³⁵ CCB, art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às **dívidas em dinheiro**, como às **prestações de outra natureza**, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes.

³⁶ CCB, art. 404, § único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor **indenização suplementar**.

³⁷ Para uma ilustração da aplicação desta norma, vide o caso 28 [Kutzin v. Pirnie, 591 A.2d 932 (N.J. 1991)] que será exposto mais adiante neste trabalho.

³⁸ Cf. STJ-4ª T., REsp 1.264.820, Min. Luis Felipe, j. 13.11.12, DJ 30.11.12 (“se o contrato de locação especifica o valor do aluguel e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações, a teor do art. 397 do Código Civil”); STJ-4ª T., REsp 1.192.326, Min. Luis Felipe, j. 8.4.14, DJ 8.5.14 (“a mora *ex re* independe de qualquer ato do credor, como interpelação ou citação, porquanto decorre do próprio inadimplemento de obrigação positiva, líquida e com termo implementado [...]. Dessarte,

exigido o cumprimento,³⁹ ou a data da citação em uma ação judicial. O termo inicial dos juros, nas dívidas ilíquidas, começa a correr a partir da data da citação. O termo final dos juros é o da data do pagamento da dívida⁴⁰ ou o da data do recebimento de uma vantagem patrimonial que compense o não pagamento da dívida.⁴¹

Regras supletivas, autonomia privada e seus limites

Os contratantes podem fixar a taxa de juros aplicável, desde que ela não possua caráter abusivo. Caso não o façam, ou caso a sua fixação deva ser considerada nula, o valor da referida taxa será fixado de acordo com os critérios previstos no ordenamento jurídico.⁴²

O dever de mitigação do dano

O credor não poderá cobrar indenização com base nos juros na medida em que, pelo emprego de medidas razoáveis, ele pudesse evitar os prejuízos resultantes da privação do uso do dinheiro.

PARTE III – TÓPICOS DIVERSOS

Esta parte do trabalho lida com questões que podem afetar o montante da indenização, mas que não tratam diretamente das fórmulas para o cálculo da indenização, assunto abordado na primeira parte, e nem tratam das normas de interação entre os diversos tipos de danos indenizáveis, assunto abordado na segunda parte.

13. INDENIZAÇÃO COM BASE NA PROTEÇÃO DO INTERESSE NEGATIVO

Este trabalho procurou identificar, até agora, os diferentes tipos de danos patrimoniais cuja indenização pode ser pleiteada pelo credor, na hipótese de inadimplemento do contrato por parte do devedor, para a proteção do denominado “interesse positivo” daquele credor (também conhecida como “indenização pela expectativa” do credor). Tal indenização tem como objetivo

se o contrato de prestação de serviço educacional específica o valor da mensalidade e a data de pagamento, os juros de mora fluem a partir do vencimento das prestações”).

³⁹ Cf. STJ-4ª T., REsp 1.170.372-AgRg, Min. Luis Felipe, j. 3.6.14, DJ 12.6.14 (“o art. 405 do Código Civil, segundo o qual os juros moratórios correm a partir da citação, deve ser lido no contexto do que dispõe o art. 397, parágrafo único, segundo o qual, não havendo termo certo, a mora pode se constituir mediante interpelação inclusive extrajudicial. Inexistindo prazo contratualmente estabelecido para o cumprimento da prestação, o pedido administrativo [feito pelo credor perante a seguradora] deve ser considerado marco de constituição do devedor em mora, em se tratando de obrigação contratual de pagar indenização prevista em apólice de seguro de vida”).

⁴⁰ STJ-5ª T., REsp 767.498, Min. Arnaldo Esteves, j. 9.3.06, DJ 26.2.07 (“o devedor constituiu-se em mora a partir da citação válida, situação que se mantém **até o efetivo cumprimento da obrigação**, não cessando mediante o oferecimento de embargos à execução. [...] A parte embargante, entendendo serem excessivos os cálculos apresentados pelo exequente, deveria ter realizado o pagamento dos valores que acreditava serem devidos – parte incontroversa –, desvencilhando-se, de tal modo, da incidência de correção monetária e de juros de mora sobre referido montante”).

⁴¹ Para uma ilustração do sentido da expressão “recebimento de uma vantagem patrimonial que compense o não pagamento da dívida”, vide o caso 28 [Kutzin v. Pirnie, 591 A.2d 932 (N.J. 1991)] que será exposto mais adiante neste trabalho.

⁴² CCB, art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

colocar o credor na situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido pela outra parte. Entretanto, também é importante tecer algumas considerações sobre a indenização voltada para a proteção do denominado “interesse negativo” do credor (também conhecida como “indenização pela confiança” do credor).⁴³ Embora a indenização padrão, na hipótese de inadimplemento do contrato, seja a indenização para a proteção do interesse positivo;⁴⁴ em algumas circunstâncias – especialmente diante das dificuldades para a produção de provas a respeito de certos tipos de danos – admite-se a indenização pelo interesse negativo, que tem como objetivo colocar o credor na posição em que ele estaria se ele nunca tivesse celebrado o contrato. A exposição que será feita a seguir não pretende ser exaustiva. Não iremos entrar em detalhes, por exemplo, a respeito da classificação dos diferentes tipos de danos cuja indenização seria admitida sob o ponto de vista da proteção do interesse negativo e nem iremos expor o seu regime jurídico. Isso contrasta com o que fizemos em tópicos anteriores deste trabalho a respeito dos danos emergentes e lucros cessantes cuja indenização é admitida sob o ponto de vista da proteção do interesse positivo.

Caso 17: **Hawkins v. McGee 146 A. 641 (N.H. 1929)**. Hawkins possuía uma mão desfigurada em virtude de um acidente sofrido na infância. O doutor McGee, que era um cirurgião, prometeu tornar a mão de Hawkins perfeita novamente caso ele concordasse em se submeter a uma cirurgia. No entanto, a cirurgia fez com que a mão de Hawkins ficasse irreversivelmente em pior estado. Considere que a mão de Hawkins poderia se encontrar em três diferentes estados: estado real após a cirurgia (péssimo); estado anterior à cirurgia (ruim); estado prometido após a cirurgia (perfeito). Considere os seguintes tipos de dano: sofrimento adicional criado pela mão em péssimo estado; sofrimento resultante da submissão a um procedimento cirúrgico desnecessário; diferença entre os ganhos que Hawkins teria com o seu trabalho, caso permanecesse com a mão ruim, e os ganhos que ele pode obter com uma mão péssima; valores pagos ao doutor McGee; valores pagos ao hospital; perda da renda do seu trabalho durante o período de internação antes e depois da cirurgia; perda da renda do seu trabalho durante o período de convalescença em sua casa. A reparação desses danos iria colocar Hawkins na posição em que ele estaria caso o contrato nunca tivesse sido feito (indenização pela confiança). Agora considere os seguintes danos: sofrimento pela decepção em não ter uma mão em perfeito estado; diferença entre os ganhos que Hawkins teria com o seu trabalho, caso tivesse uma mão perfeita, e os ganhos que ele pode obter com uma mão péssima. A reparação desses danos iria colocar Hawkins na posição em que ele estaria caso o contrato tivesse sido adequadamente cumprido (indenização pela expectativa).

Caso 18: **O construtor de navios**. Um determinado construtor de navios se compromete a fazer uma embarcação para um comerciante que trabalha no ramo de locação de

⁴³ Sobre as origens históricas desta distinção e a discussão ocorrida entre os teólogos-juristas da denominada escolástica tardia espanhola, cf. GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 289-297.

⁴⁴ Para uma explicação econômica a respeito da estrutura de incentivos criada para o credor e o devedor por meio da indenização pelo interesse positivo e negativo, cf. COOTER, Robert e EISENBERG, Melvin Aron. *Damages for Breach of Contract*. *California Law Review*, v. 73, n° 5, p. 1432-1481, 1985.

navios e embarcações. As partes contratantes concordam que o construtor não será responsável pelo fornecimento ou instalação de mobiliários, equipamentos de navegação, equipamentos de segurança (como barcos salva-vidas), ou outros itens complementares. O construtor está extremamente atarefado, com muitas ordens de serviço a serem cumpridas, e promete entregar a embarcação no prazo de seis meses. O equipamento de navegação que o comerciante quer ver instalado na referida embarcação precisa ser comprado com 60 dias de antecedência. O comerciante pode optar por esperar a entrega da embarcação, para somente depois fazer o pedido de compra do equipamento de navegação. Entretanto, o comerciante prefere fazer a compra do referido equipamento com 60 dias de antecedência da data combinada para a entrega da embarcação, de forma que ele possa alugá-la o mais rápido possível, aumentando assim os seus lucros. O construtor de navios não entrega a embarcação no prazo combinado e o contrato é resolvido. Se o comerciante não tivesse feito o investimento no equipamento de navegação de forma antecipada, os seus lucros cessantes seriam menores, já que ele não teria condições de alugar a embarcação logo após a sua entrega. Portanto, a realização dos investimentos aumenta o montante de uma eventual indenização pela expectativa do credor. Tal credor teria a opção de cobrar uma indenização pela violação da sua confiança, representada pelo custo do equipamento de navegação; ou teria a opção de cobrar uma indenização para a proteção das suas expectativas, representada pelo lucro que deixou de receber com a imediata locação da embarcação.

Caso 19: **A banda de rock.** Uma determinada banda de rock faz um contrato com um produtor de eventos para fazer um show dali a três meses. O produtor pode aumentar exponencialmente a sua receita pela venda de ingressos se ele investir na realização de propaganda com bastante antecedência. Na véspera do show, a banda avisa que não vai comparecer e o referido show é cancelado. O produtor pode optar entre cobrar o ressarcimento do custo da propaganda, indenização pela confiança; ou cobrar o lucro que ele deixou de ganhar com a venda de ingressos para o show, indenização pela expectativa.

14. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O INADIMPLEMENTO E O DANO

Caso 20: **Freund v. Washington Square Press, Inc. 314 N.E.2d 419 (N.Y. 1975).** Philip Freund, um escritor, celebrou um contrato com a editora Washington Square, pelo qual a editora obteve o direito exclusivo de publicar e vender um livro a ser escrito por Freund. A editora, por sua vez, concordou em pagar a quantia de \$2.000 ao escritor; mais um determinado valor, a título de royalties, com base no número de livros vendidos. O escritor escreveu o livro e o entregou à editora, que pagou o valor de \$2.000. Entretanto, a editora nunca chegou a publicar o livro porque, algum tempo depois da celebração do contrato, a referida editora parou de publicar livros de capa dura. O escritor ajuizou uma ação cobrando indenização e a justiça de primeiro grau concedeu-lhe uma indenização no montante de \$10.000, baseada no custo de publicação do livro por outra editora equivalente. O tribunal de apelação entendeu que o escritor tinha direito tão somente a uma indenização simbólica de 6 centavos, porque a expectativa do referido

escritor quanto ao recebimento de royalties pela venda dos livros, enquanto teoricamente possível de ser compensada, era especulativa. O tribunal afirmou que o escritor não forneceu nenhuma base concreta para a realização de uma estimativa razoável do montante de royalties que ele teria ganhado caso a editora tivesse cumprido fielmente o contrato. Embora a solução do caso talvez tenha sido correta, a fundamentação dada pelo tribunal foi equivocada. Existem diversas técnicas estatísticas que podem ser empregadas para calcular a probabilidade dos ganhos, que poderiam ser usadas por um perito. Ao invés de negar ao autor a indenização com base no fundamento da incerteza quanto ao nexo de causalidade, o tribunal poderia tê-la negado com fundamento no fato de que o autor, muito provavelmente, já teria sido adequadamente indenizado através do adiantamento que ele havia recebido no valor de \$2.000.

É interessante notar que atualmente há uma tendência jurisprudencial, em vários ordenamentos jurídicos, para a concessão de indenização, a despeito da incerteza quanto ao nexo de causalidade, por meio do acolhimento da teoria da perda de uma chance. Contudo, a solução mais simples seria simplesmente reconhecer a faculdade do juiz de ajustar o montante da indenização de acordo com o grau de certeza a respeito do nexo de causalidade. Por outro lado, nem sempre o problema é a incerteza por si só. Em muitas ocasiões, as cortes se valem indevidamente do argumento da incerteza quanto ao nexo de causalidade para resolver outros tipos de problemas, tais como – por exemplo – o estabelecimento de mecanismos de controle para limitar a indenização de danos exorbitantes, dada a excessiva vulnerabilidade do credor, ou o controle dos tipos de danos cuja indenização deve ser permitida, dada a alocação de riscos do contrato, entre outros problemas.

15. O DEVER DE MITIGAR O DANO

15.1. Consequências do inadimplemento do dever

Caso 21: *Rockingham County v. Luten Bridge Co.* 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929). O município de Rockingham havia celebrado um contrato com Luten para que este construísse uma ponte para o município. Após o início da construção da ponte, o município mudou de ideia e ordenou a Luten que interrompesse o seu trabalho. Luten ignorou o pedido do município e continuou a construir a ponte. A corte entendeu que Luten não tinha o direito de cobrar indenização pelos danos que ele sofreu após o pedido feito pelo município para a interrupção do seu trabalho. A explicação para tal decisão é o fato de que o credor não tem o direito de cobrar indenização pelos danos que ele sofreu que poderiam ter sido por ele mitigados. Suponha que Luten tivesse o direito de cobrar o preço de \$1.000.000 para a execução do serviço. Suponha que o custo total para o cumprimento do contrato tivesse sido estimado em \$800.000. Em tal caso, o lucro esperado por Luten seria equivalente a \$200.000. Suponha que Luten já tivesse gastado \$250.000 na construção da ponte quando recebeu a ordem do município para que ele interrompesse o seu trabalho. Suponha que Luten não tivesse o direito de exigir o cumprimento específico do contrato e que a sua melhor opção seria resolver o contrato em virtude do inadimplemento do município. Em tal caso, o montante da indenização seria de \$450.000

(\$200.000 referente ao lucro esperado, mais \$250.000 para ressarcir as despesas já incorridas). Luten deveria, como parte do seu dever de mitigar o seu prejuízo, interromper imediatamente a construção da ponte. Caso ele completasse o serviço até o final, o montante da indenização saltaria para \$1.000.000 (\$200.000 referente ao lucro esperado, mais \$800.000 para ressarcir as despesas incorridas). Em ambas as situações, a cobrança de indenização somente traria um benefício para Luten equivalente a \$200.000. Entretanto, caso Luten tivesse mitigado o seu dano, o município teria de pagar uma indenização de apenas \$450.000, ao invés de uma indenização no montante de \$1.000.000. Logo, para incentivar Luten a mitigar os seus prejuízos, ele deveria ter o direito de cobrar indenização apenas até o montante de \$450.000; considerando-se que o dano remanescente de \$550.000 poderia por ele ter sido evitado. Os danos sofridos pelo credor que ele poderia ter evitado, através da mitigação, não devem ser indenizados.

Caso 22: **O especialista em controle de pragas.** João é dono de uma empresa especializada em controle de pragas. A empresa de João celebra um contrato com Pedro, um agricultor, para que seja feito um serviço de controle das pragas que ameaçam a plantação de Pedro. A safra esperada por Pedro tem o valor de 80.000. A empresa de João combinou o preço de 10.000 para a execução do serviço. A empresa, pouco tempo depois da celebração do contrato, anuncia que não irá executar o serviço. Pedro, com o devido esforço, poderia contratar uma empresa semelhante para realizar o controle das pragas que ameaçam a sua plantação. Suponha que Pedro pudesse contratar outra empresa pelo preço de 11.000. Pedro deveria contratar tal empresa e cobrar uma indenização equivalente a 1.000. Caso Pedro não o faça, e a sua plantação pereça em virtude das pragas, ele não poderá cobrar uma indenização pelo valor da plantação. Pedro sofreu o prejuízo de 80.000 em virtude do inadimplemento do contrato por seu devedor. No entanto, caso ele tivesse tomado providências para mitigar o seu dano, ele teria sofrido um prejuízo de apenas 1.000. Logo, ele só pode cobrar uma indenização até esse valor, os 79.000 remanescentes não são indenizáveis.

15.2. Circunstâncias em que inexistente o dever

O dever de mitigar o dano é uma obrigação atribuída ao credor com o objetivo de reduzir a perda social que seria gerada na ausência de tal dever. O prejuízo do credor é transferido para o devedor com o pagamento da indenização. Portanto, uma redução do prejuízo total sofrido pelo credor/devedor é bem-vinda sob o ponto de vista da sociedade. Entretanto, há situações em que a mitigação do dano não tem como ser efetivada ou, ao menos, não é razoável atribuir ao credor a obrigação de tomar providências para mitigar o seu dano. A mitigação não tem como ser efetivada, por exemplo, se o credor já teve custos para o cumprimento da sua própria prestação, inclusive custos de oportunidade, de maneira que o pagamento integral da indenização seja a forma mais eficaz de compensá-lo. Em algumas ocasiões, o próprio contrato celebrado entre as partes dispensa o credor da obrigação de tomar quaisquer providências para mitigar o seu dano. O contrato também pode decidir o que ocorrerá na hipótese de o credor conseguir realizar uma transação substituta capaz de mitigar o seu dano: se os benefícios

auferidos com a referida transação deverão (ou não deverão) ser descontados do montante da indenização devida pelo devedor. Por exemplo, um estúdio de cinema pode combinar com uma atriz famosa o pagamento de uma quantia substancial apenas para que a atriz fique disponível para atuar num filme caso o estúdio decida filmá-lo no futuro. Durante o período de tempo em que a atriz ficou aguardando a decisão do estúdio, ela pode ter dispensado outras propostas milionárias por ter confiado no compromisso do estúdio de fazer o pagamento, independentemente da posterior decisão do estúdio quanto à produção do filme. Na hipótese de o estúdio tomar a decisão de não produzir o filme, ainda que tal decisão tenha sido tomada antes do término do período estipulado para a disponibilidade da atriz, ele não pode se negar a pagar a quantia combinada com base no argumento de que a atriz poderia ter mitigado o seu dano aceitando uma proposta alternativa para a atuação num outro filme.⁴⁵ Por outro lado, se a atriz conseguir um emprego alternativo, antes do término do seu período de disponibilidade, os benefícios auferidos com a transação substituta poderão ser descontados do montante da indenização devida.⁴⁶ Um problema parecido pode ocorrer com técnicos famosos de futebol, basquete e outros esportes. Goldberg fornece o seguinte exemplo:

Considere, por exemplo, os contratos plurianuais de dois técnicos empregados em grandes programas universitários de esportes: John Calipari na universidade de Kentucky e Rich Rodriguez em West Virginia. Ambas as partes (o técnico e a universidade) possuíam um substancial interesse na proteção da sua confiança no contexto do seu relacionamento. Se qualquer uma delas quisesse se livrar da relação contratual, de maneira imotivada, tal parte teria de arcar com algumas consequências, mas ambas queriam reter tal opção. Os dois contratos, cada um do seu modo, adotaram mecanismos um pouco diferentes para a proteção da confiança das partes. Na hipótese de rescisão do contrato de Calipari pela universidade de Kentucky, tal universidade teria de pagar uma indenização fixada no valor de \$3 milhões por ano, para cada ano remanescente do contrato. Tal quantia era apenas um pouco menor do que o técnico iria receber se ele não fosse demitido e se ele obtivesse ao menos alguns dos bônus de incentivo. Calipari teria a obrigação de “fazer diligências razoáveis para a obtenção de um emprego”. Se ele fosse bem sucedido, então a indenização seria “reduzida pela quantia do pacote de compensação anual minimamente garantido do novo emprego do técnico”. Isto é, ele teria um dever de mitigar e ocorreria um desconto parcial [no valor da indenização]. Por outro lado, caso Calipari optasse por rescindir o contrato antecipadamente, ele teria de pagar uma indenização que iria decrescer com a passagem do tempo: \$3 milhões se a rescisão ocorresse no primeiro ano, declinando para \$500.000 no quarto ano e nada no quinto ano. Por sua vez, o contrato de Rodriguez era mais simples. Se ele ou a universidade rescissem de forma imotivada, haveria um único pagamento de \$2 milhões. Rodriguez não teria a obrigação nem de mitigar e nem de descontar [do valor da indenização] quaisquer ganhos [obtidos com novos empregos].⁴⁷

Em suma, exceto nos casos em que: (a) a mitigação dos danos possa ferir interesses fundamentais do credor; ou (b) exista uma cláusula contratual, de caráter não abusivo, afastando o dever de mitigação; o credor tem o dever de mitigar os seus danos. Quaisquer danos por ele

⁴⁵ Estes são os fatos ocorridos no caso *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 474 P.2d 689 (Cal. 1970).

⁴⁶ Cf. *de la Falaise v. Gaumont-British Picture Corp.* 103 P.2d 447 (Cal. Dist. Ct. App. 1940).

⁴⁷ GOLDBERG, Victor P. *Rethinking contract law and contract design*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 16.

sofridos em virtude do descumprimento de tal dever não serão indenizáveis.

15.3. Indenização suplementar na hipótese de mitigação

Caso 23: *Mr. Eddie v. Ginsberg 430 S.W.2d 5 (Tex. Civ. App. 1968)*. Ginsberg havia celebrado um contrato de trabalho com prazo de duração de 3 anos. Ele foi demitido sem justa causa por seu empregador pouco tempo depois do início da vigência do contrato. Imediatamente após a sua demissão, Ginsberg foi admitido em outro emprego, permanecendo em tal emprego por quase 9 meses ganhando o salário de \$13.760. Depois que Ginsberg deixou este segundo emprego, ele gastou \$1.340 na tentativa de encontrar outro trabalho, mas sem sucesso. A corte decidiu que Ginsberg tinha o direito de cobrar indenização com base no valor dos salários remanescentes, no primeiro contrato, até completar os 3 anos; menos o salário de \$13.760 obtido no segundo contrato; e acrescentando-se o valor de \$1.340 (equivalente às despesas incorridas na tentativa de mitigar os seus danos). Obtendo um novo emprego ou não, Ginsberg tinha o direito de cobrar indenização dos gastos que ele teve tentando obter tal emprego. Conferir ao credor o direito de obter o ressarcimento destes gastos é uma forma de incentivá-lo a tentar mitigar o dano por ele sofrido em virtude do inadimplemento do devedor.

Ginsberg, como alienante do seu trabalho, cobrou indenização com base na fórmula da perda do lucro esperado com o recebimento da prestação alheia (salários naquele contrato de duração determinada).⁴⁸ Ginsberg cumpriu o seu dever de mitigação do dano, não pelo motivo de ter efetivamente conseguido um novo emprego, mas sim pelo motivo de ter feito um esforço razoável para obtenção deste novo emprego. Ginsberg teve sucesso numa das tentativas de mitigar o dano (aquela em que ele obteve o novo emprego), mas não teve sucesso em outras. De qualquer maneira, ele teve gastos nas suas tentativas de mitigação (bem sucedidas ou não). Por isso, além da norma a respeito de como calcular o dano sofrido pelo credor com o inadimplemento (fórmula da perda do lucro esperado), a corte que decidiu o caso aplicou outras duas normas. Primeira norma (ganhos resultantes da mitigação): quaisquer ganhos obtidos pelo credor, que tenham se tornado possíveis por causa do tempo extra que lhe foi liberado por não estar mais obrigado a cumprir as suas obrigações no contrato inadimplido pelo devedor, serão utilizados para abater o valor da indenização devida pelo devedor ao credor. Segunda norma (indenização suplementar): quaisquer despesas incorridas pelo credor no cumprimento do seu dever de mitigação poderão ser cobradas pelo referido credor como parte dos danos indenizáveis.

15.4. Mitigação dos danos e período dos lucros cessantes indenizáveis

Caso 24: *REsp 1.110.417-MA, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011*. O caminhão tanque da empresa Esso Brasileira de Petróleo foi responsável por um incêndio, ocorrido em 17/05/1992, que destruiu as instalações

⁴⁸ Ou, vista a questão sob outra perspectiva, ele se valeu da fórmula da perda resultante de uma *transação substituta que não cobre todo o período de tempo em que perdurou o inadimplemento*, tópico 8.2 deste trabalho, que também utiliza a perda do lucro esperado como critério para a mensuração do dano.

de um posto de combustíveis. No ano de 2006, houve condenação da empresa Esso, em primeira instância, a pagar uma indenização pelos danos emergentes e lucros cessantes sofridos pela empresa proprietária do posto. O período de tempo coberto pela indenização dos lucros cessantes, segundo o juiz de primeiro grau, posteriormente apoiado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, se iniciava na data da ocorrência do sinistro, em 1992, e terminava na data da confecção do laudo pericial em primeira instância no ano de 2006. A explicação dada para a indenização dos lucros cessantes por todo este período de tempo foi o fato de que a empresa proprietária do posto de combustíveis provou que ela permaneceu inativa durante todo este período. Se o mero fato de a empresa permanecer inativa era o fator relevante para o cálculo do período de tempo dos lucros cessantes indenizáveis; então por que a condenação em primeira instância não fixou um período de tempo ainda maior, como 20 ou 30 anos, ao invés dos aproximadamente 14 anos? Afinal, a empresa poderia continuar a sofrer prejuízos por deixar de vender combustíveis por um longo período de tempo após a condenação do causador do dano. No entanto, a empresa tinha o dever de mitigar o seu dano. Ela não poderia simplesmente ficar parada esperando o seu prejuízo se acumular. Por isso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o período dos lucros cessantes indenizáveis se iniciava na data da ocorrência do sinistro e terminava na data em que expirasse o “período de tempo necessário para as obras de reconstrução”. Assim, o STJ determinou “o retorno dos autos à origem, para que seja realizada nova perícia, com a delimitação dos lucros cessantes ao período de tempo necessário para a reconstrução do posto”. É importante ressaltar que a determinação de tal período teria caráter hipotético, pois, como era sabido pelo Tribunal, a empresa proprietária do posto aparentemente desistiu de reconstruir o referido posto, já que ela havia alienado o imóvel onde se encontrava o posto destruído aproximadamente 7 anos após a ocorrência do sinistro.

Embora aparentemente não discutido no caso litigado, os benefícios auferidos pelos sócios da empresa proprietária do posto em outras atividades econômicas deveriam ser deduzidos do montante da indenização a ser paga pela empresa Esso pelos danos emergentes e lucros cessantes causados; desde que tais ganhos econômicos tivessem sido possibilitados justamente pelo aumento do tempo disponível de trabalho daqueles sócios em virtude do sinistro. Existe ainda um outro aspecto sob o qual a decisão do STJ pode ser criticada. Aparentemente, não houve discussão da questão de qual seria a melhor estratégia disponível aos sócios da empresa proprietária do posto de combustíveis para mitigar o seu dano. Eles poderiam, como sugerido pelo STJ, tentar reconstruir o posto. Ou eles poderiam tentar adquirir outro posto semelhante ao destruído pelo incêndio. Ou eles poderiam tentar adquirir outro imóvel e construir um posto equivalente no local. Ou eles poderiam mudar o ramo de atividade econômica, como parece ter acontecido no caso concreto litigado. Em termos ideais, o STJ deveria ter instruído o juiz de primeira instância a colher provas sobre a melhor estratégia disponível nas circunstâncias do caso para mitigar os danos sofridos pelos sócios da empresa dona do posto de combustíveis. Além disso, o STJ deveria ter instruído o juiz de primeira instância a – após a determinação da melhor estratégia de mitigação do dano – colher provas que poderiam ajudar a esclarecer qual seria o período de tempo razoável para a adoção da

referida estratégia e, conseqüentemente, estabelecer o período de tempo em que os lucros cessantes seriam indenizáveis. Da forma como ficou decidido, o juiz de primeira instância teria apenas de estabelecer o período de tempo necessário para a reconstrução do posto, como se essa fosse a única e a melhor estratégia de mitigação do dano disponível aos credores.

16. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM CASO DE DANOS EXORBITANTES

Os casos 25 e 26 lidam com danos exorbitantes que seriam considerados, em larga medida, atípicos; enquanto o caso 27 lida com danos exorbitantes que se enquadram na categoria dos lucros cessantes.

Caso 25: *OLG, Hamm, 28 Fev. 1989, NJW 1989, 2006*. O devedor era uma firma de tradução que estava obrigada, com base em um contrato, a traduzir um manual de peças de motocicletas para várias línguas europeias: holandês, francês, inglês, espanhol e italiano. Após o recebimento da tradução realizada pelo devedor, o credor mandou imprimir milhares de exemplares do referido manual, sem se dar conta de que existiam erros de tradução. Os erros só foram percebidos depois que os manuais já haviam sido impressos e distribuídos. O credor sofreu grandes prejuízos, pois – além de corrigir a tradução equivocada – ele teve de recolher os manuais com a tradução defeituosa e imprimir e distribuir novamente milhares de exemplares com a tradução correta. A corte negou o direito do credor de cobrar indenização com base no argumento de que o credor (vítima do dano) foi negligente por não ter informado ao seu devedor (causador do dano) sobre o fato de que pretendia imprimir os manuais sem antes fazer uma checagem da tradução em busca de eventuais erros. O argumento da corte alemã é artificial, já que era perfeitamente razoável que o credor confiasse na precisão da tradução feita por uma firma especializada. Ademais, o devedor poderia ter previsto que o credor sofreria um enorme prejuízo em virtude de uma má tradução. Isso não significa que a indenização deveria ser integral, sem nenhuma restrição. O montante a ser indenizado deveria ser uma fração dos danos efetivamente sofridos pelo credor, com base no fundamento de que o devedor não assumiu o risco, no momento da formação do contrato, de pagar uma indenização extremamente elevada em caso de inadimplemento do contrato. Conforme observado pela própria corte alemã: “o dano que poderia ter se materializado, e que de fato se materializou, era em torno de 40 vezes maior do que o preço cobrado pela firma para a realização da tradução”. Basta realizarmos a seguinte pergunta para sabermos se o devedor teve a intenção de assumir risco tão elevado: teria o devedor consentido em cobrar o pequeno preço que – de fato – ele cobrou, se ele soubesse que as chances de ter de pagar uma indenização astronômica na hipótese de inadimplemento fossem bastante elevadas? Claro que não teria concordado com isso! Provavelmente teria cobrado um preço bem mais elevado para a realização do serviço. A questão relevante não é se o devedor poderia ter previsto o dano que ele causaria ao seu credor em caso de inadimplemento, pois o dano era previsível. A questão relevante é se ele teve a intenção de assumir o risco de ter de pagar uma indenização tão elevada em caso de inadimplemento. O preço cobrado pelo serviço indica que provavelmente ele não teve tal intenção. Ao contrário da

decisão do caso concreto, a corte não deveria ter negado completamente o direito do credor de cobrar indenização, mas apenas deveria ter reduzido equitativamente o montante indenizável de acordo com o risco efetivamente assumido pelo devedor. Por outro lado, se o devedor tivesse feito uma tradução incorreta de forma deliberada (dolosa), então ele deveria responder por todo o prejuízo sofrido pelo credor, sem qualquer redução do montante indenizável.

Caso 26: **BGH, 29 Jan. 1969, NJW 1969, 789**. Durante o período noturno, um comerciante de joias preciosas havia entregue as chaves do seu carro para o porteiro/manobrista de determinado hotel para que o carro fosse levado para um estacionamento próximo do local, que pertencia a um terceiro, mas que era usado pelo hotel para guardar os carros dos seus hóspedes. No porta malas do carro havia uma coleção de joias preciosas. Embora o comerciante tivesse encontrado o porta malas trancado no dia seguinte, as joias haviam sido furtadas. O dano sofrido pelo credor (comerciante de joias) era muitas vezes superior ao preço cobrado pelo devedor (hotel) para fornecer o serviço de hospedagem. O descumprimento do contrato por parte do devedor, ao não cuidar adequadamente do carro colocado sob a sua guarda, gerou um enorme prejuízo ao credor. A corte alemã negou o direito do credor de cobrar indenização. O mais correto seria apenas ter reduzido equitativamente o montante da indenização cabível.

Caso 27: **Victoria Laundry v. Newman Industries Ltd, Court of Appeal, [1949] 2 KB 528**. A autora era uma lavanderia e tinturaria em Windsor. Ela tinha a intenção de expandir os seus negócios. Por isso, ela precisava de uma caldeira com uma capacidade de evaporação cinco vezes maior do que a caldeira que ela possuía. Em janeiro de 1946, a autora viu um anúncio de venda veiculado pela ré, no qual constava a oferta de duas caldeiras capazes de atender às necessidades da autora. As partes então iniciaram as negociações para a celebração de um contrato de compra e venda de uma dessas caldeiras. Em 26 de abril, elas já haviam chegado a um acordo para a compra da referida caldeira pelo **preço de £ 2.150**. Tal caldeira deveria ser desmontada e retirada do prédio da ré, onde ela estava instalada, para ser enviada ao endereço da compradora (Victoria Laundry). A vendedora sabia que a compradora era uma lavanderia e tinturaria e sabia que a intenção da compradora era a de utilizar a caldeira em seu negócio. Além disso, durante as negociações, a compradora havia expressado a sua intenção de colocar a caldeira em uso no menor tempo possível.

Conforme combinado entre as partes, a autora mandou um caminhão buscar a caldeira no endereço da ré no dia **05 de junho**. No entanto, a caldeira não foi entregue porque a autora ficou sabendo naquele momento que, quatro dias antes, a caldeira havia sofrido avarias por causa do descuido de um terceiro, contratado pela ré para fazer o seu desmonte. A autora se recusou a receber a caldeira antes que o estrago fosse consertado. A ré concordou em providenciar o reparo. A autora somente recebeu a caldeira no dia **08 de novembro** de 1946. A autora então ajuizou uma ação para cobrar indenização da perda (relativa aos lucros cessantes) sofrida no período de 05 de junho até 08 de novembro de 1946. Ficou provado que se a caldeira tivesse sido entregue pontualmente, durante as 20 semanas de atraso a autora teria angariado muitos novos clientes para o seu serviço de lavanderia (já que a demanda por tais serviços

naquela ocasião era insaciável); e, além disso, também teria aceitado um **contrato altamente lucrativo com o governo** (Ministério do Fornecimento) para a prestação de serviços de tinturaria. O lucro cessante pela perda dos serviços adicionais de lavanderia foi quantificado **em £ 16 por semana**; enquanto o lucro cessante pela perda do contrato com o governo foi quantificado **em £ 262 por semana**.

O ponto controvertido era a questão de se o lucro cessante dos serviços de lavanderia ($20 \times £ 16 = £ 320$) e o lucro cessante dos serviços de tinturaria ($20 \times £ 262 = £ 5.240$) deveriam ser integralmente indenizados pela ré devedora. A perda sofrida pela credora quanto aos serviços de lavanderia poderia ter sido razoavelmente esperada pela devedora; já a perda relativa ao contrato altamente lucrativo com o governo, que deixou de ser celebrado, talvez não pudesse ter sido tão facilmente vislumbrada. Talvez a ré pudesse ter previsto alguma perda para a autora relativa aos serviços de tinturaria, mas não o montante elevado que se materializou.

Assunção do risco no contexto da venda de mercadorias homogêneas com alto volume de vendas

É necessário fazer uma distinção entre, por um lado, os devedores que são vendedores de mercadorias relativamente homogêneas, vendidas em grande escala, e, por outro lado, aqueles devedores que são vendedores de mercadorias customizadas ou com pequeno volume de vendas. Os primeiros *normalmente não merecem* proteção. Os segundos *podem eventualmente merecer* proteção. De acordo com Eisenberg,⁴⁹ os vendedores de mercadorias homogêneas com um alto volume de vendas podem frequentemente estabelecer o nível de equilíbrio relativo ao preço e às precauções simplesmente utilizando-se de análise estatística. A maioria dos vendedores de mercadorias homogêneas com um alto volume de vendas não irá utilizar informações relativas às circunstâncias especiais dos compradores com o objetivo de adotar diferentes níveis de precaução porque o custo de processamento das mencionadas informações, o custo da adoção de vários níveis de precaução, ou ambos, irá exceder o valor esperado da adoção de diferentes níveis de precaução. Por exemplo, os Correios ou as transportadoras geralmente não tomam precauções adicionais quando estão fazendo o transporte de mercadorias valiosas. De forma similar, a maioria ou, pelo menos, muitos compradores não irão comunicar ao vendedor as informações relativas às suas circunstâncias especiais. Os compradores podem deixar de comunicar as informações sobre os danos a que estariam suscetíveis porque eles irão achar inconveniente e desnecessário incorrer nos custos relativos à comunicação de tais informações. Os compradores também poderão deixar de comunicar tais informações porque, por exemplo, o custo de criação de sistemas de informação e da comunicação em si excederá o valor esperado da comunicação; porque o comprador sabe que o vendedor não irá utilizar a informação; porque a comunicação da informação causará a perda de algum ou de todo o valor da informação para o comprador; ou porque a informação somente aparece após a formação do contrato. O pagamento de indenizações mais elevadas pelos vendedores de mercadorias homogêneas em grande escala não é injusto. Tais

⁴⁹ Cf. EISENBERG, Melvin Aron. *Foundational principles of contract law*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 244-254.

vendedores sabem que alguns clientes podem sofrer danos exorbitantes. Assim eles podem prever o seu risco agregado de pagar indenização, fixando um preço de equilíbrio que reflete o montante esperado desses danos. Tais vendedores podem fazer um planejamento antecipado, inclusive cobrando diferentes preços para a prestação dos seus serviços. Vide novamente o exemplo dos Correios, que cobram diferentes preços dependendo do grau de responsabilidade assumido em caso de extravio das mercadorias transportadas. Entretanto, a vendedora do caso apresentado (Newman Industries) não operava no mercado de venda de mercadorias relativamente homogêneas, vendidas em larga escala. Portanto, os fatores discriminados acima não seriam relevantes para a solução do caso apresentado.

Assunção do risco no contexto da venda de mercadorias customizadas com pequeno volume de vendas

O devedor que aliena mercadorias customizadas ou tem um pequeno volume de vendas nunca teria concordado em concluir o contrato com o seu credor caso pudesse ter imaginado a possibilidade de ter de pagar um valor indenizatório extremamente elevado. E o devedor não iria cogitar esta possibilidade por duas razões: i) porque ele *não sabia da excessiva vulnerabilidade* do credor; ou ii) porque, mesmo sabendo, ele *acreditava ser absolutamente remota* a possibilidade de descumprir o contrato. Nessa segunda hipótese (crença equivocada sobre as chances de inadimplemento), o devedor somente merecerá proteção se, devido à sua falha de racionalidade, houvesse uma *grande dificuldade para a realização de estimativas adequadas* a respeito do risco de inadimplemento do contrato; ou se, dada a disparidade de poder de barganha entre as partes, o devedor encontrasse enormes *empecilhos para se proteger através de cláusulas contratuais* que lhe fossem favoráveis (como cláusulas de limitação de responsabilidade e cláusulas que discriminam o preço cobrado de acordo com o grau de risco por ele assumido). Por sua vez, na primeira hipótese (desconhecimento da excessiva vulnerabilidade do credor), é necessário analisar como as partes teriam alocado o risco do dano extremamente elevado, se tivessem se manifestado expressamente sobre o assunto. É necessário analisar qual seria a vontade hipotética das partes, diante das circunstâncias do caso concreto. Vamos agora ver como esses fatores influenciariam a solução do caso apresentado.

Solução ideal do caso apresentado

A devedora era uma empresa de engenharia sofisticada. Por isso, não poderiam ser aplicados os argumentos da falha de racionalidade e dos empecilhos para se proteger através de cláusulas contratuais. Com base apenas nesses fatores, ela deveria pagar uma indenização integral, compreendendo os lucros cessantes dos serviços de lavanderia (£ 320) e os lucros cessantes dos serviços de tinturaria (£ 5.240). Entretanto, no que concerne ao elemento da ciência ou previsibilidade quanto ao grau de vulnerabilidade da credora, a questão não é tão simples. É possível argumentar que a perda sofrida pela credora quanto aos serviços de lavanderia poderia ter sido razoavelmente esperada pela devedora; já a perda relativa ao contrato altamente lucrativo com o governo, que deixou de ser celebrado, talvez não pudesse ter sido tão facilmente vislumbrada. Talvez a ré pudesse ter previsto alguma perda para a autora

relativa aos serviços de tinturaria, mas não o montante elevado que se materializou. Nessa hipótese, *ao invés de indenizar todo o valor dos lucros cessantes* relacionados ao serviço de tinturaria (£ 5.240), a ré devedora teria de indenizar *apenas a quantia* que ela poderia ter razoavelmente esperado. Essa seria a cláusula limitativa de responsabilidade que as partes teriam **hipoteticamente acordado** se tivessem previsto aquela situação. Basta imaginar que a credora provavelmente não estaria disposta a pagar um preço substancialmente maior pela caldeira, bem acima do que foi estipulado no contrato (£ 2.150), para que o risco de pagamento de uma indenização exorbitante fosse transferido para a devedora. Embora a *previsibilidade* do evento danoso e sua magnitude *não seja o único fator* relevante para inferirmos como teria sido o acordo hipotético das partes, tal previsibilidade é um importante fator. A maioria dos ordenamentos jurídicos não permite a cobrança de indenização relativa àqueles danos que eram imprevisíveis pelo devedor, exceto naquelas situações em que o devedor tenha *inadimplido dolosamente* o contrato (por exemplo, suponha que a devedora tivesse deixado de entregar a caldeira de forma deliberada, sem ter nenhum empecilho que causasse dificuldades ou a impedisse de fazer a entrega).⁵⁰ O primeiro código civil brasileiro, de 1916, continha uma norma parecida, que foi incompreensivelmente omitida na redação do código de 2002. Tal norma limitadora da indenização foi inspirada num conjunto de normas do código civil francês (citadas abaixo de acordo com a redação de 1804).⁵¹ Tal conjunto de normas foi copiado pelos códigos brasileiros de 1916 e 2002 em tradução literal, com exceção do artigo 1150 que, tendo sido acolhido de forma parcial e modificada pelo código civil brasileiro de 1916, foi completamente omitido no atual código brasileiro:

Art. 402⁵²

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.

[Sem correspondente no código atual]⁵³
tradução livre

⁵⁰ Observe-se que a redação do atual código civil brasileiro não deixar transparecer o motivo pelo qual o legislador menciona o dolo no art. 403. O motivo da menção, se levarmos em conta a origem histórica da norma no contexto do direito francês, é apenas reforçar o fato de que o dolo não afeta o nexo de causalidade de uma maneira geral, embora ele afete a aplicação da norma que restringe a indenização dos danos exorbitantes, excepcionando-a. No entanto, uma coisa é a declaração solene feita pelo legislador no sentido de que o dolo não deve afetar o nexo de causalidade, outra coisa é a aplicação prática do direito pelos juízes, dadas as características da psicologia humana que tende enxergar a presença de um nexo causal na medida em que as pessoas possam ser responsabilizadas pela ocorrência dos acontecimentos. Cf. PINKER, Steven. *The stuff of thought: language as a window into human nature*. New York: Viking, 2007, p. 65-73, 83-87, 208-233.

⁵¹ A norma limitadora da indenização dos danos exorbitantes (art. 1150 do código francês), por sua vez, foi inspirada numa norma de origem romana. Cf. GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 395-413 (mostrando as origens romanas da norma que impõe restrições aos danos exorbitantes, a discussão ocorrida na idade média, como o assunto veio a ser regulado nas codificações, o estado atual do assunto na jurisprudência de ordenamentos modernos e, finalmente, mostrando a lógica econômica da imposição dessas restrições e como a norma restritiva deveria ser idealmente formulada).

⁵² **Art. 1149.** Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.

⁵³ **Art. 1150.** Le débiteur n'est tenu que des **dommages et intérêts** qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, **lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée.**

O devedor só é responsável por **danos** que tenham sido previstos ou que possam ter sido previstos no [momento da formação do] contrato, **salvo na hipótese de o inadimplemento ter sido doloso**.

[Código de 1916, art. 1059, § único]

O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos **lucros**, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.

Art. 403⁵⁴

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 ideia central da redução da indenização cabível à credora compradora (Victoria Laundry) não deveria ser baseada *apenas* no fato de a devedora vendedora (Newman Industries) não ter sido capaz de prever a perda extremamente elevada da credora compradora (perda dos lucros cessantes, que efetivamente se materializaram, relativos aos serviços de tinturaria com o governo). De fato, tal perda talvez não pudesse ter sido prevista na data da celebração do contrato. Entretanto, ainda que tal perda pudesse ter sido vislumbrada, não deveria caber indenização na hipótese de ausência de assunção do risco por parte da devedora vendedora (Newman Industries). As circunstâncias do caso (ausência de conhecimento a respeito da futura celebração do contrato altamente lucrativo com o governo, preço cobrado pela vendedora para a alienação da caldeira, ausência de cláusulas contratuais expressas protegendo a vendedora, etc.) indicam que a vendedora *provavelmente não teve a intenção* de assumir aquele risco. Portanto, a indenização dos lucros cessantes deveria ser no valor de £ 320 pelos serviços de lavanderia perdidos, mais um montante (a ser calculado) que representasse a perda dos serviços de tinturaria que a credora compradora teria obtido em circunstâncias normais, não fosse o contrato altamente lucrativo com o governo. Lembrando que, pelo fato de a caldeira se tratar de um bem de capital não consumível, o período dos lucros cessantes indenizáveis segue as normas elucidadas no tópico 3.2.3 deste trabalho.

17. INDENIZAÇÃO PRÉ-FIXADA POR CLÁUSULA CONTRATUAL

Caso 28: *Kutzin v. Pirnie, 591 A.2d 932 (N.J. 1991)*. Milton Kutzin e Ruth Kutzin, alienantes, venderam uma casa para Duncan Pirnie e Gertrude Pirnie, adquirentes. O contrato foi celebrado no dia 01 de setembro de 1987. A casa foi vendida pelo preço de \$365.000. Os compradores pagaram \$36.000 de entrada. No dia 28 de setembro daquele ano, antes do pagamento do restante do preço e da transferência da propriedade, os compradores desistiram da aquisição. O contrato não permitia a desistência. Os vendedores se recusaram a desfazer o negócio e a devolver o dinheiro recebido. Pouco tempo depois, eles ajuizaram uma ação exigindo o cumprimento do contrato (pagamento do restante do preço). Durante a pendência da ação judicial, os vendedores alienaram a casa para um terceiro pelo preço de \$352.500. Por

⁵⁴ **Art. 1151.** Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

isso, eles emendaram o pedido contido na petição inicial, desistindo do pedido de cumprimento. Os vendedores passaram então a exigir uma indenização pelos prejuízos sofridos em virtude do inadimplemento do contrato por parte dos adquirentes. Os danos alegadamente sofridos pelos vendedores foram os seguintes: (a) \$12.500 relativos ao preço menor de venda do imóvel para o terceiro; (b) \$3.825 relativos a despesas com o imóvel (como água, luz, IPTU e seguro residência) incorridas durante o período compreendido entre a data prevista para a transferência da propriedade para os compradores inadimplentes e a data da transferência da propriedade para o terceiro; (c) o custo de troca do carpete do porão da casa (\$1.000), para que ela ficasse mais atraente para possíveis compradores; (d) juros pelo não recebimento do restante do preço da casa na data combinada; (e) ressarcimento do imposto de renda majorado (ganhos de capital), que os vendedores tiveram de pagar por causa da alienação frustrada. A soma dos danos acima discriminados, com exceção dos danos previstos nas letras “d” e “e”, cujo valor não foi estabelecido, perfazia o total de **\$17.325**. Os vendedores argumentaram que eles não deveriam ser obrigados a restituir aos compradores o valor que excedesse os danos por eles sofridos, já que o montante de \$36.000 que havia sido pago pelos compradores como entrada deveria ser considerado como uma arra ou sinal. Código civil brasileiro, art. 418: “se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as (...)”; art. 419: “a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima”. O argumento dos vendedores era frágil, já que a cláusula que estipulou o valor de entrada em nenhum momento esclareceu que tal valor estava sendo entregue como um sinal.

Classificação dos danos

O prejuízo da letra “a” deveria ser classificado como um *dano emergente*, **relacionado à perda sofrida com a realização de uma transação substituta** (tópico 2.1). Os prejuízos das letras “b”, “c” e “e” deveriam ser classificados como *danos emergentes*, **na modalidade de danos atípicos**, que são danos sofridos pelo credor que – por seu caráter variado e idiossincrático – não encontram previsão por normas mais precisas (tópico 4, no final da exposição). O prejuízo da letra “d” seria um prejuízo **resultante da privação do recebimento da prestação alheia no tempo devido** (tópico 4, no início da exposição; tópico 5). Tal prejuízo poderia ser classificado ou como um *lucro cessante* ou como um *dano emergente*, já que a privação do uso do dinheiro poderia trazer diferentes consequências, a depender do uso para o qual o credor desejava empregar o referido dinheiro (tópico 5), **existindo um conjunto de normas especiais para a sua indenização**, conforme estipulado no código civil brasileiro (art. 395, 397, 404, 405, 406 e 407) e conforme esclarecido neste trabalho (tópico 12). Os juros (talvez na taxa de 1% ao mês) deveriam incidir sobre o valor integral do preço não pago, no valor de \$329.000 (365.000 – 36.000), da data do inadimplemento dos compradores até a data do recebimento da quantia de \$352.500 em virtude da transação substituta que os vendedores fizeram com o terceiro. A partir desse momento, não existiriam mais prejuízos decorrentes do atraso, pois o montante total recebido pelos vendedores (\$36.000 de entrada, pago pelos compradores, mais os \$352.500 despendidos pelo terceiro) totalizariam \$388.500, que é um

valor maior do que os \$365.000 originalmente devidos pelos compradores.

Nexo de causalidade, prova dos danos e assunção do risco pelos devedores

Os prejuízos das letras “a” e “b”, perda com a transação substituta e danos atípicos (despesas com o imóvel: IPTU, água, luz, etc.), **certamente deveriam ser** indenizados, pois são prejuízos *efetivos* que foram *diretamente causados* pelo inadimplemento dos compradores. O prejuízo da letra “c”, troca do carpete, que é um tipo de dano atípico, **não deveria ser** indenizado, por não ter conexão direta com o inadimplemento dos compradores (código civil brasileiro, art. 403). Não obstante, a corte que julgou o caso achou que havia nexo de causalidade. O prejuízo da letra “d”, resultante do atraso no recebimento do restante do preço, **certamente deveria ser** indenizado, por ser *efetivo* e ter sido *diretamente causado* pelo inadimplemento dos compradores. No entanto, a corte que julgou o caso achou que tal prejuízo tinha caráter especulativo. Uma explicação para a postura da corte é a seguinte: a venda da casa para o terceiro ocorreu poucos meses após o inadimplemento dos compradores. Dessa maneira, os vendedores acabaram recebendo, por meio da combinação da entrada dos compradores acrescida do preço pago pelo terceiro, uma quantia de dinheiro superior à quantia que era originalmente devida, suficiente para compensá-los em relação ao prejuízo decorrente do atraso (vide a exposição que fizemos no tópico 12). É possível que a corte tenha entendido que, por ser insignificante, o prejuízo dos vendedores com o não recebimento do preço na data combinada teria um caráter “especulativo”. Talvez a decisão da corte fosse diferente se os vendedores tivessem ficado alguns anos sem receber o preço. O prejuízo da letra “e”, pagamento de imposto, que é um tipo de dano atípico, **talvez não devesse ser** indenizado. O prejuízo com o pagamento de um imposto de renda mais elevado poderia ser parcial ou totalmente revertido por meio de uma futura restituição do valor excedente que foi pago ao fisco. Assim, a corte poderia ter entendido que tal prejuízo não era efetivo. Talvez fosse cabível uma indenização simbólica pelo trabalho que os vendedores iriam ter para obter a restituição do imposto. A corte que julgou o caso considerou tal prejuízo especulativo.

Como deve ser interpretado o valor dado de entrada pelos adquirentes

A cláusula que fixou o valor da entrada não poderia ser interpretada como um sinal. Não foram apresentadas provas ou indícios de que a intenção das partes era considerá-la como um sinal. Portanto, os vendedores deveriam restituir aos compradores inadimplentes o valor excedente, que extrapolasse o estritamente necessário para indenizar os seus prejuízos. Os vendedores receberam \$36.000 de entrada. Os prejuízos “a”, “b” e “c” somados totalizavam \$17.325. Supondo-se que todos esses prejuízos devessem ser indenizados, então os vendedores deveriam restituir aos compradores a quantia de \$18.675. Por outro lado, se a cláusula que fixou o valor de entrada **tivesse sido** expressamente caracterizada como um sinal, então ela deveria ser considerada válida. A indenização nela prevista (\$36.000) seria equivalente a menos de 10% do preço total combinado pela venda da casa (\$365.000). Tal valor seria uma estimativa razoável dos prejuízos que os vendedores poderiam, em tese, sofrer com o inadimplemento do contrato por parte dos compradores.

18. CONCLUSÃO

A ausência de detalhamento da legislação brasileira a respeito da classificação e regime jurídico dos tipos mais específicos de danos emergentes e lucros cessantes decorrentes do inadimplemento do contrato traz problemas de diversa ordem. A grande incerteza quanto ao direito vigente pode trazer consequências negativas. As partes contratantes podem ter maior dificuldade para planejar a sua relação contratual, inclusive por meio da redação de instrumentos contratuais mais adequados. Os advogados podem não ter clareza a respeito de como melhor orientar os seus consulentes. Os juízes podem ficar perplexos diante de casos complexos. Tais juízes podem tomar decisões que ignoram fatores relevantes. A produção de provas no curso do processo pode não focar no essencial ou, ainda, pode focar em questões irrelevantes (aumentando o custo do litígio). As decisões judiciais podem se tornar contraditórias e incompreensíveis ou, ao menos, não fundamentadas em princípios sólidos.

O presente trabalho espera contribuir para um melhoramento deste estado de coisas, trazendo maior clareza sobre esse assunto. O aporte do direito comparado (na forma da doutrina, legislação e jurisprudência estrangeiras) nos parece ser um mecanismo legítimo para o desenvolvimento do direito nacional.⁵⁵ Em princípio, não há objeções para o acolhimento, por parte dos juízes brasileiros, das sugestões feitas neste trabalho quanto ao regime jurídico ideal da indenização por inadimplemento do contrato. Como as normas nacionais mais relevantes (art. 402 e 403 do código civil) são muito abstratas, elas deixam de solucionar adequadamente eventuais conflitos, inclusive de ordem moral, que é uma das principais razões para a existência de um ordenamento jurídico legislado.⁵⁶ O detalhamento jurisprudencial daquelas normas por meio do acolhimento das sugestões aqui realizadas não desembocaria em decisões judiciais *contra legem*, justamente por causa do caráter abstrato daquelas normas, que demandam interpretação para a sua adequada aplicação.⁵⁷ Em relação aos motivos que levaram o legislador brasileiro (bem como os legisladores de outros países de tradição romanista) a regular o assunto de forma tão abstrata, não é possível fornecer uma resposta precisa. Mas certamente entre os fatores relevantes estão uma tendência histórica de longo prazo em direção à unificação do regime jurídico da indenização por inadimplemento contratual com o regime da indenização por inadimplemento de deveres extracontratuais, transformando-os num único regime da

⁵⁵ Cf. GORDLEY, James. Is comparative law a distinct discipline? *The American Journal of Comparative Law*, 46, p. 607-615, 1998 (defendendo a ideia de que o direito comparado não é uma disciplina autônoma, já que os juristas domésticos não devem ignorar o direito estrangeiro da mesma forma que um físico americano não deve ignorar um físico alemão ou italiano, e assim por diante).

⁵⁶ Cf. ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *The rule of rules: morality, rules, and the dilemmas of law*. Durham/London: Duke University Press, 2001. Outras razões para a existência de normas legais, ao invés da aplicação do direito diretamente emanada do senso de justiça dos juízes, são apontadas na Suma Teológica de Tomás de Aquino (Q.95, A.1; Q.96, A.6 e Q.97, A.1). As passagens relevantes podem ser consultadas em AQUINO, Tomás. Suma Teológica. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁷ Nos casos em que a lei é vaga ou ambígua, há um espaço para a elaboração de normas pelo poder judiciário sem ferir o postulado constitucional da separação dos poderes. Contudo, mesmo nos casos em que a lei é clara, existem argumentos favoráveis à aplicação do direito *contra legem* em circunstâncias excepcionais. Para uma argumentação filosófico-jurídica bastante sofisticada neste sentido, cf. BRAND-BALLARD, Jeffrey. *Limits of legality: the ethics of lawless judging*. New York: Oxford University Press, 2010.

indenização por “inadimplemento das obrigações”, refletida na atual estrutura do código civil brasileiro.⁵⁸ Um outro fator relevante talvez tenha sido a ausência, na época das codificações, de uma maior integração entre a ciência econômica e o direito, surgida no final do século XX.

O trabalho procurou adotar uma metodologia renovada, por meio da integração de insights das ciências econômicas com a análise dogmática das normas apresentadas (inclusive, em algumas ocasiões, com a sua contextualização histórica).⁵⁹ Tudo isso dentro de um espírito de integração sistemática da matéria, organizando os assuntos e concatenando as normas entre si.⁶⁰ Há um pressuposto tácito na doutrina dos países de tradição romanista no sentido de que as atividades de interpretação, elaboração e refinamento do direito devem partir dos códigos como ponto de partida.⁶¹ Entretanto, nada impede que tais atividades também possam utilizar decisões judiciais, problemas específicos e textos acadêmicos como ponto de partida para a elaboração e harmonização das normas jurídicas, como procuramos demonstrar ao longo deste trabalho. Esperamos que, assim, outros autores possam utilizar este trabalho como um ponto de partida, criticando-o, refinando as normas aqui expostas, desenvolvendo outros temas, num desenvolvimento orgânico tão típico da ciência do direito.⁶²

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry e SHERWIN, Emily. *The rule of rules: morality, rules, and the dilemmas of law*. Durham/London: Duke University Press, 2001.

AQUINO, Tomás. Suma Teológica. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do direito*.

⁵⁸ Cf. COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo I, p. 553-4 (“mas um quadro completo do direito da indenização da época pressupõe que tenhamos em conta a situação existente no contexto das diferentes relações contratuais, que estão reguladas no *Corpus Iuris*. É significativo que Molinaeus, em seu transcendental tratado ‘*De eo quod interest*’, faça a exposição de muitos destes problemas particulares e que na monografia alemã mais extensa sobre o assunto, feita por Manzius e de Martini, a questão seja essencialmente discutida de forma separada de acordo com cada um dos tipos de relações contratuais. Somente no final dessa época, no século XVIII, se chega na Alemanha a uma grande unificação, a saber, por meio da utilização da *actio legis Aquiliae*”); p. 645 (“no direito natural racionalista é desenvolvida a ideia de um direito geral de reclamar nos casos de causação culpável de um dano. A doutrina de Grócio já é decisiva [...] Tal doutrina foi acolhida por jusnaturalistas posteriores e também exerceu influência na prática do século XVIII. [...] Em seguida, a norma estabelecida por Grócio constituiu a base da regulamentação das grandes codificações”).

⁵⁹ Uma metodologia jurídica renovada e confiante em si mesma foi a recomendação feita por Franz Wiacker no final do seu livro clássico como solução para o problema da estagnação da teoria do direito privado. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 722 (“no desleixo e na retracção da teoria do direito civil anuncia-se também a debilidade das três condições fundamentais de uma civilística capaz: uma consciência geral do direito desprovida de dúvidas, uma plena percepção e elaboração do conjunto da realidade social e uma metodologia segura que acerte o passo com o pensamento de sua época”).

⁶⁰ Cf. COING, Helmut. *El sentido del derecho: historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*. México: UNAM, 1959, p. 35 (“por um lado, não é possível simplesmente desenvolver o tradicional sistema do direito privado. Por outro lado, não é possível renunciar ao desenvolvimento do direito privado em direção a um sistema. [...] É reconhecido que o sistema do direito privado não pode ser baseado em apenas uma codificação nacional, mas, ao contrário, deve ser baseado nos resultados das investigações do direito comparado e histórico, os quais devem elaborar a problemática *universal* e *fundamental* das condições da vida reguladas pelo direito privado, assim como os pontos de vista de sua solução”).

⁶¹ Cf. GORDLEY, James. Codification and legal scholarship. *U. C. Davis Law Review*, 31, p. 735-744, 1998.

⁶² A respeito da ideia de desenvolvimento orgânico do direito, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 53-105.

- São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BRAND-BALLARD, Jeffrey. *Limits of legality: the ethics of lawless judging*. New York: Oxford University Press, 2010.
- CARTER, J. W. *Carter's breach of contract*. 2ª ed. Oxford: Hart, 2019.
- COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo I.
- COING, Helmut. *Derecho privado europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, tomo II.
- COING, Helmut. *El sentido del derecho: historia y significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*. México: UNAM, 1959.
- COOTER, Robert e EISENBERG, Melvin Aron. Damages for Breach of Contract. *California Law Review*, v. 73, nº 5, p. 1432-1481, 1985.
- EISENBERG, Melvin Aron. *Foundational principles of contract law*. New York: Oxford University Press, 2018.
- FLESSNER, Axel. Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2, p. 255-320, 1997.
- GOLDBERG, Victor P. An economic analysis of the lost-volume retail seller. *Southern California Law Review*, 57, p. 283-298, 1984.
- GOLDBERG, Victor P. *Rethinking contract law and contract design*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.
- GOLDBERG, Victor P. The new-business rule and compensation for lost profits. *The Criterion Journal on Innovation*, v.1, p. 341-372, 2016.
- GORDLEY, James. Codification and legal scholarship. *U. C. Davis Law Review*, 31, p. 735-744, 1998.
- GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 2006.
- GORDLEY, James. Is comparative law a distinct discipline? *The American Journal of Comparative Law*, 46, p. 607-615, 1998.
- MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. *The German law of contract: a comparative treatise*. 2ª ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- PINKER, Steven. *The stuff of thought: language as a window into human nature*. New York: Viking, 2007.
- VAQUER ALOY, Antoni. *El ofrecimiento del pago*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.
- VAQUER ALOY, Antoni. Tender of performance, mora creditoris and the (common?) principles of European contract law. *Tulane European & Civil Law Forum*, v. 17, p. 83-112, 2002.
- VIGNERON, Roger. *Offerre aut deponere: de l'origine de la procédure des offres réelles suivies de consignation*. Liège: Faculté de Droit, 1979.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today*. New York: Oxford University Press, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*. New York: Oxford University Press, 1996.

Recebido: 12.04.2022

Aprovado: 17.10.2022

Como citar: FERREIRA, Flávio Henrique Silva. Classificação e regime dos danos por descumprimento do contrato: uma análise comparativa. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, p. 31-89, set./dez. 2022.

