



Vitor Szpiz do Nascimento

**O CUSTO DE OPORTUNIDADE
COMO COMPONENTE DO DANO INDENIZÁVEL**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientadora: Prof. Aline de Miranda Valverde Terra

Rio de Janeiro

Abril de 2024

Vitor Szpiz do Nascimento

**O custo de oportunidade como componente do dano
indenizável**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo programa de Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Banca examinadora:

Prof. Aline de Miranda Valverde Terra

Orientadora

Departamento de Direito PUC-RIO

Prof. Carlos Nelson de Paula Konder

Departamento de Direito PUC-RIO

Prof. Renata Carlos Steiner Reisodrfer

Renata Steiner – Direito Privado

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2024

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Vitor Szpiz do Nascimento

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2018). Advogado, especializado em Arbitragem Comercial Internacional pela American University – Washington College of Law (2020).

Ficha Catalográfica

Nascimento, Vitor Szpiz do

O custo de oportunidade como componente do dano indenizável / Vitor Szpiz do Nascimento ; orientadora: Aline de Miranda Valverde Terra. – 2024.

128 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2024.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Indenização. 3. Lucros cessantes. 4. Interesse negativo. 5. Interesse positivo. I. Terra, Aline de Miranda Valverde. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

AGRADECIMENTOS

Embora certas partes da tarefa do pesquisador sejam, necessariamente, solitárias, esta dissertação não teria sido concluída sem o apoio determinante de diversas pessoas. Passa-se a agradecer a parte delas, com a certeza de que as breves palavras a seguir serão insuficientes para identificar adequadamente todos e todas, bem como exprimir o papel fundamental que desempenharam para o desenvolvimento deste trabalho.

À professora Aline de Miranda Valverde Terra, cujo impacto no presente trabalho começa antes mesmo do meu ingresso no mestrado, porque autora de um dos artigos que me motivaram a procurar um programa de pós-graduação em Direito. Agradeço pelo privilégio de receber sua rigorosa e atenta orientação, bem como por ter franqueado a mim a possibilidade de acompanhar suas aulas na graduação, na qualidade de estagiário docente: não fossem as suas valiosas contribuições, em sala e fora dela, o resultado desta dissertação seria em muito distinto.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, dirijo os agradecimentos, por todos, ao professor Carlos Nelson Konder. Para além de sua contribuição fundamental de explicar-me a necessidade de se observar o Direito como objeto de estudo, na qualidade de cientista, e não apenas como instrumento à defesa de determinada posição, enquanto advogado, suas observações, sobretudo na banca de qualificação, foram fundamentais ao adequado enquadramento dos conceitos a seguir discutidos.

À professora Renata Steiner, estendo o agradecimento pela gentileza de emprestar seu tempo e suas distintas perspectivas, metodológicas e teóricas, à avaliação deste trabalho.

A Leonardo de Campos Melo, com quem tenho o privilégio de aprender a aplicar o Direito aos litígios desde 2016, os agradecimentos se estendem da inspiração, à permissão para que me ausentasse brevemente das tarefas do escritório em determinados períodos para a conclusão do mestrado. Aos demais colegas do LDCM Advogados, agradeço pelas valorosas discussões acerca do tema objeto de estudo, bem como pela estimulante convivência diária.

Ao papel fundamental de meus amigos, que me inspiram e tornam a vida mais prazerosa, o agradecimento toma emprestado a síntese de Lennon e McCartney: “I get by with a little help from my friends”.

À minha família devo o compromisso inadiável com a educação. Recheada de exemplos, acadêmico, pessoal e profissionais, vocês me estimulam diariamente a ir além.

Por fim, à Júlia, que acompanhou a conclusão do ensino médio, da graduação e o início do percurso no mestrado como minha namorada e cometeu a insanidade de consentir com que eu o terminasse como seu marido.

Resumo

NASCIMENTO, Vitor Szpiz do. **O custo de oportunidade como componente do dano indenizável**. Rio de Janeiro, 2024. 128 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Embora estranho ao Código Civil, o conceito de custo de oportunidade é, por vezes, visto em demandas, judiciais ou arbitrais, em conexão com os pedidos indenizatórios formulados pelas partes. Embora alguns estudos de Direito Civil mencionem o conceito, direta ou indiretamente, faz-se necessário analisá-lo cientificamente, sob o ponto de vista de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa investigar se e como o conceito poderá afetar o valor da indenização devida ao credor. Nesse sentido, após conceituar o custo de oportunidade, procede-se à análise da função da responsabilidade civil, bem como ao método de cálculo da indenização. Uma vez estabelecido esse instrumental, pretende-se contribuir para o debate a respeito de quais seriam os requisitos necessários a que dois distintos pedidos de indenização relacionados ao custo de oportunidade, observados com frequência em litígios, sejam atendidos: os pedidos relacionados ao custo de oportunidade dos valores que se investiu e os pedidos relacionados ao custo de oportunidade referente aos valores que se deixou de receber.

Palavras-chave

Custo de oportunidade. Lucros Cessantes. Interesse negativo. Interesse positivo.

Abstract

NASCIMENTO, Vitor Szpiz do. **Opportunity cost as part of the recoverable damages**. Rio de Janeiro, 2024. 128 p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Although foreign to the Civil Code, the concept of opportunity cost is often seen in judicial or arbitral proceedings, in connection with indemnity claims brought up by the parties. While some studies of Civil Law mention the concept, directly or indirectly, it is necessary to analyze it scientifically from the perspective of its compatibility with the Brazilian legal system, in order to investigate whether and how the concept may affect the value of damages due to the creditor. In this sense, after conceptualizing the opportunity cost, an analysis is made of the function of civil liability, as well as the method of calculating damages. Once this framework is established, the aim is to contribute to the debate regarding the necessary requirements for two distinct indemnity claims related to opportunity cost, frequently observed in disputes, to be met: claims related to the opportunity cost of invested amounts and claims related to the opportunity cost of amounts due but unpaid in whole or on time to the creditor.

Keywords

Opportunity cost. Damages. Loss profits. Reliance interest. Expectation interest.

Sumário

Introdução.....	10
1. O conceito de custo de oportunidade.....	14
1.1 O sentido do vocábulo “custo” no Código Civil.....	14
1.2 O conceito de custo na economia.....	20
1.3 O “custo de oportunidade” na jurisprudência.....	29
1.4 Conclusão parcial.....	37
2. Premissas fundamentais para a compreensão do custo de oportunidade enquanto fator relevante na composição da indenização.....	40
2.1 A função da indenização e a necessária aplicação do método da diferença.....	40
2.2 Os interesses: custo de oportunidade em relação a qual interesse juridicamente tutelado?.....	55
2.2.1 Interesse negativo e os valores investidos.....	55
2.2.2 Interesse positivo e os valores que se deixou de receber.....	62
3. Análise concreta do custo de oportunidade enquanto componente do dano indenizável.....	72
3.1 Custo de oportunidade em relação aos valores investidos.....	72
3.1.1 Limitação lógica às hipóteses de interesse negativo.....	72
3.1.2 Parcela dos lucros cessantes, distinta da perda da chance...	75
3.1.3 Nexo de causalidade: efetiva existência de alternativas negociais ou financeiras consideradas na data do investimento.....	78

3.1.4 A extensão do dano: inexistência de limite ou comparação em relação ao interesse positivo	82
3.2 Custo de oportunidade em relação aos valores que se se deixou de receber	87
3.2.1 Limitação lógica às hipóteses de interesse positivo.....	88
3.2.2 Indenização suplementar aos juros de mora	90
3.2.3 Nexo de causalidade: prova concreta de custo de oportunidade superior ao valor dos juros de mora legais.....	98
3.2.4 A extensão do dano: impossibilidade de equiparação necessária entre o custo de oportunidade e a remuneração de títulos públicos	102
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de um conceito econômico, analisado à luz de suas potenciais repercussões sobre o cálculo das perdas e danos devidas ao credor: o custo de oportunidade. Nesse sentido, destaca-se que, embora se desconheça estudo jurídico brasileiro exclusivamente dedicado ao tema, a análise do conceito, bem assim de sua relação com demais institutos de Direito Civil, não é inédita na doutrina nacional.

Com efeito, ao analisar especificamente o *quantum* indenizatório devido ao credor nas hipóteses de resolução contratual, SANTOS discorre sobre a possibilidade, em seu entender, de que a referida rubrica seja considerada, em determinados casos, como parte integrante das perdas e danos devidos ao credor.¹ Ainda que com notadas diferenças conceituais, sobretudo porque a argumentação ali externada não se presta à consideração do custo de oportunidade como parte integrante dos danos indenizáveis nas hipóteses de resolução do contrato, a temática também é abordada por STEINER, que reconhece a conveniência e possibilidade de que se atribua ao credor valor equivalente ao custo de oportunidade relativo à perda de negócios alternativos, quando do cômputo das perdas e danos a ele devidas em determinadas hipóteses.²

SILVA, por sua vez, aborda expressamente a noção, de forma correlacionada à adequada compreensão dos juros no cenário brasileiro, em obra dedicada ao inadimplemento das obrigações, em geral, e não ao cálculo da indenização, em particular.³ Ainda em conexão com os juros, TRINDADE também esmiuçou o impacto do conceito de custo de oportunidade sobre a controvérsia acerca da indenização suplementar potencialmente devida ao credor,⁴ nos termos

¹ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 302/314.

² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. pp. 248/256.

³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 218.

⁴ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 201.

do art. 404, parágrafo único, do Código Civil – que será diretamente objeto de análise no presente estudo.

Nada obstante isso, a questão merece maior aprofundamento, por um imperativo de ordem prática: não raro, os operadores do direito, em litígios judiciais e arbitrais, se deparam com pedidos de indenização com base no “custo de oportunidade”. Isso, porque conquanto farta em análise de hipóteses lesivas e de teorias correlatas ao nexo de causalidade, a doutrina pátria é lacunosa no que diz respeito à quantificação de danos indenizáveis e a sua sistematização,⁵ pelo que se afirma que as obras “raramente dedicam às consequências da inexecução do contrato, análise suficientemente ampla e articulada”.⁶

Por isso, o presente estudo tem por objetivo comparar e compatibilizar o referido conceito com as regras de indenização do Código Civil, para que se busquem balizas seguras ao manejo e ao julgamento de semelhantes pleitos, muito embora se reconheçam as incertezas inerentes ao cálculo de toda e qualquer indenização, porque apenas quantificada de forma final após o inadimplemento.⁷ Algumas hipóteses em que pedidos dessa natureza foram – ou poderiam ter sido – formulados serão abordadas ao longo do presente estudo.

Nesse sentido, o estudo será iniciado com análises conceituais. Para isso, após compreender a interpretação atribuída ao vocábulo “custo” nas raras hipóteses em que mencionado no Código Civil, buscar-se-á a compreensão do conceito no campo da Economia – bem assim a sua comparação com o uso da noção de “custo” nas Ciências Contábeis. Da definição econômica de custo defluirá, por sua vez, o conceito de custo de oportunidade, bem como os seus desdobramentos, relevantes à tomada de decisão de agentes econômicos.

Destaca-se que, conquanto o presente estudo faça referência interdisciplinar à Economia, sobretudo para a compreensão do conceito de custo de oportunidade, não será adotada a metodologia da Análise Econômica do Direito. Ao revés, o estudo levará em conta as premissas metodológicas do direito civil-constitucional, de forma que se chegue a resultado que privilegie a análise funcional dos institutos

⁵ MARINO, Francisco. *Responsabilidade Contratual. Efeitos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 410.

⁶ XAVIER, Rafael Branco. *Resenha de: Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. STEINER, Renata C. São Paulo: *Quartier Latin*, 2018. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun.2019, pp. 215/216.

⁷ FRIEDMANN, Daniel. *Rights and remedies*. In: *Comparative Remedies for Breach of Contract*. Nili Cohen and Ewan McKendrick (Org.) Portland: Hart Publishing, 2005. pp. 3-17. p. 17.

e a unidade do ordenamento jurídico, considerado à luz da Constituição – premissas fundamentais a que se compreenda o estudo que será realizado acerca não apenas da responsabilidade civil, mas também dos juros de mora.

Uma vez estabelecido o conceito de custo de oportunidade a ser trabalhado, passa-se a comparar a noção teórica extraída da Economia com o seu (raro) uso pela jurisprudência pátria, que demonstrará ser insuficiente a mera análise jurisprudencial dos casos em que se menciona a noção de “custo de oportunidade” a que se extraíam as respostas necessárias aos objetivos aqui propostos, de análise de pleitos indenizatórios.

Por isso, o segundo capítulo terá por objeto identificar a função da responsabilidade civil, para que, a partir dela, seja possível analisar a possibilidade de que o custo de oportunidade integre o montante indenizatório à luz da função identificada, a partir da noção inicial de que, a partir de um juízo de merecimento de tutela, deve-se perquirir quais são os interesses legitimamente albergados pela proteção da lei, para que, apenas então, seja possível reconhecer os potenciais impactos da violação a eles. Após a compreensão de que a responsabilidade civil se presta à função de reparar os prejuízos sofridos pelo credor, a obra de STEINER funcionará como fio condutor do estudo, para que se compreenda o que se compreende como os prejuízos a reparar, bem assim a forma de cálculo da indenização devida.

Para isso, a análise do custo de oportunidade levará em conta, necessariamente, o interesse que se busca reparar: se o negativo, consistente em recondução do patrimônio do credor à situação hipotética em que estaria caso sequer tivesse iniciado tratativas para a celebração de um contrato, ou se o interesse positivo, com vistas a recolocar o credor na situação hipotética em que estaria caso a avença tivesse sido adequadamente cumprida. Aqui, terá especial relevância o recurso a exemplos, teóricos e extraídos de casos concretos, para que se compreenda o potencial impacto do conceito de custo de oportunidade acerca dos distintos interesses a reparar e, conseqüentemente, das formas de cálculo da indenização, bem como em atenção ao enfoque mesmo deste programa de mestrado profissional, consistente na produção de “as pesquisas que agregam teoria e prática, voltadas para preocupações e proposições concretas relativas ao Direito Privado”.⁸

⁸ Disponível em: <https://posmp.jur.puc-rio.br/apresentacao/>. Acesso em 22.02.2024.

Nesse sentido, explica-se que o presente estudo realiza dois recortes relevantes: o primeiro é o de que se pressupõe que as hipóteses aqui tratadas versam sobre cenários em que as partes pelo menos cogitaram a celebração de um contrato, pelo que os interesses negativo e positivo o serão em relação a um contrato. O segundo é o de que, nos termos do capítulo terceiro, as considerações acerca do custo de oportunidade aqui estudadas relevam à análise de danos exclusivamente patrimoniais sofridos pelo credor – e não das eventuais repercussões de ordem moral ou existencial decorrentes do inadimplemento.

Assim é que, se os primeiros capítulos são voltados à compreensão do custo de oportunidade e da função e forma de cálculo da indenização nos cenários de interesse negativo e positivo, o terceiro capítulo terá por objeto a análise, em concreto, do impacto do custo de oportunidade nos dois cenários. Significa que serão traçados, ali, os requisitos a que um pleito de indenização acrescido por valores correspondentes ao “custo de oportunidade” da parte lesada seja julgado procedente, inicialmente na hipótese do custo de oportunidade que guarde relação com as quantias investidas pela parte. Posteriormente, a mesma análise será empreendida para pleitos fundados no custo de oportunidade em conexão com valores que se deixou de receber, para que se analise se e quando efetivamente poderão compor as perdas e danos devidas ao credor.

Nesse sentido, após presumir uma situação ensejadora do dever de indenizar (como se antecipou, o ilícito em si não será objeto do presente estudo, mas apenas o consequente dever de indenizar), o capítulo analisará mais especificamente os requisitos de nexo de causalidade e de extensão do dano, sobretudo à luz da prova necessária a o custo de oportunidade integre parte da indenização devida ao credor. Busca-se, com isso, conferir concretude e aplicabilidade prática, ínsitas aos objetivos do mestrado profissional, à análise teórica-dogmática empreendida.

1. O CONCEITO DE CUSTO DE OPORTUNIDADE

1.1 O sentido do vocábulo “custo” no Código Civil

O vocábulo “custo” não é estranho ao Código Civil. Ao revés, foi empregado pelo legislador nos arts. 1.187, I e II,⁹ 1.222¹⁰ e 1.404¹¹ do diploma legal, que tratam dos mais variados temas: enquanto o primeiro, inserido no título de institutos complementares às sociedades, versa sobre escrituração contábil, o segundo trata de posse, ao passo em que o terceiro, já inserido no título do usufruto, trata dos deveres do dono da coisa em usufruto.

Destaca-se, desde logo, que não se pretende realizar análise aprofundada dos quatro dispositivos em questão, bem como de sua aplicação e de todas as controvérsias a ele relacionadas. Ao revés, a breve análise a seguir empreendida visa, única e exclusivamente, a desvendar qual é o sentido atribuído à expressão “custo”, por eles empregada.

Afinal e de maneira abstrata, pode-se afirmar que o sentido construído e atribuído aos vocábulos utilizados pelo texto legal, mediante o processo de interpretação, é que consiste na norma jurídica, compreendida como verdadeiro resultado do processo interpretativo, e não no texto legal propriamente dito e isoladamente considerado.¹² Não por outra razão, e para a clareza do estudo a ser desenvolvido, passa-se a tecer brevíssimas notas acerca da metodologia interpretativa empregada, com impacto substancial e necessário na interpretação dos conceitos e dos dispositivos legais realizada adiante.

⁹ Art. 1.187. Na coleta dos elementos para o inventário serão observados os critérios de avaliação a seguir determinados: I - os bens destinados à exploração da atividade serão avaliados pelo custo de aquisição, devendo, na avaliação dos que se desgastam ou depreciam com o uso, pela ação do tempo ou outros fatores, atender-se à desvalorização respectiva, criando-se fundos de amortização para assegurar-lhes a substituição ou a conservação do valor; II - os valores mobiliários, matéria-prima, bens destinados à alienação, ou que constituem produtos ou artigos da indústria ou comércio da empresa, podem ser estimados pelo custo de aquisição ou de fabricação, ou pelo preço corrente, sempre que este for inferior ao preço de custo, e quando o preço corrente ou venal estiver acima do valor do custo de aquisição, ou fabricação, e os bens forem avaliados pelo preço corrente, a diferença entre este e o preço de custo não será levada em conta para a distribuição de lucros, nem para as percentagens referentes a fundos de reserva;

¹⁰ Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

¹¹ Art. 1.404. Incumbem ao dono as reparações extraordinárias e as que não forem de custo módico; mas o usufrutuário lhe pagará os juros do capital despendido com as que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída.

¹² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 33.

Sob o prisma metodológico, este estudo adotará a metodologia civil-constitucional.¹³ Tomando por base a historicidade do direito, um dos pilares fundamentais da escola, de acordo com a qual o direito é, sempre e sempre, o direito de determinado lugar e em determinado momento no tempo,¹⁴ explica-se que não se pretende empreender análise histórica ou mesmo atemporal do termo “custo” – ou da expressão “custo de oportunidade”, adiante apresentada –, mas sim identificar os sentidos que lhes são (ou deveriam ser) atualmente atribuídos no Brasil, bem como as funções a que se prestam (ou deveriam prestar).

Ainda, a análise a seguir do emprego do vocábulo “custo” no Código Civil não tem por objetivo a busca de uma fidelidade máxima abstrata ao sentido gramatical do termo, ou de classificação estrutural rígida das hipóteses em que o termo é empregado. Ao revés e por coerência, buscar-se-á alcançar o sentido atribuído ao vocábulo à luz das funções, comuns ou não, dos distintos dispositivos legais indicados, em atenção à coerência teórica do processo interpretativo em relação ao sistema legal unitariamente considerado – porque orientado necessariamente à luz dos valores constitucionais¹⁵ –, e não aos dispositivos lidos de forma isolada e independente.¹⁶

Com efeito, o art. 1.187 tem por objetivo estabelecer as exigências legais para a realização de um inventário, compreendido como um “retrato de todos os bens do empresário ou da sociedade empresária”.¹⁷ Trata-se de dispositivo inserido sob o capítulo de “Escrituração” do Código Civil e que, naturalmente, possui relação íntima e precípua com a contabilidade – afinal, como determina o art. 1.179

¹³ “Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relando o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.”. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Revista de direito do Estado – RDE. Ano 1, nº 2, abr/jun 2006. p. 53. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf. Acesso em 22.02.2024.

¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 139/143.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

¹⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil: o Intérprete na Doutrina de Pietro Perlingieri*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 60, n. 1, jan/abr. 2015. p. 203.

¹⁷ WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV, vol. II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.836.

ao tratar do tema, “o empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um *sistema de contabilidade*, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros”,¹⁸ de modo a garantir que retratem, sob a ótica daquela ciência, uma fotografia adequada do patrimônio da sociedade em determinado momento.

Nesse sentido, nota-se que, ao fazer referência ao termo “custo de aquisição”, o artigo utiliza a expressão como sinônimo de “valor de aquisição”.¹⁹ Pretendeu o legislador, ao fazer uso de semelhantes expressões, obrigador o empresário – ou a sociedade empresária – a avaliar seus bens e direitos a partir da quantia efetivamente despendida para que fossem adquiridos, descontada as taxas de depreciação aplicáveis, no caso do inciso I.²⁰ Já no inciso II, o legislador atribui ao empresário a possibilidade de contabilizar os bens pelo “custo de aquisição” ou pelo “preço corrente de mercado”, para aqueles bens que não sofram efeito de depreciação, mas que estejam sujeitos a variação em seu valor de mercado, tais como valores mobiliários.

Disso decorre que, em ambos os incisos, a expressão “custo de aquisição” foi utilizada como sinônimo de “preço de aquisição”, a sofrer depreciação, na hipótese do inciso I, ou ser comparada com o preço corrente, na hipótese do inciso II. Não por outra razão, aliás, em comentários ao referido artigo, é possível verificar o uso como sinônimos os vocábulos “custo”, “preço” e “valor”,²¹ sempre com o objetivo de com eles fazer referência à quantidade de dinheiro utilizada na aquisição de determinado bem.

Destaca-se, ainda, que os incisos I e II do art. 1.187 são mencionados, por diversas vezes, como tese de defesa em ações de dissolução parcial de sociedades. Busca-se, com isso, tentar igualar a apuração de haveres do sócio retirante à verificação contábil do patrimônio social na data de retirada, para que se pague ao

¹⁸ Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

¹⁹ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV, vol. II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 836/837.

²⁰ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV, vol. II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 837.

²¹ WALD, Arnoldo. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIV, vol. II. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 837/839.

sócio retirante o valor estampado na escrituração contábil, à luz dos critérios estabelecidos nos incisos do referido artigo.

Importa destacar, no entanto, que a referida tese não é bem-sucedida, por razões que guardam direta relação com o que se compreende pela função da apuração de haveres – e, conseqüentemente, sua oposição à função de uma apuração contábil. Nesse sentido, destaca-se que, desde o fim dos anos 70, o STF, por ocasião do julgamento do RE 89.464, quando ainda lhe competia julgar recursos dessa natureza, consignou que “não é possível, em princípio, decretar a dissolução parcial, com simples apuração contábil dos haveres”.²² Isso, porque, nos termos do voto vencedor, de lavra do Min. Décio Miranda, a dissolução parcial deve, assim como o faria uma dissolução total, considerar a integralidade do patrimônio social, tal como se liquidada fosse a sociedade. Como a sociedade não será efetivamente liquidada, proceder-se-á a uma análise teórica que ao máximo aproxime o valor da participação a liquidar daquele que se lhe atribuiria na hipótese de dissolução total.

Para que se chegue a uma análise o mais próxima possível do valor total da sociedade, “há de prevalecer a apuração, em toda a sua amplitude, dos haveres do sócio dissidente, com a exata verificação, física e contábil, dos bens e direitos da sociedade”. Por isso, conclui o ministro que “a quem apenas se nega a dissolução total no interesse da preservação da continuidade do empreendimento (...) não há de se seguir o modelo de liquidação pelo último balanço aprovado”.²³

O que se extrai da referida decisão é que a função do balanço patrimonial, da contabilidade e, por extensão, dos custos nela incluídos, não é a de expressar, adequadamente, o real e integral valor econômico de um negócio. Seguindo as premissas estabelecidas no referido acórdão do STF e a ele fazendo referência expressa, o STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.537.922/DF e já sob a égide do Código Civil de 2002, foi ainda mais ilustrativo na análise funcional da questão, para consignar expressamente que não se deve adotar a mera análise contábil para a apuração de haveres, mas sim calcular o valor da participação societária como se de dissolução total se tratasse “a fim de preservar o montante devido ao sócio

²² RE 89.464/SP, relator Ministro Cordeiro Guerra, Relator do acórdão Ministro Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 12.12.1978, DJ de 04.05.1979.

²³ RE 89.464/SP, relator Ministro Cordeiro Guerra, Relator do acórdão Ministro Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 12.12.1978, DJ de 04.05.1979. Voto-vista, pp. 7/8.

retirante e evitar, por consequência, o locupletamento indevido da sociedade ou dos sócios remanescentes”.²⁴

Instado por diversas vezes a se manifestar acerca da mesmíssima questão ao longo dos últimos anos, o STJ manteve a consolidada jurisprudência no sentido de que os haveres do sócio retirante devem ser avaliados tomando por base a situação patrimonial real da empresa na data da retirada, e não apenas os aspectos contábeis e/ou fiscais.²⁵ Com isso, pode-se extrair a seguinte conclusão: considerar os “custos” incluídos em um balanço patrimonial como suficientes a que se avalie a adequada e completa expressão econômica do valor a que faz jus um sócio retirante resultaria em enriquecimento sem causa da sociedade e/ou dos sócios remanescentes.

Conquanto tenha objeto em muito distinto, a análise que se extrai do art. 1.222 leva à conclusão de que o vocábulo “custo” é compreendido na mesma acepção que aquela que lhe atribuem os incisos I e II do art. 1.187: ao termo “custo”, utilizado em oposição a “valor atual” para conferir ao reivindicante a faculdade de entre eles optar quando for indenizar benfeitorias ao possuidor de má-fé, atribui-se o sentido de “preço de aquisição”.

Nesse sentido, ilustrativo exemplo do sentido atribuído ao vocábulo nesse contexto pode ser extraído do acórdão proferido no REsp n. 1.613.645/MG. Na origem, o autor da ação originária reivindicava a posse de um terreno rural. Em sede de pedido contraposto, os réus afirmaram, inicialmente, que faziam jus à usucapião extraordinária do imóvel, bem assim, subsidiariamente, requereram lhes fossem restituídos os valores por eles despendidos a título de benfeitorias no imóvel.

Sem se atentar para o teor do art. 1.222 do Código Civil, tanto a sentença originária, quanto o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, determinaram que o autor, conquanto efetivamente fizesse jus ao imóvel, deveria reembolsar os réus pelo valor por eles arcado quando da realização das benfeitorias, corrigido e atualizado.

²⁴ REsp n. 1.537.922/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 30/3/2017, pp. 13/14.

²⁵ AgInt no AREsp n. 1.901.559/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgInt no AREsp n. 1.736.426/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 28/10/2021; REsp n. 1.483.333/DF, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 6/6/2019; REsp n. 1.537.922/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 30/3/2017.

Em seu recurso especial, asseverou o autor-recorrente que utilizar o valor histórico pago para a construção das benfeitorias corrigido e atualizado resultaria em monta muito superior ao valor de mercado, à época do recurso, para a realização dos mesmíssimos serviços. Não por outra razão, requereu lhe fosse autorizado efetuar o pagamento do valor de mercado das benfeitorias – e não do valor despendido pelos réus-recorridos.

Na ocasião, ao consignar que o art. 1.222 confere verdadeira alternativa em favor do reivindicante, o acórdão, de lavra do Min. Villas Bôas Cueva, bem identificou que ao reivindicante incumbe optar “entre o valor atual da melhoria ou aquele despendido quando da realização da obra”.²⁶

Como se vê, conquanto a controvérsia naquele caso versasse a respeito da possibilidade ou não de que o reivindicante pudesse escolher entre o valor de mercado ou o preço para a realização das benfeitorias, o significado atribuído ao vocábulo “custo” é inconfundível: para efeitos do art. 1.222, considera-se “custo” a monta de dinheiro efetivamente despendida para a realização das benfeitorias. Em outras palavras, o preço de aquisição dos bens e ou serviços.

O art. 1.404, por sua vez, utiliza o vocábulo em sentido muito similar, consistente em monta de dinheiro, o preço necessário para que se adquira algo. É de especial relevância para os fins deste estudo, no entanto, a parte final do *caput* do artigo, de acordo com o qual, para além do eventual custo dos reparos, poderá recair sobre o usufrutuário os juros do capital despendido para a realização dos serviços.

Ora, aqui parece haver distinção expressa entre o custo e a total expressão econômica relacionada à aquisição de um bem ou serviço: por expressa dicção legal, ressalva-se que o dispêndio financeiro para a realização dos reparos não consiste apenas no valor correspondente ao custo propriamente dito para os trabalhos, devendo-se levar em conta, também, juros do capital utilizado para pagar pelas reparações.

Em outras palavras, no art. 1.404 a lei determina expressamente o que, por evolução jurisprudencial, conclui-se em relação à apuração de haveres, quando se busca aplicar o art. 1.187: o “custo”, compreendido no sentido de quantia de dinheiro despendida para a aquisição de um bem, não se presta à função de exprimir

²⁶ REsp n. 1.613.645/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 22/8/2017

o impacto patrimonial e econômico total sobre a parte que nele incorre em conexão com uma transação.

Destaque-se, por fim, não mais o uso do vocábulo “custo” no Código Civil, mas sim o seu não-uso em determinados dispositivos, mormente na definição das rubricas que compõe as perdas e danos: nota-se que o art. 402, ao estabelecer a clássica divisão entre os danos emergentes e os lucros cessantes, em nenhum dos dois cenários faz referência à expressão “custo”.

Por expressa dicção legal, portanto, parece, *a priori*, inadequado tentar reduzir quaisquer das duas rubricas à concepção de custo, utilizada nos supramencionados artigos. Fosse o objetivo do legislador reduzir sobretudo os danos emergentes ao “custo”, compreendido como preço pago, pelo credor, certamente ter-se-ia utilizado o referido vocábulo, em vez da mais ampla expressão “tudo aquilo que se perdeu”.

A impossibilidade de que se iguale os danos emergentes ao “custo” do que quer que se tenha sido despendido parece esbarrar, também, na própria função identificada no uso do vocábulo nos demais dispositivos. Como se viu, o “custo” é utilizado para exprimir uma dimensão – e não a integralidade – da expressão econômica total de uma transação, razão pela qual o art. 1.404 ressalva expressamente a necessidade da complementação dos juros, enquanto a jurisprudência bem reconhece que não se pode igualar o custo contábil das quotas sociais aos haveres do sócio retirante, sob pena de enriquecimento sem causa da sociedade.

Como será abordado no Capítulo II, adiante, a função da indenização exige que não se igualem as perdas e danos – ou mesmo os danos emergentes – à noção de “custo” contábil, ou de preço/valor de aquisição. Nada obstante isso, recorre-se, a seguir, à Economia, para que dela se extraia um novo sentido para o vocábulo, potencialmente relevante para a referida função a ser analisada.

1.2O conceito de custo na economia

Em Economia, o conceito de “custo” é abordado desde os primórdios do ingresso naquele ramo. Basta que se leiam, por exemplo, as primeiras páginas da obra *Princípios de Microeconomia* de MANKIW, para que nela se depare, desde

logo, com a definição *econômica* de “custo”, apresentada como o segundo princípio fundante da Economia.²⁷

O custo, para a Economia, corresponde a “tudo aquilo que se deve abrir mão para obter um item”,²⁸ e não à quantidade de moeda utilizada para adquiri-lo.²⁹ O caráter contraintuitivo da definição é explicado, em ilustrativo exemplo, pelo autor: quando se pergunta a alguém, por exemplo, qual é o *custo* de uma educação universitária, o interlocutor ficaria tentado a somar a quantia de dinheiro devida à instituição de ensino pelo curso às despesas correlatas com materiais e, eventualmente, custos de acomodação e subsistência, caso a instituição seja situada em local distinto do atual domicílio do potencial estudante.³⁰

Como explica o autor, no entanto, nem tudo isso é, necessariamente, parte integrante da resposta correta: por exemplo, o estudante hipotético incorrerá, necessariamente, em custos para a sua subsistência, esteja ou não na universidade. A referida quantia apenas deverá ser computada como parte integrante do *custo* de ir à universidade na medida em que supere o valor usualmente gasto para subsistência. Ainda, o tempo despendido com as aulas e o curso significam, necessariamente, renúncia ao tempo disponível para, exemplificativamente, exercer funções laborais. Parte do *custo* de ir à universidade, portanto, corresponde à quantia que o aluno poderia auferir, mas não o faz, em virtude de abrir mão de seu tempo disponível para o trabalho, por optar por atender às aulas.³¹

Nota-se, desde logo, uma diferença marcante entre o conceito de custo para a Economia, daquele empregado nas ciências contábeis (e no Código Civil), consistente no ângulo de análise: se prospectiva ou retrospectiva. Os contadores concentram-se na vigilância de ativos e passivos, além de retratar o desempenho passado para divulgação externa, como os balanços e as demonstrações financeiras. Significa dizer que utilizam uma visão retrospectiva das finanças e operações da

²⁷ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018. pp. 5/6.

²⁸ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018. p. 6.

²⁹ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 4.

³⁰ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 4.

³¹ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 4.

empresa, pelo que consideram “custos” as despesas atuais e aquelas decorrentes da desvalorização de equipamentos de capital.³²

Já os economistas adotam uma perspectiva prospectiva, concentrando-se nas decisões vindouras acerca da alocação eficiente de recursos de um negócio. A principal preocupação da análise dos custos, em Economia, reside naqueles que podem surgir ao longo do tempo, bem assim nas potenciais estratégias para reorganizar a produção, visando à redução de custos e o aumento da lucratividade.³³

Ao adotar essa visão, os economistas ressaltam a importância de uma análise abrangente dos custos, reconhecendo a diversidade de recursos envolvidos na produção e a necessidade de se avaliar não apenas os elementos tangíveis, mas também os fatores menos óbvios que podem impactar os custos econômicos. Essa abordagem destaca a relevância de antecipar e gerenciar eficientemente os custos futuros, proporcionando uma base objetiva para as decisões estratégicas das empresas.³⁴

Explique-se que da distinção entre a forma de analisar custos entre as duas ciências não se pode extrair maior correção de uma ou outra: não há conceito “certo” ou “errado” de custos, mas sim conceitos voltados a propósitos distintos. Com efeito, se se visa a uma análise prospectiva, a análise dos custos, pela Economia, é capaz de explicar os motivos pelos quais os empresários tomam decisões produtivas, de contratação e de precificação, ao passo que a análise contábil é melhor voltada para um escrutínio passado da entrada e saída de recursos no negócio.³⁵ Não por outra razão, afirma-se que sociedades empresárias, governos e a sociedade como um todo tomam as suas decisões com base na análise econômica de custo – i.e, no custo de oportunidade.³⁶

Essa diferença, no entanto, não significa, que o custo, para a Economia, é completamente dissociado do custo para a ciência contábil. Utilizando-se o

³² PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 220.

³³ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 220.

³⁴ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 220.

³⁵ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018. p. 249.

³⁶ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 31.

exemplo da comparação entre um carro e uma geladeira, BAUMOL e BLINDER explicam as semelhanças, a partir da seguinte provocação: “o verdadeiro custo de oportunidade de um carro não é o seu preço de mercado, mas sim o valor para os potenciais compradores das outras coisas (como geladeiras) que poderiam ter sido feitas ou compradas em seu lugar”.³⁷

O custo contábil, por sua vez, que correspondente ao valor despendido para a aquisição, subtraída a eventual depreciação do veículo, guarda relação com seu custo econômico, por uma razão de ordem prática, consistente na forma com que são definidos os preços em uma economia de livre mercado: se os consumidores valorizam itens que podem ser feitos com aço (como geladeiras), os economistas diriam que o custo de oportunidade de fabricar um carro, em que o material também funciona como matéria prima, é alto, porque a forte demanda pelo recurso elevaria seu preço de mercado para a produção de ambos os bens.³⁸ Conclui-se, portanto, com a proposição de que “se o mercado funciona bem, bens com alto custo de oportunidade também terão alto preço. Por sua vez, bens que possuam baixo custo de oportunidade possuirão também baixo preço.”³⁹

Essa conexão – porém não igualdade⁴⁰ – entre custo de oportunidade e preço de mercado é responsável por gerar, no dia a dia, a complexidade nas escolhas econômicas de alocação de recursos. Prosseguindo no exemplo, os autores explicam que quando os consumidores valorizam produtos diversos, porém originados por meio das mesmas matérias-primas ou recursos (como o aço, utilizado tanto em carros quanto em geladeiras), a competição por esses recursos pode afetar os custos e, por consequência, os preços, fazendo com que se deva

³⁷ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011, p. 41.

³⁸ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011, p. 41.

³⁹ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011, p. 41.

⁴⁰ Os autores justificam a possibilidade de que o custo econômico não corresponda ao preço por uma série de fatores, tais como o funcionamento imperfeito do mercado, o impacto de custos implícitos e/ou não percebidos ou captados quando da formação dos preços, ou mesmo a existência de bens para os quais não se atribua valor algum de mercado no momento, tais como recursos naturais quando da expansão dos colonos estadunidenses para o Oeste. BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011, p. 42.

escolher, recorrentemente, entre produzir um ou outro, à luz da complexa variação de preferências do consumidor, dos custos de oportunidade e dos preços.⁴¹

Um notável exemplo do custo de oportunidade aplicado pelos economistas, e com impacto direto no Código Civil, consiste no custo de capital. À luz da lógica acima delineada acerca do conceito de custo, o conceito de custo de capital tem por objetivo medir, economicamente, qual é o custo real, para um negócio, de determinada opção de alocação de capital.

PINDYCK ilustra a questão a partir do exemplo de uma companhia aérea, que esteja contemplando a possibilidade de comprar uma aeronave pelo preço de U\$ 150 milhões. Para efeitos do exemplo, estima-se que a aeronave possui uma vida útil de 30 anos, uma taxa de depreciação de U\$ 5 milhões por ano e que, alternativamente, a companhia aérea poderia investir financeiramente o dinheiro utilizado na aquisição do bem, ocasião em que obteria uma taxa de retorno de 10% ao ano com um risco similar.

Considerados esses fatores, como é mesmo natural, não se pode medir o custo de uso do capital (i.e., o custo de alocar o capital para aquela operação específica) relativo à aquisição da aeronave sem que contempladas as alternativas, tais como o investimento financeiro. Por isso, afirma-se que o custo de capital é dado pela “soma da depreciação econômica e pelos juros que poderiam ter sido ganhos se esses recursos tivessem sido aplicados de outra forma”.⁴²

E é exatamente esse conceito o responsável pela relação direta entre a tomada de decisões de investimentos e as taxas de juros: se se deve considerar na conta do custo de capital o retorno a ser auferido mediante o emprego alternativo daquele dinheiro para a obtenção de remuneração via juros, pode-se dizer que quanto maiores as taxas de juros, maior o custo de capital e, conseqüentemente, menor a disponibilidade de capital no mercado e o interesse de empresários em emprega-lo em atividade econômica diversa da financeira.⁴³

Ainda com base no mesmo exemplo, como os dados utilizadas para o cálculo do custo de capital são variáveis (por exemplo, a depreciação cresce ao

⁴¹ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011, p. 41, p. 41.

⁴² PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Vieria, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 233.

⁴³ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 280.

longo dos anos), nota-se que o custo de uso de capital não permanece estável ao longo do tempo. Não por outra razão, o empresário pode – e deve – alterar a forma com que aloca o seu capital, na medida em que o seu custo varie.⁴⁴

Analisar-se, ainda, outro conceito relevante da Economia, decorrente do custo de oportunidade, com impacto direto no Direito Civil: o conceito econômico – e não contábil – de lucro.

Com efeito, os contadores aferem o lucro de uma sociedade empresária mediante a subtração entre a receita total auferida e os custos explícitos do negócio.⁴⁵ Já os economistas subtraem, também, o custo de oportunidade. Isso quer dizer que, sob a ótica da economia, o negócio apenas é lucrativo se, além de cobrir os custos incorridos para a atividade, a receita gerada for superior à receita que teria sido auferida empregando o mesmo capital em outra atividade de mesmo risco.⁴⁶

O que se passa a demonstrar é que a análise econômica do lucro é extremamente relevante, por um motivo de ordem prática: é esse resultado o que motiva a empresa a continuar operando.

Ao entrar no mercado, o empresário o faz com a expectativa de obter, ao menos, lucro econômico igual a zero. Conquanto o número possa parecer contraintuitivo ao jurista, explica-se que se, bem compreendido que o custo de capital corresponde à soma entre a taxa que seria obtida pela empresa ao alocar o seu capital em outra atividade de risco similar somada à depreciação, nota-se que o lucro econômico igual a zero significa que o capital empregado está gerando exatamente o mesmo retorno que a alternativa geraria ao empresário. Por isso, afirma-se que, nesse cenário, a empresa gera “um resultado tão bom investindo em capital quanto teria se aplicasse seus recursos monetários de outra forma”,⁴⁷ sendo certo que a aproximação do lucro econômico das empresas ao zero não demonstra disfuncionalidade, mas sim um forte sinal de que o setor é altamente competitivo.⁴⁸

⁴⁴ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 233.

⁴⁵ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018. p. 250.

⁴⁶ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018. p. 250; PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 293.

⁴⁷ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 293.

⁴⁸ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013, p. 294.

Afinal, se o resultado não for suficiente para cobrir o custo de oportunidade, com lucro econômico negativo, isso sim significa que o capital empregado renderia mais frutos quando investido de forma diversa, razão pela qual aquela empresa tende a sair do mercado, a não ser que haja alguma alteração de circunstâncias.⁴⁹

Destaque-se, ainda, que o conceito de custo de oportunidade fundamenta o próprio ato de contratar e o comércio, nos termos da descoberta, atribuída ao economista clássico David Ricardo, do conceito de vantagem comparativa, em oposição à vantagem absoluta.⁵⁰ Explica-se.

Em termos absolutos, considera-se vantagem a capacidade de um empresário de produzir mais utilizando-se de menos recursos em relação a outro empresário. Utilizando-se do exemplo de MANKIW,⁵¹ imagine-se que Frank gasta 60 minutos para produzir 1kg⁵² de carne, bem como 15 minutos para produzir 1kg de batatas. Já Ruby gasta 20 minutos para produzir 1kg de carne, bem assim 10 minutos para produzir 1 kg de batatas.

Logo se vê que, em absoluto, Ruby é mais eficiente, tanto para a produção de carne, quanto para a produção de batatas. Isso, porque utiliza menos da única variável relevante no exemplo – i.e., o tempo – para atingir o mesmo resultado.

Isso não significa, no entanto, que Ruby, porque mais eficiente que Frank em ambos os cenários, deve continuar a produzir tanto carnes, quanto batatas. Para efeitos do exemplo, imagina-se que as horas podem ser igualmente empregadas na produção de ambos; imagina-se, ainda, que cada um trabalha 8 horas por dia, ao final das quais Frank tem à sua disposição 8kg de carne ou 32kg de batata, enquanto Ruby possui 24kg de carne ou 48 kg de batatas. Suponha-se, ainda, que, os trabalhadores dividem igualmente o seu tempo na produção de carne e batatas e que suas famílias consomem, diariamente, exatamente o quanto se produziu (i.e, a de Frank come 4kg de carne e 16 kg de batata, enquanto a família de Ruby come 12kg de carne e 24kg de batata).

⁴⁹ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018, pp. 250/251.

⁵⁰ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 343.

⁵¹ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018, pp. 48/53.

⁵² O exemplo, originalmente, utiliza a unidade de medida de peso onça (oz). Porque a ele importa apenas a proporção, e não as unidades, bem assim para facilitar a leitura deste estudo, elaborado em português, utilizar-se-á a unidade de quilogramas (kg).

Em determinado momento, Ruby percebe que, embora produza mais que Frank, ela poderia utilizar seu tempo – e sua produção – de forma mais eficiente: Ruby propõe que Frank apenas produza batatas, resultando em 32kg ao fim de cada dia. Na ocasião, Ruby propõe que Frank lhe entregue 15kg dos 32kg de batata que produziu; em troca, Ruby entregaria-lhe 5kg de carne por ela produzida.

Como resultado final da troca, Frank terminaria com 17kg de batata e 5kg de carne. Como se vê, ambos os números são superiores àqueles que estariam disponíveis à sua família caso Frank mantivesse a produção dos dois produtos – sem que tenha sido necessário aumentar o número das horas por ele trabalhadas.

Ruby, por sua vez, ao propor a operação, justifica a Frank que trabalhará por 6h produzindo carne e 2h produzindo batatas. Assim, ao final do dia, terá produzido 18kg de carne e 12kg de batatas. Efetuada a troca com Frank, Ruby terá, ao final da jornada de 8h de trabalho e da troca, 13kg de carne e 27kg de batatas – ambas as quantias superiores aos 12kg de carne e 24kg de batata que auferiria caso utilizasse quatro horas na produção de cada.

Prima facie, o exemplo evidencia as vantagens do comércio: após a operação entre eles, tanto Frank quanto Ruby saem com resultados melhores do que tinham quando entraram. O que também dele se extrai com o olhar mais cuidadoso, no entanto, são os conceitos que justificam o fato de a operação ser vantajosa a ambos: o custo de oportunidade e a vantagem comparativa.

Embora seja mais eficiente na produção de ambos os produtos do que Frank, nota-se que o custo de oportunidade para que Ruby produza batatas é maior que o custo de oportunidade para que Frank produza batatas. Ou seja: Ruby precisa abrir mão de produzir 0,5kg de carne para produzir 1kg de batatas; enquanto Frank apenas precisa abrir mão de 0,25kg de carne para produzir 1kg de batatas.

Isso significa que, embora Ruby seja mais capacitada do que Frank para produzir batatas, em termos absolutos, Frank possui uma vantagem comparativa no ramo, porque seu custo de oportunidade é menor: é menos custoso para Frank produzir batatas do que para Ruby, porque ele precisa abrir mão de menos carne.

Ainda que menos eficiente, portanto, um empresário possui vantagem comparativa em relação a outro, quando considerados os respectivos custos de oportunidade. Também por essa razão, o custo de oportunidade é um conceito central à Economia, por possibilitar a adequada compreensão de que empresários de menor porte e capacidade também podem – e devem – integrar o comércio, de

forma a gerar resultados positivos a todos os envolvidos.⁵³ Com isso, reforça-se a premissa de que o custo de oportunidade – e os conceitos que dele se desdobram, como o custo de capital e a vantagem comparativa – é a variável utilizada pelos empresários para decidir se devem ou não realizar determinado investimento.

Por fim, explica-se que o custo de oportunidade é levado em conta, sempre e sempre, em relação ao sujeito, e não ao bem ou à opção de alocação em questão.⁵⁴ É dizer: um mesmo investimento pode representar custos de oportunidade diferentes para pessoas distintas, porque inseridas em contextos distintos.

Além do simples exemplo dos agricultores Frank e Ruby, a questão é bem ilustrada pela realidade dos financiamentos: como se sabe, as taxas de financiamento concedidas às pessoas – físicas e jurídicas – variam de acordo com a análise que a instituição financeira realiza dos riscos associados ao devedor e à operação. Se as taxas variam, o custo de oportunidade varia, porque distintos os retornos que cada um deverá custear – e, conseqüentemente, as de quantias de que abrirá mão para honrar a dívida no tempo – para obter o referido financiamento, de modo que não se pode, assim, considerar um custo de oportunidade “comum” ou relacionado a um determinado bem, devendo-se, ao revés, aferi-lo à luz da realidade da pessoa e da operação em questão. Ressalva-se que disso não se pode excluir, evidentemente, a possibilidade de que, ao final da análise, chegue-se a um custo de oportunidade idêntico para duas pessoas diferentes em relação a uma mesma operação.⁵⁵

Sintetizando os conceitos aqui expostos, porque fundamentais ao contraste a se realizar entre eles e a função da indenização, no Capítulo II a seguir, tem-se que: **(i)** o custo contábil não é suficiente para avaliar o impacto econômico total de um bem; **(ii)** o custo, em termos econômicos, corresponde a tudo aquilo de que se abre mão para que se obtenha um bem; **(iii)** às alternativas de que se abre mão para adquirir determinado bem denomina-se custo de oportunidade; **(iv)** quando devidamente incluído o custo de oportunidade no cálculo do custo de capital, mediante o acréscimo do valor que seria auferido em investimento de similar risco,

⁵³ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Vieria, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. pp. 612/614.

⁵⁴ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 345.

⁵⁵ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018, pp. 48/53.

pode-se avaliar se um investimento deve ou não ser realizado; (v) levando-se em conta o custo de oportunidade de cada agente econômico, pode-se alocar recursos de forma mais eficiente, permitindo-se que um empresário, ainda que em desvantagem absoluta, participe do comércio, porque auferir vantagem comparativa, resultando em aumento global de produção; (vi) em virtude desses fatores, quando analisam se e quanto devem investir em determinado negócio, contrato, ou transação, as empresas tomam as suas decisões com base no custo de oportunidade daquela escolha; e (vii) uma empresa apenas se manterá em atividade se auferir lucro econômico igual ou maior que zero, de modo que os recursos auferidos na atividade econômica sejam iguais ou maiores do que a soma do custo de oportunidade com as despesas do negócio.

1.3 O “custo de oportunidade” na jurisprudência

Conquanto não conste do Código Civil, nota-se que a expressão “custo de oportunidade” é utilizada, em determinadas ocasiões, em decisões judiciais pátrias. Passa-se, assim, à análise do uso da expressão, em decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a expressão “custo de oportunidade” foi utilizada em nada menos que 62 decisões, proferidas desde 2018, data de corte aqui utilizada, até fevereiro de 2024.⁵⁶ Destaca-se, de início, que todos os 62 processos em questão, sem exceção, versam a respeito de direito do

⁵⁶ Processos nº: 0023934-42.2020.8.19.0208, 0045862-22.2019.8.19.0002, 0014218-41.2015.8.19.0054, 0001693-15.2022.8.19.0205, 0803835-44.2022.8.19.0209, 0009716-33.2020.8.19.0006, 0000139-79.2021.8.19.0205, 0026185-33.2020.8.19.0208, 0081567-27.2016.8.19.0054, 0003337-36.2021.8.19.0008, 0025862-37.2020.8.19.0205, 0026713-98.2019.8.19.0209, 0002126-49.2019.8.19.0035, 0026644-63.2019.8.19.0210, 0026542-38.2020.8.19.0038, 0025739-61.2019.8.19.0209, 0002992-31.2022.8.19.0042, 0003676-87.2015.8.19.0207, 0008360-22.2018.8.19.0087, 0008773-03.2019.8.19.0054, 0009647-02.2014.8.19.0203, 0029649-20.2019.8.19.0202, 0025015-56.2020.8.19.0004, 0001350-87.2019.8.19.0087, 0037289-81.2013.8.19.0203, 0008617-26.2019.8.19.0212, 0019593-98.2019.8.19.0210, 0002027-15.2016.8.19.0058, 0018034-24.2019.8.19.0011, 0029306-81.2016.8.19.0023, 0032791-66.2018.8.19.0008, 0073800-03.2017.8.19.0021, 0016410-20.2017.8.19.0007, 0008546-08.2015.8.19.0004, 0382873-20.2016.8.19.0001, 0011664-04.2017.8.19.0042, 0014548-72.2014.8.19.0054, 0000454-64.2018.8.19.0027, 0019516-32.2018.8.19.0208, 0002117-04.2015.8.19.0205, 0006542-96.2018.8.19.0002, 0039151-63.2017.8.19.0004, 0006461-86.2019.8.19.0205, 0005411-68.2018.8.19.0008, 0012126-86.2019.8.19.0010, 0257790-23.2018.8.19.0001, 0026094-97.2016.8.19.0008, 0031012-41.2016.8.19.0204, 0011523-88.2016.8.19.0213, 0207155-38.2018.8.19.0001, 0106538-76.2016.8.19.0054, 0007140-57.2017.8.19.0011, 0008736-16.2016.8.19.0204, 0003580-17.2014.8.19.0075, 0021221-59.2013.8.19.0202, 0206181-06.2015.8.19.0001, 0146026-66.2017.8.19.0001, 0318188-72.2014.8.19.0001, 0304258-16.2016.8.19.0001, 0031870-28.2014.8.19.0209, 0025211-82.2015.8.19.0042 e 0026929-56.2014.8.19.0202.

consumidor. Nota-se, ainda, que nos 62 casos, utiliza-se a frase a seguir – com potenciais mínimas alterações – em que inserido o termo, como fundamento para fortalecer o dever de indenizar o consumidor:

A hipótese dos autos bem caracteriza aquilo que a doutrina consumerista contemporânea identifica como "desvio produtivo do consumo", assim entendido como a situação caracterizada quando o consumidor, diante de uma situação de mau atendimento em sentido amplo precisa desperdiçar o seu tempo e desviar as suas competências - de uma atividade necessária ou por ele preferida - para tentar resolver um problema criado pelo fornecedor, a um custo de oportunidade indesejado, de natureza irrecuperável.⁵⁷

Para pesquisar a origem da expressão acima, que se tornou lugar comum na jurisprudência fluminense, decidiu-se por estender o escopo da pesquisa, um ano por vez na ferramenta de buscas *online* disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, até que se observasse que em 2013 a referida expressão ainda não havia sido utilizada, sendo certo que a primeira ocasião em que foi localizada consiste na apelação cível nº 0004889-50.2012.8.19.0073,⁵⁸ julgada em 2014, em que um consumidor, habitante do município de Guapimirim, litigava contra a concessionária Ampla, responsável pelos serviços de luz naquela cidade. Na ocasião, a disputa versava a respeito da negativa, pela Ampla, de conceder acesso à energia elétrica ao consumidor, sob o fundamento de que sua residência estava situada em área de proteção ambiental permanente e que, por esse motivo, não seria possível realizar a ligação de energia elétrica no local. Em virtude da negativa da Ampla, o consumidor foi obrigado a ajuizar a demanda, para que fosse a concessionária obrigada a efetivamente instalar o sistema de fornecimento de energia elétrica em sua residência.

Destaca-se que a instrução probatória revolveu em torno da possibilidade ou não de que a energia elétrica fosse fornecida à localidade. Nesse sentido, o consumidor logrou êxito em demonstrar que sua residência estava inserida em bairro populoso do município, bem como que existe poste de transmissão de energia a poucos metros de sua residência, responsável por realizar a ligação de energia elétrica a seus vizinhos, para os quais foi instalado o serviço. Restou comprovado,

⁵⁷ Embora reproduzido, de forma idêntica, na vasta maioria dos julgados acima referidos, confira-se, para correspondência exata ao excerto: TJRJ, 0021221-59.2013.8.19.0202 - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 10/07/2019 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

⁵⁸ TJRJ, 0004889-50.2012.8.19.0073 - Apelação. Des(a). Paulo Sérgio Prestes Dos Santos - Julgamento: 10/06/2014 - Segunda Câmara Cível.

ainda, que o Município de Guapimirim não se opunha à instalação de luz na residência em questão.

Inicialmente, foi concedida antecipação de tutela, em janeiro de 2013, para obrigar a Ampla a prestar os serviços. Em seguida, foi proferida sentença, que a condenou ao pagamento de R\$ 2 mil, a título de indenização por danos morais, em virtude do dissabor experimentado pelo consumidor, vítima do serviço público mal prestado. Irresignada com a sentença, a Ampla – e apenas a Ampla – interpôs recurso de apelação.

Por ocasião do julgamento do recurso, a 2ª Câmara Cível do TJRJ, em acórdão relatado pelo Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos, foi a responsável pela citação acima transcrita, que passou a ser reproduzida pelas demais câmaras. Curiosamente, conquanto se tenha feito referência expressa ao “custo de oportunidade”, decorrente de ser o consumidor obrigado a desviar seus esforços “de uma atividade necessária ou por ele preferida”, não foi realizada qualquer tentativa de quantificar o referido custo. Igualmente, sequer foi discutida a eventual existência de dano material.

O que se denota dos 62 mais recentes julgados do TJRJ é o mesmíssimo cenário: todos eles, sem exceção, utilizam-se da redação acima transcrita como recurso argumentativo que fundamenta a conclusão de ser devida indenização por danos morais, sem qualquer tentativa de quantificação concreta em relação às supostas “atividades necessárias ou por eles preferidas”, ou mesmo de se caracterizar esse prejuízo, relacionado ao custo de oportunidade, como um dano material – e não apenas moral.

Ora, não se critica, aqui, a compreensão de que se o consumidor é privado de seu tempo, em virtude de um ilícito, para que seja obrigado a reclamar, em juízo ou fora dele, a adequada prestação do que fora contratado, há um custo de oportunidade atrelado ao tempo perdido, por ter sido o consumidor realmente privado da prática de “atividades necessárias ou por ele preferidas”. Explique-se que, embora o presente estudo não tenha por objetivo a análise aprofundada do direito consumerista ou das hipóteses de reparação e quantificação do dano moral, nos parece que o reconhecimento de que há um “custo de oportunidade, de natureza irreparável”, pela privação do tempo do consumidor parece criticável, seja por considera-lo “irreparável”, seja por considera-lo ensejador apenas de dano moral, e não material.

Para compreender a crítica, basta que se recorra ao exemplo teórico dos agricultores supramencionados. Se a energia fosse um insumo necessário à sua produção e Frank, que produz 32kg de batata por dia de trabalho, tivesse ficado 2 dias sem luz, em virtude da má-prestação de serviço da concessionária de serviço público, seu custo de oportunidade corresponderia ao tempo desperdiçado, em que poderia ter produzido 64kg de batata. A hipótese em muito se assemelha ao clássico exemplo dos manuais de direito civil do taxista que fica com o seu carro parado em virtude de acidente de trânsito,⁵⁹ que conduz, sem maiores dificuldades, à conclusão de que Frank deveria ser indenizado pelo valor dos 64kg de batata, que razoavelmente deixou de lucrar em virtude do ilícito perpetrado pela concessionária.

Ora, não se descuida dos limites inerentes ao exercício da jurisdição decorrentes do princípio da adstrição: a atividade jurisdicional é limitada pelos limites da demanda proposta pelas partes, nos termos do art. 141 do Código de Processo Civil,⁶⁰ sendo vedado ao juiz proferir decisão de natureza ou objeto diverso daquele demandado pela parte, na forma do art. 492 do Código de Processo Civil.⁶¹ Nas hipóteses analisadas, não foram pleiteados pelos consumidores danos materiais em conexão com o custo de oportunidade, razão pela qual seriam até mesmo nulas eventuais decisões que os considerassem.

Nada obstante isso, seja porque não foram pleiteados, seja por equívocos conceituais, conclui-se que o recurso à expressão “custo de oportunidade” como mero reforço argumentativo de condenações ao pagamento de indenizações consumeristas por violação a danos morais é divorciado das bases econômicas concretas em que erigido o conceito e, portanto, carece de cientificidade, razão pela qual não será considerado para o estudo adiante realizado do custo de oportunidade como potencialmente relevante no cálculo da indenização por danos materiais nas hipóteses de responsabilidade civil nas hipóteses em que se cogite de um contrato, inadimplido ou que não tenha sido adequada e validamente firmado.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizador e colaborador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 338, nota de rodapé 73.

⁶⁰ Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

⁶¹ Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

No âmbito do STJ, a seu turno, utilizando-se a ferramenta *online* de buscas de jurisprudência, a partir do uso de termos como “custo”; “oportunidade”; “custo de oportunidade”; “oportunidade perdida”, foram encontrados quatro acórdãos em que a expressão “custo de oportunidade” foi empregada. Passa-se a analisar os quatro casos.

No mais recente deles, foi posta à apreciação da 3ª Turma no REsp nº 1.877.331/SP discussão que toma por base a jurisprudência exposta no subcapítulo **1.1**, de acordo com a qual o mero valor contábil do último balanço é insuficiente para a apuração de haveres do sócio retirante, devendo-se utilizar método que se aproxime ainda mais da situação real da empresa. Com efeito, a divergência consistia em decidir se o valor das quotas deveria ser apurado a partir de seu valor econômico, com base no método do fluxo de caixa descontado, ou por meio da elaboração de um balanço de determinação, que indicaria o valor patrimonial real do ativo total da empresa, caso se pretendesse liquidar a sociedade naquele momento.⁶²

A solução do caso, no entanto, tem pouca valia ao presente estudo, porque revolveu em torno da interpretação do art. 606 do Código de Processo Civil,⁶³ bem assim de qual é o objetivo específico almejado quando da apuração de haveres.⁶⁴ Na ocasião, decidiu-se que não é possível incluir a projeção de lucros futuros, ainda que posteriormente descontados por determinada taxa, para a hipótese de dissolução parcial, sendo mais adequado, ao revés, realizar um balanço que melhor represente o ativo patrimonial real da sociedade na data de retirada.⁶⁵

⁶² REsp n. 1.877.331/SP, relatora Ministra Nancy Andrigli, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 14/5/2021

⁶³ Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

⁶⁴ Voto vencido, p. 14 do acórdão.

⁶⁵ Nas palavras do voto vencedor, de lavra do Min. Villas Boas Cueva, “não se presta a avaliação, com base no valor econômico, feita por modelos como o de fluxo de caixa descontado, destinado a nortear negociações ou investimentos, porquanto comporta, como visto, relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos. Com efeito, tendo em vista que a rentabilidade de cada setor empresarial é muito diversa, há grande variação dos múltiplos utilizados. Há também muita subjetividade quanto à taxa de desconto aplicável, sem contar o fator risco envolvido. Comprador e vendedor fazem, na verdade, uma aposta de que determinada sociedade continuará a se comportar de certa maneira no futuro, com certa rentabilidade, estável ou crescente, tudo baseado em avaliações de especialistas, por vezes discrepantes quanto ao desempenho futuro da empresa e do setor. A álea, portanto, é parte essencial do negócio que se resolve graças à bilateralidade e ao acordo de vontades. Na determinação do preço a pagar ao sócio retirante, por outro lado, só haverá encontro de vontades

Nesse sentido, o voto vencido da Min. Nancy Andrighi afirmava ser adequada a apuração dos haveres com base no fluxo de caixa descontado, ao fundamento de que “não há como reembolsar de forma digna e justa o sócio dissidente sem incluir na apuração de haveres a valor alcançado pela sociedade no mercado”, bem como de que “o cálculo do fluxo de caixa descontado considera resultados futuros trazidos a valor presente, mediante aplicação de uma taxa de desconto que contempla, dentre outros, o custo de oportunidade do capital empregado”. Em virtude dos descontos, entendia a Ministra que “não se pode falar, ao contrário do que afirmado pelo Tribunal a quo, que tal metodologia confira ao sócio dissidente participação nos lucros futuros da empresa.”

A maioria discordou da referida opinião, à luz do posicionamento mais bem sintetizado no voto vista do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, por reputar negativa a resposta à seguinte indagação, supostamente decorrente da adoção do fluxo de caixa descontado: “a sociedade deverá desembolsar, em até noventa dias, quantia disponível atualmente em seu caixa para pagamento de haveres calculados com base em prováveis rendimentos futuros e sem que o sócio retirante suporte os riscos futuros?”.

O que importa, para efeitos do presente estudo, não é a solução do caso, mas sim o reconhecimento de que a análise do custo de oportunidade no cômputo final da monta devida em virtude de disposições do Código Civil é, ao menos potencialmente, relevante, como o fez o STJ ao discutir extensamente a adoção de um ou outro método, que o considerasse ou não e que, portanto, resultaria em valores distintos devidos.

Já nos casos do REsp 1.340.174/PR⁶⁶ e do EREsp 1.131.090/RJ,⁶⁷ o termo “custo de oportunidade” foi aparentemente incluído nas ementas por um equívoco

se estipulada cláusula contratual prevendo o cálculo na respectiva apuração de haveres. Caso contrário, ocorrerá imposição de valor, que deve ser, por força da lei, da doutrina e da jurisprudência, o mais próximo possível do real, ou seja, sem elementos arbitrários como as prognoses acerca de eventos futuros e incertos (faturamento e lucratividade futuros, taxa de juros utilizada no desconto, etc.). Essa incerteza - que advém de fatores macroeconômicos (taxa de crescimento do PIB, taxa de juros, taxa de desemprego), jurídicos (normas regulatórias e normas que criem ou ampliem incidências tributárias) e também internos (a própria gestão da empresa) - torna, a meu ver, a metodologia do fluxo de caixa descontado desaconselhável na apuração de haveres do sócio dissidente”.

⁶⁶ REsp n. 1.340.174/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe de 28/9/2015

⁶⁷ EREsp n. 1.131.090/RJ, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/10/2015, DJe de 10/2/2016

no primeiro caso e reproduzido no segundo. Em ambos os casos, discutia-se se o contribuinte pode se beneficiar do instituto da denúncia espontânea, estabelecido no art. 138 do Código Tributário Nacional,⁶⁸ em caso de proceder ao depósito judicial integral do tributo devido, acrescido dos juros de mora, antes de iniciado procedimento administrativo fiscal pelo sócio.

Na ocasião do REsp nº 1.340.174/PR, o STJ destacou que, para que o contribuinte se beneficiasse da denúncia espontânea, deveria haver “relação de troca entre custo de conformidade e custo administrativo”. É dizer: ao efetuar o pagamento integral do tributo, o contribuinte evitaria a atuação do fisco. Assim, seriam “compensados” os custos por ele incorridos para que esteja em conformidade com a lei e a sua renúncia à discussão, com os custos que teriam sido incorridos pela administração pública caso fosse necessário instaurar novos procedimentos para arrecadar o tributo. Não por outra razão, embora os termos “custo de conformidade” e “custo administrativo” tenham sido utilizados em relação de oposição por diversas vezes ao longo do acórdão, o termo “custo de oportunidade”, que sequer foi discutido, foi incluído na ementa como se integrasse a relação de troca discutida – em aparente erro material, quando se deveria ter feito referência ao “custo de conformidade”.

A mesmíssima situação foi repetida no EREsp 1.131.090/RJ: embora a relação de troca entre custo de conformidade e custo administrativo seja discutida ao longo do acórdão, tendo como pano de fundo o mesmo cenário de discussão acerca da possibilidade ou não de se aproveitar da denúncia espontânea, o termo “custo de oportunidade” aparece na ementa e na reprodução do acórdão do REsp nº 1.340.174/PR, utilizado como reforço argumentativo da posição do tribunal. Ao que tudo indica, portanto, trata-se de erro material, repetido em dois casos em que não se pretendia efetivamente discutir o “custo de oportunidade” como juridicamente relevante.

Por fim, o REsp 55.539/RJ⁶⁹ trata do objeto central do presente estudo: na ocasião, ainda que sob a égide do Código Civil de 1916, discutia-se se perdas e danos correspondentes ao “custo de oportunidade” do credor poderiam ser

⁶⁸ Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

⁶⁹ REsp n. 55.539/RJ, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 16/5/1995, DJ de 7/8/1995, p. 23044.

indenizáveis. Esclarece-se, desde logo, que a análise a seguir é sintética em virtude de razão de ordem prática: o processo, que remonta à década de 90, não foi digitalizado – à exceção do acórdão do STJ – e os autos físicos originais foram descartados pelo TJRJ.

Na hipótese, a autora alegava que a ré lhe pagara em atraso diversas prestações devidas. Em virtude disso, requereu a condenação ao pagamento da correção monetária e juros de mora incidentes sobre as parcelas pagas em atraso, bem assim ao pagamento de perdas e danos, consistentes nas taxas por ela arcadas ao contratar financiamento bancário para repor o capital de giro, desfalcado pelo inadimplemento.

A análise, no entanto, resta em muito prejudicada, em virtude de uma questão probatória: a sentença originária conclui que “não ficara provada a existência do dano”. Quando trazida a questão ao STJ, afirmou o recorrente que “essa prova decorre automaticamente do inadimplemento”.

Ora, por se tratar de questão probatória, bem como por inexistir dispositivo legal que autorizasse a referida conclusão, entendeu o Min. Ruy Rosado de Aguiar, relator do caso, não ser “adequado reexaminar o tema na via do recurso especial, pois as instâncias ordinárias consideraram não provado o fato do prejuízo”.

Infelizmente, pelo acórdão do STJ, não é possível precisar se a autora deixou de provar o fato em si – i.e., a efetiva existência de financiamento, bem como quais teriam sido as taxas contratadas – ou se deixou de realizar alguma prova que o juízo de piso reputava necessária para conectar a obtenção do financiamento ao inadimplemento originário.

Se a prova faltante consiste nos fatos relativos ao financiamento em si, a pretensão seria mesmo inatendível: não se pode indenizar a parte que deixe de comprovar, com precisão, o que perdeu e quanto perdeu. No entanto, a discussão seria muito mais tormentosa na hipótese de o financiamento e todos os seus contornos estarem cabalmente comprovados, restando apenas discutir se haveria ou não nexo de causalidade entre o inadimplemento e a necessidade de se contratar financiamento para o capital de giro desfalcado. Na segunda hipótese, haveria discussão teórica nos exatos moldes do que se pretende defender a seguir: se, e em que hipóteses, pode o custo de oportunidade ser relevante para o cálculo final da indenização da parte que teve o seu patrimônio desfalcado por inadimplemento.

Seja como for, o que se extrai textualmente da ementa do acórdão do STJ é que, como regra geral, inexistirá óbice a que o custo de oportunidade seja considerado para o compute da indenização, desde que existente efetiva comprovação do dano: “o deferimento de perdas e danos, correspondente ao ‘custo de oportunidade’, calculado nas taxas médias de financiamento bancário, depende de demonstração de sua efetiva ocorrência”.

1.4 Conclusão parcial

Como se viu, o vocábulo “custo” não é estranho ao Código Civil: em diversos dispositivos, o termo é utilizado como sinônimo de preço, de montante de dinheiro correspondente a um bem ou serviço. Essa concepção corresponde à definição de “custo” na contabilidade, não sendo, no entanto, a única definição existente para o vocábulo.

Nesse sentido, viu-se que a própria jurisprudência reconhece que o custo, sob o ponto de vista contábil, não é necessariamente suficiente para que se determine a completa expressão econômica associada a uma operação. Não por outra razão, rejeita-se a apuração de haveres, nas hipóteses de dissolução parcial de sociedades, fundada exclusivamente no balanço contábil, sob pena de enriquecimento sem causa da sociedade ou dos sócios remanescentes.

Nada obstante isso, nota-se que o art. 402 do Código Civil, ao estabelecer o conteúdo das perdas e danos, não faz referência ao termo “custo”. Isso significa que, se por um lado não se deve fazer associação necessária entre uma ou outra concepção do termo e a composição das perdas e danos, de outro parece inexistir qualquer vedação a que a noção seja considerada para a adequada compreensão do sentido dos danos emergentes ou dos lucros cessantes.

Com efeito, para a Economia, a visão de custo é mais abrangente, e demanda análise prospectiva de tudo aquilo de que se deve abrir mão para que se adquira determinado bem ou serviço. É dizer: o preço é apenas parte do custo para a Economia, que também engloba outras variáveis, como a análise do quanto se abre mão em relação a outras possibilidades alternativas de uso daquele recurso – o chamado “custo de oportunidade”.

Viu-se, ainda, que as empresas tomam as suas decisões de contratar ou não fundadas no custo de oportunidade. É ele quem guia a decisão empresarial de optar

por um negócio e não outro; optar pela aquisição de um bem a determinado preço; ou mesmo de permanecer em atividade.

O conceito de custo de oportunidade, aliás, não é estranho à jurisprudência brasileira. Além de ter sido discutido em hipóteses como os efeitos do inadimplemento do fornecedor para o consumidor e seu impacto na apuração de haveres do sócio retirante, já se reconheceu, ainda que em tese, que o custo de oportunidade pode compor parte do dano indenizável, se efetivamente comprovada a ocorrência de dano.

Com base na hipótese da falta de luz ao produtor Frank, constatou-se que, ao menos parte do que se chama de “custo de oportunidade” na Economia é considerado plenamente indenizável, sem maiores discussões teóricas ou conceituais no Direito: se o custo de oportunidade corresponder àquilo que razoavelmente se deixou de lucrar em virtude do inadimplemento, não há qualquer discussão acerca da possibilidade de que aquele valor seja recuperado como lucros cessantes.

Por isso, parece-nos que o custo de oportunidade não pode ser tratado como um instituto jurídico propriamente dito, mas sim como um “conjunto de problemas” ou de situações juridicamente relevantes,⁷⁰ porque não se parece poder extrair do conceito um regramento unitário e aplicável em qualquer hipótese em que a ele se faça referência. Enquanto desempenha uma função na seara consumerista, é possível que o custo de oportunidade tenha papel distinto (ou nenhum) na apuração de haveres, podendo, ainda, ser de serventia diversa na análise das perdas e danos indenizáveis.

E é essa última relação o objeto do estudo a seguir apresentado, com a seguinte ressalva: se o “custo de oportunidade” não é um instituto jurídico propriamente dito, com contornos e regramento a ele aplicáveis sempre e sempre, não se busca afirmar que o custo de oportunidade deve ou não fazer parte dos computo dos danos indenizáveis.

Ao revés, passa-se a analisar, à luz da função da responsabilidade civil e das perdas e danos, se e como o conceito tem impacto na correta apuração do conteúdo

⁷⁰ KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 13, p. 231-248, out./dez. 2017.

indenizatório. Afinal, em necessária coerência com a metodologia aqui adotada⁷¹, buscar-se-á não apenas uma definição estrutural e estática dos conceitos, mas compreendê-los à luz dos efeitos jurídicos que produzem, bem como dos interesses juridicamente relevantes em jogo⁷².

O que se busca, portanto, é atribuir contornos científicos à análise acerca do impacto da concepção econômica de que o preço não exprime a totalidade do que se abre mão para adquirir um bem – ou mesmo o valor total que dele se extrai – nas diferentes formas de se apurar as perdas e danos devidos à parte inadimplida.

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

⁷² SOUZA, Eduardo Nunes de. *De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato*. Civilistica.com, a. 8, n. 2, 2019.

2. PREMISSAS FUNDAMENTAIS PARA A COMPREENSÃO DO CUSTO DE OPORTUNIDADE ENQUANTO FATOR RELEVANTE NA COMPOSIÇÃO DA INDENIZAÇÃO

2.1 A função da indenização e a necessária aplicação do método da diferença

O arcabouço normativo da responsabilidade civil, dotado de alta maleabilidade porque recheado de termos com grande amplitude, a demandar papel ativo do intérprete, para a definição mesma de seus requisitos essenciais, como, dano, nexos causal, culpa e risco,⁷³ parece campo profícuo para a adoção da técnica interpretativa que se convencionou chamar, na metodologia civil-constitucional, de superação da mera subsunção.⁷⁴ Muito embora se estabeleçam, no Código Civil, as linhas mestras da disciplina, as regras ali suficientes demandam complementação

⁷³ SOUZA, Eduardo Nunes de. *A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil. Prefácio à obra “Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas”, de Cássio Monteiro Rodrigues (Ed. Foco, 2024).* civilistica.com, v. 12, n. 3, p. 1-18, 30 dez. 2023. p. 7.

⁷⁴ A respeito da construção de uma lógica hermenêutica e argumentativa que supere a subsunção como premissa da metodologia civil-constitucional, SCHREIBER e KONDER esclarecem que “O primeiro ponto é o paulatino desenvolvimento, pela doutrina, de critérios, parâmetros e standards para a aplicação de princípios e cláusulas gerais pela jurisprudência, de maneira a, respeitando a lógica informal e flexível própria da argumentação jurídica, reduzir o subjetivismo e a arbitrariedade na atividade interpretativa, sem, contudo, engessar a capacidade de adaptação, pelo magistrado, da norma às circunstâncias relevantes do caso concreto. Esse tipo de contribuição acadêmica é preferível à tradicional indicação de “elementos essenciais” e “requisitos de validade”, cuja utilização, pautada por uma lógica formal do “tudo ou nada”, adequa-se apenas à aplicação de regras, sem consideração de sua inserção no sistema, e guiada por uma lógica formal e subsuntiva, que deve ser superada. Partindo da premissa da textura aberta da linguagem, segundo a qual os conceitos não são delimitados a priori e que os termos são utilizados não com base em características únicas em comum, mas meras “semelhanças de família”, coloca-se a questão da segurança jurídica e do controle da atividade do intérprete. Nesse cenário, a cada vez mais recorrente utilização, pelo próprio legislador, de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios, leva à crítica de que o intérprete seria agraciado por uma enormidade de poder, que conduziria a arbitrariedades. Assentado que a conduta metodológica do positivismo clássico não afasta esse risco, apenas o mascara, deve-se reconhecer que nossa atividade jurisdicional ainda não se encontra habituada à utilização dessa metodologia, e descurando da necessária fundamentação argumentativa que permite o controle interno das decisões, acaba por efetivar a visão pessoal do intérprete em lugar do preenchimento dos termos abertos com conteúdo jurídico, como exemplifica decisão histórica do STF: Ofício judicante – postura do magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la. Reconhecida a inaplicabilidade do regime da lógica formal, silogística e subsuntiva, à hermenêutica jurídica, recorre-se ao regime da lógica informal e argumentativa.” SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Uma agenda para o direito civil-constitucional*. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 10 – Out /Dez 2016. pp.14/15

para que se compreenda, com precisão, quando se deve indenizar, o que se deve indenizar e quanto se deve indenizar.⁷⁵

Com efeito, para a adequada interpretação dos conceitos no ramo, deve-se compreender o fenômeno jurídico como, essencialmente, casuístico, considerando-se a abertura e vagueza de princípios e cláusulas gerais: ainda que determinadas situações sejam aparentemente similares, o direito enquanto ciência só se completa mediante a adequada interpretação da norma à luz dos fatos do caso concreto, nunca idênticos.⁷⁶ Significa dizer que não é possível alcançar uma solução matemática predeterminada, como se de determinado relato de fatos defluísse, necessária e automaticamente, sempre uma mesma e recorrente conclusão – o que não significa, no entanto, que a interpretação é encerrada em mero casuísmo daquele responsável por realizá-la.⁷⁷

Explica-se, ainda, que o exame dos institutos de Direito Civil deverá privilegiar o seu perfil funcional, e não uma mera análise de sua estrutura.⁷⁸ Assim é que devem-se identificar as funções a que determinado instituto ou comando se prestam, para que seja possível “compreender as repercussões da aplicação de uma norma, os interesses jurídicos em jogo, os fins que ela visa atingir, a *ratio* que a alimenta”.⁷⁹

Já a investigação das funções a que determinado instituto se presta, por sua vez, mesmo quando se está diante de disposição contratual, não pode tomar por limite o efeito daquele instituto apenas para as partes contratantes. É necessário, ao revés, por imperativos de ordem constitucional e mesmo infralegal, que se analise a função social a que o instituto em questão se presta, bem como os potenciais impactos da interpretação pretendida sobre terceiros, para que se atenda,

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 610.

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 02 – Jul /Set 2014. p. 14.

⁷⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do juiz*. Revista de Direito Privado, v. 14, n. 56, p. 11-30, out./dez., 2013.

⁷⁸ KONDER, Carlos Nelson. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 41.

⁷⁹ KONDER, Carlos Nelson. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 41.

adequadamente, aos comandos de eticidade e solidariedade social sobre os quais erigido o próprio Código Civil,⁸⁰ - sendo certo que, em qualquer cenário, deve-se atribuir aos institutos o sentido mais adequado de acordo com uma interpretação sistemática e unitária do ordenamento jurídico.⁸¹

Inobstante a relevância da função social, nota-se que não é ela a única atuante sobre os institutos de Direito Civil. Ao revés, e tomando-se os contratos como exemplo, pode ser mesmo necessário perquirir, em concreto, a função desempenhada por aquele contrato específico, até mesmo para que se possa aferir a sua compatibilidade com a função social.⁸² Assim é que ao lado – e não acima ou mesmo abaixo – da função social, convém identificar, para a adequada análise dos efeitos que operam, as funções do instituto que se busca analisar, em abstrato e em concreto, como a própria função econômica, fundamental à disciplina dos contratos entre empresários.⁸³

Não fosse isso suficiente, o reconhecimento da efetiva função do instituto servirá, igualmente, para que a ele se atribua papel instrumental para a concretização daquela função identificada – i.e., sua funcionalização.⁸⁴ Uma vez identificada a função, portanto, extraída da análise unitária do ordenamento jurídico, com a necessária supremacia da Constituição, pode-se compreender os institutos jurídicos como verdadeiros instrumentos para a concretização da função que se identificou, porque consistente com a concretização mesma dos princípios constitucionais.⁸⁵

Especificamente, o presente estudo dependerá da identificação da função primordial a que se presta a responsabilidade civil – e, conseqüentemente, a

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Notas sobre a função social dos contratos*. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400.

⁸¹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 02 – Jul /Set 2014. p. 23.

⁸² KONDER, Carlos Nelson. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 57.

⁸³ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015, p. 117/119.

⁸⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 42.

⁸⁵ KONDER, Carlos Nelson. *Para além da “principalização” da função social do contrato*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017, p. 42.

indenização – para a adequada compreensão do papel que o conceito de custo de oportunidade poderá ocupar na análise das perdas e danos. Igualmente, e compatibilizando o instituto com a função mesma da responsabilidade civil identificada, recorrer-se-á à análise funcional dos juros de mora.

Nesse sentido, destaca-se que, na seara da responsabilidade civil, o amplo espaço conferido para a atividade do intérprete na complementação do sentido das cláusulas gerais ali utilizadas confere ao intérprete uma responsabilidade agravada, para que aplique as normas de forma científica e em conformidade com a lógica e os valores do sistema, tendo os valores constitucionais como baliza.⁸⁶

Explique-se que, porque fundada no dano – mais especificamente, em sua quantificação – a análise que se passa a realizar será focada na delimitação da função, além dele mesmo, da responsabilidade civil propriamente dita, de que o dano é um dos elementos constitutivos. Isso não significa, naturalmente, que questões como o nexo de causalidade não serão abordadas ao longo do estudo, mas sim que a serão apenas nos limites em que sejam relevantes para a vindoura discussão acerca da quantificação da indenização, pelo que é desnecessário, nessa sede, tecer maiores considerações acerca de suas funções e distintas teorias.

Com efeito, muito se tem discutido a respeito da função – ou das funções – da responsabilidade civil. Afinal, o Código Civil não definiu expressamente as funções do instituto ou da indenização – ao contrário do que se fez, por exemplo, em Portugal, em que o art. 562 do Código Civil, sob o título “princípio geral”, afirma que “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”,⁸⁷ pelo que a doutrina identifica, sem maiores dificuldades, que a responsabilidade civil e a indenização possuem como finalidade primária a função compensatória.⁸⁸

Talvez o mais paradigmático exemplo acerca de funções que se buscam atribuir ao instituto consista na chamada função punitiva e ou pedagógica da responsabilidade

⁸⁶ SOUZA, Eduardo Nunes de. *A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil*. Prefácio à obra *“Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas”*, de Cássio Monteiro Rodrigues (Ed. Foco, 2024). civilistica.com, v. 12, n. 3, p. 1-18, 30 dez. 2023. p. 8.

⁸⁷ Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49819575>. Acesso em: 22.02.2024.

⁸⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 819.

civil. Muito embora costume-se atribuir ares de novidade a semelhantes discussões, ressalta-se que o debate não é novo: basta que se recorra, por exemplo, a clássicos como a obra de Caio Mário da Silva Pereira, e deles já será possível extrair justificativas da responsabilidade civil como instituto apto a “sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão” e que “estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico”. Não por outra razão, conclui o autor que “na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator”.⁸⁹

Com ou sem metodologia que tenha sustentado o seu desenvolvimento, a “função punitivo-pedagógica” da responsabilidade civil foi amplamente acolhida pela jurisprudência: do direito consumerista⁹⁰ à responsabilidade civil do estado⁹¹, tornou-se prática absolutamente consolidada atribuir à indenização um “caráter punitivo-pedagógico”. Embora o recurso mais comum a essa suposta função seja aquele que fundamenta ou justifica o valor atribuído ao dano moral, nota-se que o “caráter punitivo-pedagógico” é utilizado, ainda, de formas diversas.

Tome-se como exemplo um caso em que a discussão versava a respeito de danos ambientais.⁹² Na origem⁹³, a União ajuizou ação civil pública contra mineradora acusada de extrair granito sem as devidas autorizações. Em sua inicial, a União faz referência tanto ao art. 884 do Código Civil, quanto aos arts. 186 e 927 do Código Civil, pelo que não se consegue entender, com clareza, se o pleito é indenizatório propriamente dito ou de restituição por enriquecimento sem causa. O pedido formulado é de que seja a mineradora “condenada a ressarcir o erário, no montante de R\$ 295.8000,00”⁹⁴ – explique-se que o referido valor foi indicado

⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*.; Gustavo Tepedino. 12. Ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 14.

⁹⁰ AgInt no AREsp n. 2.149.017/RJ, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022.

⁹¹ AgInt no AREsp n. 2.105.005/AL, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 7/12/2022, DJe de 14/12/2022.

⁹² AgInt nos EDcl no REsp n. 1.987.343/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.

⁹³ Processo nº 0004765-07.2010.4.01.3813, que correu diante da Vara Federal Única de Teófilo Otoni – MG.

⁹⁴ Se no caso concreto a análise da petição inicial já demonstra ser impossível identificar adequadamente a quais institutos faz referência o pedido da União, a tarefa torna-se ainda mais árdua porque, como reconhece a doutrina, diversos termos como ressarcimento, reparação, indenização e restituição são usados livremente, muitas vezes como se sinônimos fosse. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Perdas e Danos*. In: (coord) LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 658.

pelos engenheiros da ré como sendo o valor de mercado do granito ilegalmente extraído quando da lavratura dos autos de infração que originaram a ação.

A mineradora, por sua vez, alegou que a quantificação constante do pedido da União corresponderia a um dano hipotético, o único remédio disponível consistiria na devolução do granito e, subsidiariamente, que o valor a ser ressarcido deveria corresponder ao valor lucro por ela obtido, abatidas todas as despesas relativas ao processo de beneficiamento e para a comercialização do granito, e não o valor de mercado do mineral em si. Destaca-se, ainda, que posteriormente às infrações discutidas nos autos, a mineradora foi autorizada a funcionar e passou a extrair e comercializar, de forma lícita, granito na região.

A sentença, sem esclarecer se fundada em indenização por ato ilícito ou restituição por enriquecimento sem causa, condenou a mineradora a pagar o valor integral cobrado pela União, uma vez que a mineradora “não apresentou provas no sentido de desconstituir o valor apresentado pela Requerente e pelo DNPM, sobretudo devido ao fato de que esse valor tomou por base a própria declaração da requerida”.⁹⁵ Porque determinou-se a incidência de juros de mora desde a data da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, infere-se ter a sentença atribuído à condenação a natureza de perdas e danos. Destaca-se que, em primeiro grau, não se fez recurso algum ao caráter “punitivo-pedagógico” da indenização.

Levada a questão ao TRF-1, a solução da lide igualmente não demandou qualquer recurso a uma suposta função punitivo-pedagógica da indenização. Ao revés, negou-se provimento ao recurso, novamente ao fundamento de que a mineradora foi incapaz de produzir prova que demonstrasse ser o preço de mercado informado por seus engenheiros incorreto, sendo certo que a “apelante poderia demonstrar que o preço acolhido pelo julgado [i.e., o preço informado pelos engenheiros da ré] não seria correto mediante a comprovação do valor do granito que vem extraindo da área”.⁹⁶ Em outras palavras, decidiu-se que, para que integralmente reparado o prejuízo da União com a extração ilegal de granito que lhe pertencia, a indenização deveria observar o valor de mercado daquele granito.

⁹⁵ Processo nº 0004765-07.2010.4.01.3813, Vara Federal Única de Teófilo Otoni – MG, j. 05.12.2014, juiz Paulo Máximo de Castro Cabacinha.

⁹⁶ AC 0004765-07.2010.4.01.3813, Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa, TRF1 - Quinta Turma, e-DJF1 06/02/2019 PAG.

A controvérsia até aquele momento, portanto, revolveu em torno exatamente do princípio da reparação integral e sua oposição aos parâmetros do enriquecimento sem causa. Mais especificamente, discutia-se se o patrimônio da União estaria integralmente reparado se a condenação exprimisse o valor de mercado do bem, ou se deveria a condenação fundar-se no lucro auferido pelo ofensor, como demandaria o regramento do enriquecimento sem causa.

Ao enfrentar a mesmíssima controvérsia, no entanto, o STJ utilizou fundamentação em muito distinta daquela empregada pelas instâncias ordinárias. Para justificar a manutenção da condenação no valor de mercado do granito e confundindo reparação integral com caráter punitivo-pedagógico da indenização, a 2ª Turma, à unanimidade, asseverou que “a indenização deve abranger a totalidade dos danos causados ao ente federativo, sob pena de frustrar o caráter pedagógico-punitivo da sanção e incentivar a impunidade de empresa infratora”.

Ora, a fundamentação causa profundo espanto, por dois diferentes motivos. Em primeiro lugar, a sentença é cientificamente equivocada: o que demanda a reparação integral é exatamente a clássica função reparatória da responsabilidade civil, insculpida no art. 944 do Código Civil, que consagra o princípio da reparação integral. Não sem razão, esclarece a doutrina que “a indenização deve ser estabelecida na extensão do próprio dano, como expressamente reconhecido no art. 944 do Código Civil, revelando-se irrelevante qualquer consideração estranha à repercussão da lesão na vítima”.⁹⁷

Em segundo lugar, destaca-se que o STJ lançou mão do “caráter pedagógico-punitivo” da indenização para defender o valor da condenação, quando nem a sentença, nem o acórdão e nem o recorrido o fizeram. Seja pelas razões processuais de praxe, seja porque juízo de primeiro grau, tribunal e a própria parte interessada jamais ousaram defender que o valor da indenização deveria ser aquele pleiteado em virtude de uma função punitivo-pedagógica da indenização, é no mínimo curioso que o referido argumento tenha sido utilizado pela 2ª Turma.

O que se depreende do exemplo aqui citado, para além de potencial crítica ao uso sem rigor científico de conceitos na prática forense brasileira, é o seguinte: embora a função “punitivo-pedagógica” da responsabilidade civil seja reconhecida

⁹⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, jul./set. 2021, p. 285.

pela jurisprudência brasileira, é possível que em diversos casos, como o que aqui se analisou, a ela façam referência como recurso argumentativo para, em realidade, defenderem a função reparatória da responsabilidade civil e a reparação integral do dano, quando confrontada a possibilidade de um dano maior ou menor. Naturalmente, essa proposição depende de prova científica, mediante uma análise de dados empíricos dos casos que façam referência ao conceito, como se fez em relação aos termos boa-fé objetiva, função social e equilíbrio do contrato na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.⁹⁸

Em sede de doutrina, a atribuição da chamada função punitivo-pedagógica à responsabilidade civil também é muito criticada. Parte da crítica toma por base o próprio processo legislativo: recorda-se que quando da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, todos os dispositivos nele incluídos que determinavam hipóteses de indenização punitiva foram vetados, sendo certo que os referidos vetos foram mantidos pelo Congresso Nacional.⁹⁹

Não fosse isso suficiente e como acima se expôs, o grau de reprovabilidade ou não da conduta do ofensor é, para efeitos de responsabilidade civil, a princípio irrelevante. Excetua-se a regra geral¹⁰⁰ única e exclusivamente em benefício do causador do dano,¹⁰¹ nos termos de previsão legal expressa, para que se reduza equitativamente a indenização em caso de desproporção manifesta entre a gravidade da culpa e o dano, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

Afirma-se, ainda, que é o próprio princípio da reparação integral responsável por inviabilizar a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil: afinal, se se deve reparar a integralidade do dano sofrido pela vítima, mas

⁹⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos*. In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Carlos Nelson de Paula Konder. (Org.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio econômico*. 1 ed. Indaiatuba: Foco, 2019, v. 1, p. 1-24.

⁹⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro*. Revista da AGU, vol. 21, n. 3. Brasília: jul.-set./2022, p. 217.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 619.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In: SARMENTO, Daniel et al. (Org.). *Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 521/522.

nada mais que o dano sofrido pela vítima, inexistindo possibilidade de indenização que desborde desses limites, mesmo que em hipóteses socialmente reprováveis, a suportar uma majoração da indenização com base em um caráter punitivo-pedagógico.¹⁰² Caso contrário, acertar-se-ia verdadeiro contra senso, porque haveria indenização superior ao dano, quando é certo que o dano consiste em elemento central e necessário do instituto, sem o qual não há que se falar em responsabilidade civil.¹⁰³

Por fim e de forma mais importante, a atribuição de função punitiva à indenização esbarra em previsão constitucional. Se o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal,¹⁰⁴ determina que não há pena sem prévia cominação legal, e em inexistindo previsão legal que autorize a indenização a funcionar como punição ao ofensor, não se pode atribuir à responsabilidade civil o condão de punir o ofensor. Por isso, conjugando-se o regramento constitucional ao princípio da reparação integral, afirma-se que há clara distinção finalística entre a responsabilidade civil, voltada a compensar o dano sem preocupar-se com a punição do ofensor,¹⁰⁵ e a responsabilidade penal, que tem por finalidade principal punir o culpado¹⁰⁶ – sem prejuízo de em outros países, como em Portugal, destacar-se uma potencial influência do grau de culpa do agente para o cálculo da indenização.¹⁰⁷

Aliás, essa eventual possibilidade resultaria em completa subversão até mesmo do sistema processual civil. Afinal, se se atribísse caráter sancionador à lei civil, deveriam vir atreladas às demandas de responsabilidade civil uma série de garantias conferidas aos réus em processos com caráter punitivo, como ocorre nas

¹⁰² SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro*. Revista da AGU, vol. 21, n. 3. Brasília: jul.-set./2022, p. 207.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. e-book.

¹⁰⁴ Art. 5, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹⁰⁵ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 45.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 610.

¹⁰⁷ PIRES, Catarina Monteiro. *Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 2/2015, p. 245-274. Jan-Mar/2015.

hipóteses do chamado direito sancionador. Toma-se por exemplo o seguinte e ilustrativo excerto do MS 20.940/DF, acerca das garantias que andam junto ao direito sancionador:

Em matéria de direito sancionador, a interpretação deve ser, sempre, calcada nos preceitos garantísticos, que não toleram flexibilizações custosas ao direito de defesa ou à delimitação material do ato passível de punição. Não encontra abono jurídico a postura que reivindica para o Direito Sancionador a função apenasmente punitiva, relegando ao esquecimento e ao desprezo a proteção dos direitos das pessoas.¹⁰⁸

Por todos esses motivos, rejeita-se, aqui, a atribuição de função punitivo-pedagógica à responsabilidade civil.¹⁰⁹ Ao revés e para além da supramencionada garantia constitucional de que as penas demandam prévia cominação legal, menciona-se a centralidade exercida pela dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, compreendida como fundamento do Estado Democrático de Direito¹¹⁰ e vetor axiológico da ordem civil-constitucional.

À luz da centralidade exercida pela dignidade da pessoa humana e inexistindo cominação legal que a direcione ao ofensor, bem como à luz do princípio da reparação integral, parece-nos mais adequado, à luz da Constituição, atribuir como função primordial¹¹¹ da responsabilidade civil a “a tutela prioritária da vítima por meio da reparação integral do dano”.¹¹² Afirma-se, portanto, que o

¹⁰⁸ MS n. 20.940/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 13/10/2020.

¹⁰⁹ Sem prejuízo de robusta e conhecida posição doutrinária em contrário, aqui simbolizada por Nelson Rosendal, que defende a necessidade de que a indenização observe, para além da extensão do dano, uma função punitiva da indenização. ROSENDA, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 216 e ss.

¹¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

¹¹¹ Refere-se aqui à função “primordial” porque não se rejeita, de plano, a possibilidade de que o instituto desempenhe outras funções, desde que acessórias à função primordial. Cita-se, exemplificativamente, a capacidade de a responsabilidade civil funcionar como um desestímulo à prática de ilícitos: embora não se reconheça, aqui, eficácia à referida “função preventiva”, de modo a aceitar sejam reembolsáveis valores despendidos para evitar um ilícito na hipótese de que não ocorra, não se rejeita, de outro lado, que, ao menos sob o ponto de vista psicológico, o risco de eventual condenação à indenização pode funcionar como desestímulo à violação de direitos de outrem. Trata-se, no entanto, de mero reflexo, decorrente da função reparatória da responsabilidade civil: o desestímulo decorre da reparação, não ostentando qualquer autonomia ou eficácia própria. Para uma análise da possibilidade de que a responsabilidade civil exerça funções acessórias – ainda que no contexto português –, confira-se MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 824/825.

¹¹² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, jul./set. 2021, p. 285.

ordenamento jurídico brasileiro consagrou a função reparatória – ou compensatória – da responsabilidade civil, deslocando-se o foco do instituto para a vítima e os efeitos do ilícito sobre ela; e não, em regra, sobre o ofensor.¹¹³

Destaca-se, ainda, que estão em curso discussões para potenciais alterações no Código Civil, com impactos fundamentais sobre a função da responsabilidade civil. A esse respeito, menciona-se que a subcomissão responsável pela análise do tema proferiu parecer, por meio da qual consignou ser necessário o “reconhecimento da tríada das funções desempenhadas pela responsabilidade civil: reparatória de danos, preventiva e punitiva”.¹¹⁴ Não por outra razão, além do reconhecimento expresso da referida função punitiva na proposta de redação de novo art. 926-A,¹¹⁵ consta também proposta de novo parágrafo 2º ao art. 947, de acordo com o qual seria possível, a critério do lesado, que a indenização compreendesse uma soma razoável à “remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito”.¹¹⁶

Por óbvio, se aprovadas tal como propostas, as alterações legislativas em questão teriam o impacto de alterar a função primordial aqui identificada à responsabilidade civil. Nada obstante isso, a própria proposta de alteração legislativa para a previsão de novas funções à responsabilidade civil parece reforçar, *a contrario sensu*, a conclusão aqui defendida, de que hoje, tal como posta

¹¹³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *e-book*.

¹¹⁴ ROSENVALD, Nelson; GALLOTTI, Maria Isabel e CARRIJO, Patrícia (Relatores). *Parecer nº 1 da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*, de 15.12.2023. p. 16. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em 22.02.2024.

¹¹⁵ Art. 926-A: “As disposições deste Título são aplicáveis às funções preventiva, punitiva e reparatória de danos.” ROSENVALD, Nelson; GALLOTTI, Maria Isabel e CARRIJO, Patrícia (Relatores). *Parecer nº 1 da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*, de 15.12.2023. p. 14. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em 22.02.2024.

¹¹⁶ Art. 947, § 2º: “Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a critério do lesado, a indenização compreenderá uma soma razoável correspondente à violação de um direito ou, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito.” ROSENVALD, Nelson; GALLOTTI, Maria Isabel e CARRIJO, Patrícia (Relatores). *Parecer nº 1 da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil*, de 15.12.2023. p. 84. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em 22.02.2024.

a legislação de regência, constitucional e infraconstitucional, a responsabilidade civil funciona para reparar os danos sofridos pela vítima.

Abre-se um breve parênteses para explicar que, ainda que a reparação integral seja a regra, o pagamento de uma indenização em dinheiro não necessariamente reparará efetivamente a lesão, sobretudo quando se diz respeito a danos morais¹¹⁷, razão pela qual parte da doutrina prefere atribuir à função primordial da responsabilidade civil a denominação de “compensatória” – e não “reparatória”. Porque sutil a diferença, e porque usualmente identificadas ambas as terminologias, bem assim o recurso à função “indenizatória”, com o mesmo sentido, adota-se, no presente estudo, as três como sinônimas.

Bem estabelecido que a função da responsabilidade civil consiste em reparar o dano da vítima, deve-se perquirir qual exatamente é o objeto de proteção da tutela da vítima, bem como o que se deve reparar integralmente na hipótese de sua violação. Aqui, ressalva-se novamente que o presente estudo não tem por objetivo tratar dos danos morais, pelo que, embora indiscutivelmente centrais e merecedores de tutela, os direitos existenciais não serão mencionados nas linhas a seguir, que serão focados nas questões puramente patrimoniais – e contratuais – em cujo espectro de proteção da vítima recai a responsabilidade civil contratual – ou pré-contratual.

Inicia-se com a proposição central, extraída de STEINER, à luz do direito brasileiro, que funciona como pedra de toque do presente estudo: “pode-se afirmar que o dano é a lesão a um interesse e que este é o objeto de proteção da norma”.^{118/119} É dizer: o objeto fulcral de proteção da responsabilidade civil é um interesse jurídico de um sujeito, e não um bem jurídico específico e individualmente considerado.¹²⁰

¹¹⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. Ed., rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

¹¹⁸ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 60.

¹¹⁹ Explica-se que noção muito similar é admitida em Portugal, onde se afirma que “*dano* ou *prejuízo* é toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.” COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª edição revista e actualizada, 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019. p. 591. Em virtude dessa similitude, diversas considerações doutrinárias de lá são em tudo e por tudo aplicáveis ao Brasil, pelo que recorre-se, ao longo do presente estudo e por diversas vezes, a excertos doutrinários portugueses.

¹²⁰ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 62.

Ressalva-se a polissemia do termo dano: com a presente definição busca-se abordar o dano na sua concepção de lesão a um interesse, e não como consequência dessa lesão.¹²¹ O dano, na sua concepção de consequência da lesão e conteúdo da indenização, será abordado a seguir.

Nada obstante isso, ao longo dos anos, constatou-se que a lesão a esses interesses não caminha, necessariamente, lado a lado com a antijuridicidade: é possível que haja dano injusto sem que se tenha violação de norma, na medida em que o ato cause lesão a um interesse juridicamente relevante e merecedor de tutela.¹²²

Em coerência com a metodologia, explique-se que a noção de interesse merecedor de tutela não é estanque no tempo e espaço. Ao revés, o interesse juridicamente tutelado pode variar de acordo com o que um determinado grupo de pessoas considera digno de proteção em determinado momento no tempo: se se altera a valoração social daquilo que se entende digno de proteção, altera-se, igualmente, a noção de interesse tutelado e, conseqüentemente, de dano,¹²³ pelo que se afirma que, embora a noção de dano como proteção a um interesse seja comum a diversos ordenamentos jurídicos da família de Civil Law, isso não significa que os interesses tutelados são idênticos em todos eles.¹²⁴ Por essa razão, ainda, identifica-se, na medida em que se multiplicam os interesses merecedores de tutela, uma expansão nas hipóteses de danos indenizáveis.¹²⁵

Porque adotada, aqui, a teoria do interesse para explicar o dano como fenômeno, permita-se dedicar breves notas para, como faz STEINER, compatibilizar – e não rejeitar – as premissas aqui adotadas com ideias concebidas na teoria da diferença, que identificava o interesse a ser reparado mediante uma

¹²¹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 67.

¹²² TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, jul./set. 2021, p. 283.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. *Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação*. Revista de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 19, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71527. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71527>. Acesso em: 22.02.2024.

¹²⁴ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 61/62.

¹²⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, jul./set. 2021, p. 283.

operação necessariamente matemática de apuração da diferença do patrimônio real do lesado e patrimônio do lesado acaso não houvesse ocorrido o ilícito.¹²⁶

Conquanto a proposição teórica seja rejeitada, por sua incapacidade de se adequar às múltiplas acepções de interesses merecedores de tutela e não diretamente patrimoniais, o racional que guarda consigo de realizar uma comparação de situação com ou sem o evento lesivo é de grande valia a uma etapa subsequente à identificação da lesão a um interesse merecedor de tutela: a fase de quantificação de danos. Isso, porque a noção de que se pode analisar os danos a partir de uma comparação é de grande valia, até mesmo na hipótese de comparação entre interesses: nesse cenário, há uma virada conceitual para que se faça uma comparação, como afirma MOTA PINTO, não apenas entre grandezas patrimoniais,¹²⁷ mas também entre potenciais interesses.

Isso significa que a comparação proposta pela teoria da diferença, ainda que não se utilize dela para definir qual é o dano indenizável, pode ser útil até mesmo para a análise das hipóteses de execução específica ou de danos extrapatrimoniais,¹²⁸ pelo que, apesar de suas limitações, não foi abandonado pela doutrina.¹²⁹ Daí porque se afirma que ambas as teorias consistem em faces da mesma moeda: se a teoria do interesse serve à definição do fundamento do dever de indenizar – i.e., do dano e do que se lesou –, o método de comparação utilizado pela teoria da diferença é fundamental à adequada apuração do *quantum* a ser reparado.¹³⁰

Para que se evitem eventuais confusões terminológicas, portanto, e considerando-se que a grande valia identificada na teoria da diferença consiste em um método de cálculo da indenização, utilizar-se-á daqui em diante a referência, emprestada de MARTINS-COSTA,¹³¹ ao “método da diferença”, assim

¹²⁶ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 50.

¹²⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 810.

¹²⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 810.

¹²⁹ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 811.

¹³⁰ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 67.

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 618.

compreendido com a comparação entre a situação em que se encontra o lesado após o evento danoso e a situação do interesse que buscar-se-á reconduzi-lo.

Assim é que o método da diferença, naturalmente, será utilizado única e exclusivamente após a devida identificação de que houve dano e do interesse que se deve reparar, mas jamais para a definição de qual é o interesse a se reconduzir propriamente dito.¹³² Em outras palavras, trata-se do método adequado para a apuração das consequências do dano – i.e., a indenização – e não para a definição em si de qual lesão deverá ensejar sua utilização.¹³³

Explica-se, ainda, que o interesse a ser ressarcido, como se disse, não é genérico, geral ou abstrato. Muito ao contrário, é essencialmente casuístico, porque referente à situação específica do sujeito lesado, bem assim ao impacto produzido sobre ele. Disso decorre a afirmação de que a análise da indenização devida, em responsabilidade civil, é necessariamente individual, tendo por objeto o impacto específico resultante no lesado, e não um valor usualmente atribuível aos efeitos daquela hipótese lesiva.¹³⁴

Por isso, afirma-se que o interesse, individualmente considerado à luz da vítima, assume relevância central na disciplina, pois além de funcionar como o teste para que se decida o que deve ou não ser indenizado, também funciona para determinar a extensão do dano que se deve indenizar.¹³⁵

De tudo o quanto acima se expôs, toma-se emprestada a definição de MOTA PINTO, para quem interesse é “a relação entre o lesado e o estado em que não estaria se não fosse o evento lesivo (que determina a obrigação de indenizar)”.¹³⁶ Definido o conceito, a missão seguinte do intérprete consiste em, além de estabelecer quais são os interesses objeto de proteção do ordenamento jurídico, dimensionar adequadamente o dano causado por sua violação, na medida da

¹³² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 67.

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 618.

¹³⁴ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 67.

¹³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 2/2015, Jan-Mar/2015.

¹³⁶ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 842.

imputação¹³⁷ – etapa em que serão fundamentais os conceitos acima desenvolvidos de custo de oportunidade e seus desdobramentos, para que se analise em que medida guardam conexão com os interesses merecedores de tutela tutelados pela responsabilidade civil.

2.2 Os interesses: custo de oportunidade em relação a qual interesse juridicamente tutelado?

A distinção a seguir delineada entre os termos interesse negativo e positivo, como situações hipotéticas abstratas para comparação com a situação real do lesado, denominada por MOTA PINTO de “par conceitual”,¹³⁸ parte de um ponto fixo de referência: o contrato. Assim é que o termo interesse negativo representa, na realidade, uma situação negativa *em relação ao contrato*, porquanto tem por propósito uma abstração para retroagir a uma situação anterior a determinado evento lesivo como se toda a relação anterior à lesão jamais tivesse existido, enquanto o interesse positivo, igualmente, o é em relação à avença, porque visa à adição de um elemento que deveria ter ocorrido, mas não ocorreu – ou não ocorreu adequadamente –, em virtude do inadimplemento.¹³⁹

Feita essa breve introdução, passa-se à análise dos interesses negativo e positivo, sabendo-se que, em qualquer hipótese, aqui o elemento referencial de comparação para os efeitos da abstração (negativo) ou adição (positivo) será um contrato.

2.2.1 Interesse negativo e os valores investidos

Inicia-se pela definição conceitual de STEINER, aqui adotada, de acordo com a qual o interesse negativo pode ser compreendido como a hipótese teórica de recondução do credor da indenização à “situação patrimonial em que ele estaria se nem sequer houvesse cogitado do contrato, ou seja, se não houvesse iniciado

¹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 615/616.

¹³⁸ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 06.

¹³⁹ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 842.

contatos negociais”.¹⁴⁰ Assim é que o exercício proposto não visa a apenas devolver o credor para a posição que estava antes da celebração da avença, mas sim efetivamente recoloca-lo na situação hipotética em que poderia estar caso, por exemplo, fizesse uso alternativo dos recursos para ele empregados.¹⁴¹

Como se vê, trata-se de abstração, de reconduzir a vítima a uma situação hipotética a ser depreendida a partir da remoção, sob o ponto de vista patrimonial, dos efeitos de algo que ocorreu, sem que tenha gerado os efeitos que dele se esperava.¹⁴²

Abre-se breve parênteses para se explicar que, embora comumente se utilize essa terminologia, aqui não será adotado o termo “interesse na confiança” como sinônimo de interesse negativo, por uma simples razão: um modelo de responsabilidade civil que tenha por função precípua a reparação dos danos causados pelo incumprimento de promessas tem como razão mesma de ser encorajar que promissários efetivamente confiem nas promessas que lhes são realizadas por promitentes, como corolário e instrumento fundamental à concretização da autonomia privada.¹⁴³

Ora, com isso não se ignora, naturalmente, que o Direito, até mesmo enquanto ciência, tem por uma de suas principais funções “dar, aos seus destinatários, a segurança possível contra riscos, contra a lesão de certos interesses e a frustração de certas expectativas juridicamente qualificada”.¹⁴⁴ Especificamente no que diz respeito ao ato de contratar, afirma-se, com singeleza e correção, que “contratar é arriscar-se”, porque, além de o risco ser inerente à vida e às operações econômicas, o contrato carrega consigo uma miríade de possibilidades, inclusive imprevistas, que podem resultar no eventual descumprimento da avença inicialmente vislumbrada.¹⁴⁵

¹⁴⁰ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 74.

¹⁴¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 9.

¹⁴² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 74.

¹⁴³ FARNSWORTH, Allan. Legal Remedies for Breach of Contract, *Columbia Law Review*, New York, v. 70, 1970, p. 1147.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O risco contratual (e os significados do risco)*. In: Riscos no direito privado e na arbitragem. Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro Pires (Coord.). São Paulo: Almedina, 2023, p. 25.

¹⁴⁵ TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. *A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais*. In: Riscos no direito privado e

Nada obstante as incertezas inerentes ao ato de contratar, nela incluído o sempre presente risco de inadimplemento, pode-se afirmar que, ao menos como regra geral e em alguma medida, as partes que negociam ou pactuam uma avença o fazem com a expectativa, ou a confiança, de que as declarações que lhes foram feitas são verídicas, que a legítima expectativa de que a avença será efetivamente pactuada será observada, ou mesmo que não há qualquer vício desconhecido que acabe por macular as negociações e/ou o contrato. Nesse cenário, portanto, haveria indesejável confusão, porque a expressão “interesse da confiança” poderia ser utilizada tanto para a recondução à hipótese que aqui se denomina de interesse negativo, quanto à hipótese de confiança no cumprimento do programa contratual, a conduzir ao adiante definido interesse positivo.^{146/147}

Bem estabelecida a preferência pela expressão interesse negativo, explique-se que, nada obstante a clareza da definição acima utilizada, o conceito por vezes carrega consigo diversas concepções equivocadas, que precisam ser desfeitas. É o que se passa a expor.

De início, esclareça-se que a indenização pelo interesse negativo comporta tanto os danos emergentes, quanto os lucros cessantes.¹⁴⁸ Em relação aos danos emergentes, nota-se que é possível que o credor tenha incorrido em despesas, tais como a compra de suprimentos ou despesas escriturais, para estar apto à celebração do contrato, pelo que a recomposição do seu patrimônio à situação jurídica abstrata

na arbitragem. Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro Pires (Coord.). São Paulo: Almedina, 2023, pp. 55/56.

¹⁴⁶ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 862/863.

¹⁴⁷ Destaca-se que, ainda que em matriz em muito diversa, mesmo na análise da indenização devida em sistemas de *Common law*, são tratadas como questões teóricas e jus-filosóficas distintas as escolhas entre (i) privilegiar a punição do inadimplente (“compulsion”) ou a reparação do inadimplido (“relief”) ; e (ii) reparar o inadimplido mediante a devolução do benefício econômico auferido pelo inadimplente (“restitution”), condução do inadimplido à situação que estaria caso o contrato fosse performado (“expectation”) ou condução do inadimplido à posição em que estaria caso a obrigação não fosse pactuada (“reliance”) . Tomada preliminarmente a escolha político-jurídica por um sistema de “relief”, a opção pela primazia de “restitution”, “reliance” ou “expectation” em nada afeta a centralidade que se atribui à confiança de que promessas serão cumpridas, em decorrência dos estímulos que um sistema de “relief” visa a alcançar” FARNSWORTH, Allan. *Legal Remedies for Breach of Contract*, Columbia Law Review, New York, v. 70, 1970, p. 1145/1149.

¹⁴⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 175.

de momento anterior ao início das tratativas deverá recompor esses custos, sob a forma de danos emergentes.¹⁴⁹

Deve-se afastar, no entanto, a proposição de que, em visando o interesse negativo ao objetivo de reconduzir o inadimplido à situação a quo em relação à celebração do contrato, seria o conceito incompatível com a cominação de lucros cessantes. Seja por inexistir qualquer norma que restrinja a regra geral de que as perdas e danos são compostas, em qualquer cenário, tanto por aquilo que se deixou de lucrar, seja pela consagrada explicação doutrinária de que os lucros cessantes não são restritos a o que uma parte deixou de ganhar, englobando, também, o que ela ganharia em um cenário alternativo, nota-se que não há razão alguma para que se expurgue da indenização por interesse negativo o conceito de lucros cessantes.¹⁵⁰ Em síntese, “não só de lucro cessante é composto o interesse positivo, assim como o interesse negativo não se resume a danos emergentes”.¹⁵¹

A sutileza, no caso, corresponde a qual *lucro* será indenizável: por certo, não se pode conferir ao credor o lucro que seria auferido com o cumprimento da avença em questão, sob pena de contradição interna, já que, nessa hipótese, não mais haveria uma tentativa de retorno à hipótese abstrata de em que posição o patrimônio do lesado caso as negociações jamais fossem iniciadas, mas, ao revés, condução à hipótese final do patrimônio após o efetivo cumprimento das obrigações. Além da incompatibilidade lógica, a soma do benefício econômico resultante do contrato à quantia calculada a partir do interesse negativo certamente resultaria em efetivo enriquecimento do lesado, de forma a conduzi-lo a uma situação patrimonial ainda melhor do que aquela que estava antes da ocorrência do evento lesivo, o que certamente não se pode admitir sob pena de fulminar a regra geral de que os danos são integralmente reparáveis, sem que se possa atribuir a

¹⁴⁹ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017. p. 203.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 620.

¹⁵¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Desafios na reparação dos lucros cessantes: a importância da concretização da razoabilidade na quantificação do dano*. In: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva (coord). *Problemas de Direito Civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 600.

natureza de indenização a eventual quantia superior ao valor do efetivo impacto negativo sobre o interesse tutelado.¹⁵²

Não por outra razão, afirma-se que os interesses negativo e positivo possuem relação de alternatividade: ou o lesado pleiteia indenização que, em virtude das do âmbito de aplicação na hipótese específica, o conduzirão à indenização pelo interesse negativo, ou pleiteia remédio que o conduzirá à indenização pelo interesse positivo,¹⁵³ sendo certo que, para alguns autores, sobretudo se se considerar que a indenização nas hipóteses de resolução do contrato sejam calculadas pelo interesse negativo, atribui-se ao credor a faculdade de escolher entre um remédio que o conduzirá ao interesse negativo – a resolução – ou ao interesse positivo – a execução pelo equivalente.¹⁵⁴

Muito ao revés, é exatamente esse o motivo pelo qual o conceito de custo de oportunidade é relevante, porque permite a adequada identificação do lucro cessante a ser ressarcido na hipótese de indenização pelo interesse negativo, relacionado às oportunidades alternativas de inversão dos recursos utilizados na obrigação que terminou por ser descumprida.¹⁵⁵ Nada obstante isso, a determinação, com a necessária amplitude,¹⁵⁶ de o que compõe os lucros cessantes nessa hipótese é mais tormentosa,¹⁵⁷ porém bem explicada por TERRA e GUEDES:

A composição do interesse negativo, tal qual do interesse positivo, também é formada pelas duas facetas do dano patrimonial: dano emergente e lucro cessante, mas o lucro cessante aqui não é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar com aquele negócio em particular, que fora descumprido, mas sim o que ele deixou de auferir por ter celebrado o tal contrato, isto é, o que ele ganharia se tivesse, por exemplo, dado continuidade a outro negócio já em curso e interrompido, ou, então, com o próprio investimento financeiro do capital. Os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem traduzir-se, como já asseverava Antônio Chaves, “(...) numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. ex. – ou na

¹⁵² MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 1003/1006.

¹⁵³ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017. p. 210.

¹⁵⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 14.

¹⁵⁵ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 270.

¹⁵⁶ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017. p. 204.

¹⁵⁷ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 271.

frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar”.¹⁵⁸

A explicação guarda relação perfeita com o custo de oportunidade: ora, se o conceito de custo de oportunidade reclama a efetiva consideração econômica de alternativas àquela operação especificamente pactuada, nos termos expostos no Capítulo I, é mesmo natural que, na hipótese de recondução da parte à situação em que se encontrava antes mesmo de iniciar os contatos negociais, seja essa quantia reposta. Afinal, se o interesse negativo consiste em restaurar o lesado à posição em que estaria “se não houvesse iniciado as negociações que resultaram um contrato *a posteriori* invalidado, ou mesmo, na não conclusão do contrato”,¹⁵⁹ é certo que a análise comparativa deve considerar a integralidade das condições econômicas impostas à parte no efetivo momento hipotético *a quo* a que o exercício de abstração tem por objeto recriar,¹⁶⁰ porque a posição que se busca atingir é a “posição econômico-jurídica em que estaria se o contrato não tivesse sido celebrado”.¹⁶¹

Nessas hipóteses, o interesse protegido não consiste no cumprimento do contrato, mas sim na confiança que se depositou em que seria validamente concluído, posteriormente frustrada.¹⁶² Caso contrário, estar-se-ia, por via oblíqua, obrigando a parte a contratar, já que a ela, mesmo no caso da ruptura de tratativas antes da celebração da avença, seria obrigatória efetuar o pagamento de indenização correspondente ao interesse positivo, de forma a conduzir a contraparte à situação de efetivo cumprimento do contrato rejeitado.¹⁶³

Exemplifique-se.

A empresa ABC Construções possui uma única equipe de campo capaz de realizar construções em um determinado município, que está, no momento, contratada e mobilizada na realização de um edifício, que resulta em um lucro

¹⁵⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 16/17.

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 624.

¹⁶⁰ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 71/72.

¹⁶¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 202.

¹⁶² MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II, p. 1345. Coimbra: Coimbra, 2008.

¹⁶³ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. São Paulo: Lejus, 1997, pp. 202-205.

mensal de R\$ 100 mil e que ainda perduraria por seis meses. Sobrevém, então, o contato do Incorporador X, interessado na construção de uma ponte no mesmíssimo município, que resultaria em lucro de R\$ 200 mil mensais ao longo dos próximos vinte meses.

Com o avançar das negociações junto ao Incorporador X, que nela cria a legítima e vinculante expectativa de conclusão do negócio, a ABC Construções consegue o imediato distrato do contrato para a construção da ponte, mediante o pagamento de multa ao contratante de R\$ 250 mil. A empresa incorre, ainda, nas respectivas despesas de desmobilização do *site*, no valor total de R\$ 25 mil. Ato contínuo, a ABC inicia a remobilização de seu time, agora para a construção do edifício, ao custo de mais R\$ 25 mil. A decisão, em tudo e por tudo, é absolutamente racional e justificada: antes de decidir pela ruptura do negócio de construção do edifício, os donos da ABC Construções calcularam que os ganhos do novo negócio de construção da ponte (um total de R\$ 4 milhões) superam, em muito, o custo de oportunidade, consistente no valor que ainda seria auferido com a construção do edifício (R\$ 600 mil), somado ao valor dos custos que seriam economizados sem a nova contratação (R\$ 300 mil, devidamente considerada a multa, a imediata desmobilização e a posterior remobilização).

Sem a pretensão de análise das hipóteses em que se deve indenizar pelo interesse negativo ou positivo – o que foge ao escopo do presente estudo –, suponha-se que a ruptura injustificada das tratativas resulta em indenização medida pelo interesse negativo. Suponha-se, ainda, que entre a efetiva tomada das providências acima descritas pela ABC Construções e a ruptura injustificada das tratativas transcorreram-se quatro meses.

Pergunta-se, então: a indenização devida à Construtora é limitada aos danos emergentes no valor R\$ 300 mil, considerados os desembolsos para distrato, desmobilização e remobilização? Ou devem-se também incluir os R\$ 400 mil que a ABC Construções deixou de lucrar com a construção da ponte, por confiar em que celebraria nova avença?

Parece-nos razoavelmente incontroverso que, em se tratando de recondução, pelo interesse negativo, ao cenário em que a ABC Construções estaria caso sequer houvesse iniciado as tratativas para a celebração da nova avença com o Incorporador X, a parte lesada “razoavelmente deixou de lucrar”, em virtude do ilícito em questão, os R\$ 400 mil, pelo que devem compor o quantum indenizatório.

A resposta, embora intuitiva, não resolve a integralidade dos questionamentos que o presente estudo busca resolver. Muito embora se possa afirmar, com razoável tranquilidade, que o lucro não auferido nesse exemplo específico deve ser considerado, nota-se pelo exemplo aquilo que se já afirmou acerca do custo de oportunidade: se parte dele corresponde ao dano emergente e parte dele corresponde ao lucro cessante, trata-se de uma “situação” e não de um instituto jurídico.

Afinal, a mera verificação de subtração ou diminuição de um interesse protegido, através do método da diferença, não é suficiente para que o dano verificado seja considerado indenizável: exige-se, igualmente, que o dano obedeça aos demais requisitos legais para que seja considerado ressarcível e, ao final, efetivamente componha a indenização, tal como círculos concêntricos que vão diminuindo, no ilustrativo exemplo de MARTINS-COSTA.¹⁶⁴

Daí porque, muito embora seja possível perceber, com razoável clareza, que o custo de oportunidade *importa* para o cálculo da indenização, não é possível afirmar, como regra geral, se o “custo de oportunidade”, unitariamente considerado, pode ser indenizado ou não nas hipóteses em que a indenização deve ser medida pelo interesse negativo, sendo necessário analisar especificamente o impacto do conceito sobre os diferentes filtros dos referidos círculos concêntricos, de diâmetros cada vez menores. Porque ao menos a parte do custo de oportunidade que corresponde ao dano emergente parece não despertar qualquer discussão, o capítulo seguinte tratará de que se estabeleçam os requisitos necessários a que a parcela do custo de oportunidade sobre os valores investidos aos quais a parte inadimplida poderia atribuir distintos usos no momento da contratação, auferindo as remunerações correspondentes, seja considerada indenizável.

2.2.2 Interesse positivo e os valores que se deixou de receber

No que diz respeito ao interesse positivo, utiliza-se, igualmente, a definição de STEINER, para quem consiste na “situação hipotética patrimonial na qual o

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 616.

lesado estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido”.¹⁶⁵ Muito embora parte da doutrina afirme que o conceito não suscita tantas dúvidas quanto o interesse negativo,¹⁶⁶ ainda assim, mereça maiores considerações para a sua adequada compreensão.

Explique-se, inicialmente, que a expressão é por vezes substituída por “interesse no cumprimento”, porque visa a conduzir o lesado à situação econômico-patrimonial hipotética em que estaria caso as obrigações pactuadas fossem adimplidas a tempo e modo pelo devedor¹⁶⁷ e também reconhecido por parte da doutrina nacional, com inspiração na expressão cunhada na Common Law,¹⁶⁸ de “expectation interest”,¹⁶⁹ por fazer referência à reparação da expectativa dos proveitos resultantes do negócio que aproveitariam ao credor salvo pelo inadimplemento ocorrido.

Com efeito, destaca-se que, assim como na hipótese do interesse negativo, o conceito de interesse positivo não se confunde com os danos emergentes e os lucros cessantes: ambas as facetas podem estar presentes na indenização pelo interesse positivo, ainda que se reconheça que, na grande maioria das vezes, o interesse positivo será composto majoritariamente por lucros cessantes.¹⁷⁰

Mais um alerta de grande valia é o de que, embora o interesse positivo seja utilizado para reparar os prejuízos decorrentes de inadimplemento contratual na maior parte dos remédios à disposição do credor, ressalta-se que a definição do conceito não é necessariamente vinculada a essas hipóteses. Ao revés, é possível que haja divergência entre a incidência ou não do interesse positivo mesmo em

¹⁶⁵ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 74.

¹⁶⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 15/16.

¹⁶⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 871.

¹⁶⁸ FARNSWORTH, Allan. *Legal Remedies for Breach of Contract*, Columbia Law Review, New York, v. 70, 1970, p. 1147/1149.

¹⁶⁹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 126.

¹⁷⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 16.

existindo descumprimento de contrato, sem que se desnature o conceito.¹⁷¹ Explica-se com base na hipótese de resolução por inadimplemento, que divide a doutrina.

No direito brasileiro, a resolução contratual é prevista, enquanto faculdade disponível ao credor na hipótese de inadimplemento absoluto, no art. 475 do Código Civil¹⁷² – se pactuada no contrato cláusula resolutiva, abre-se ao credor a possibilidade de resolução também nas hipóteses ali previstas, nos moldes do art. 474 do Código Civil.¹⁷³

A resolução, indiscutivelmente, traz consigo três efeitos supervenientes, comumente referidos como eficácias – ou efeitos – liberatória, restitutória e indenizatória. A primeira delas diz respeito à ampla liberação, tanto da parte inadimplente quanto da parte inadimplida, em relação a todos e quaisquer deveres prestacionais que porventura ainda sejam devidos em virtude do contrato: ocorrido o inadimplemento absoluto e optando o credor pela resolução, o efeito liberatório faz com que as partes sejam liberadas do cumprimento das demais obrigações prestacionais pendentes pactuadas na avença¹⁷⁴ – mas não, ressalte-se por preciosismo, de determinados deveres laterais, tais como a boa-fé no encerramento da relação e da troca de informações porventura necessária à efetivação mesma da resolução.¹⁷⁵

Já o efeito restitutivo trata de tentar reconduzir os contratantes ao *status quo ante*, por meio da recuperação por cada parte daquilo que prestou, em virtude da superveniente eliminação, pela resolução, da causa justificadora da manutenção do quanto recebido em seu patrimônio. Ora, se a prestação foi recebida em virtude de um contrato; se esse contrato cessa a sua existência, o princípio da conservação estática do patrimônio demanda que o que tiver sido percebido em virtude daquela causa que não mais existe seja devolvido.¹⁷⁶ Ressalva-se, aqui, abalizada opinião

¹⁷¹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 74.

¹⁷² Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

¹⁷³ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

¹⁷⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 179/180.

¹⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português: direito das obrigações*. Reimpressão da 1ª edição do tomo IV da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2014. p. 139.

¹⁷⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 183.

em sentido de que o efeito restitutivo pode se operar ou não, a depender das particularidades da rescisão daquele contrato, pelo que seria possível “haver simples liberação, sem retroatividade”.¹⁷⁷

A questão mais tormentosa diz respeito à eficácia indenizatória – ou ressarcitória.¹⁷⁸ Com efeito, resolvido o contrato por inadimplemento, exsurge a obrigação da parte inadimplente de indenizar a parte inadimplida pelas perdas e danos decorrentes do inadimplemento, como determina o art. 475 do Código Civil.

Nesse sentido, explique-se que, no Direito português, o art. 433 do Código Civil¹⁷⁹ determina que “Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico”. Parece haver, portanto, no direito português, um princípio geral, no sentido de que os efeitos da resolução sejam equiparados aos efeitos da invalidação do negócio – a demonstrar uma tendência geral do instituto da resolução em caminhar para um retorno ao *status quo ante*.

Ora, em se tratando de indenização, porém voltada à reposição do patrimônio do lesado à posição em que estaria não tivesse ocorrida a negociação, estar-se a dizer que a indenização, nessa hipótese, deverá observar o *interesse negativo*. Não por outros motivos, na doutrina portuguesa tradicional, VARELA destaca que a referida indenização corresponde ao “prejuízo que [a parte inadimplida] não sofreria, se o contrato não tivesse sido celebrado, o que é a indemnização do chamando interesse contratual negativo ou de confiança”,¹⁸⁰ enquanto Carlos Alberto da Mota Pinto afirma que “A indemnização referida no n.º 2 do art. 801.º será, portanto, uma indemnização do dano de confiança, resultante da lesão do interesse contratual negativo”,¹⁸¹ respeitadas opiniões em contrário, como de Paulo Mota Pinto, para quem, a despeito de a literalidade da lei indicar o oposto,

¹⁷⁷ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 375.

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 625.

¹⁷⁹ Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em: 22.02.2024.

¹⁸⁰ VARELA, João Antunes; *Das obrigações em geral*. Reimp. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2001, vol. II, p. 106.

¹⁸¹ MOTA PINTO, Carlos. *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Atlântida Editora, 1970. p. 412.

somente o interesse positivo, também em Portugal, daria guarida à tutela integral do credor.¹⁸²

Parte da doutrina brasileira, a despeito da ausência de previsão legal que equipare a resolução à invalidação, considera que a indenização, nas hipóteses de resolução, também guarda relação com um retorno ao *status quo ante*:

em princípio, a resolução não enseja, portanto, indenização por interesse positivo. Seria, de certa forma, até meio incongruente pleitear o credor a extinção do contrato com a volta ao status quo anterior e, concomitantemente, requerer indenização que o coloque na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.¹⁸³

Defende-se, ainda, que, se a eficácia restitutória conduz ao retorno ao *status quo ante*, não haveria razão para que a eficácia indenizatória caminhasse em sentido diverso, motivo pelo qual, também à luz desse argumento, o cálculo da indenização, para efeitos de direito brasileiro, observaria o interesse negativo,¹⁸⁴ sendo certo que inexistiria razão para a afirmativa de que, nesse cenário, haveria desprezo aos interesses do credor, ou mesmo subtração da indenização a que faria jus.¹⁸⁵

Ocorre que, à mingua de previsão legal, no Brasil, equivalente ao art. 433 do Código Civil de Portugal, há também sólidas opiniões em contrário. STEINER defende que não há razão legal a que se obrigue um tratamento, em todos os efeitos da resolução, que vise ao retorno ao *status quo ante*:

É verdade que a desconstituição por invalidade também importa a extinção do negócio jurídico, bem como a restituição das partes ao status quo, com a devolução do quanto já prestado. Mas as semelhanças cessam por aí: a resolução é remédio voltado à tutela contra o descumprimento contratual, algo muito diverso da invalidade contratual.

Nesse sentido, adere-se ao entendimento exarado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo ao afirmar, sobre a resolução e a invalidação: “são institutos distintos,

¹⁸² MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II, p. 1654. Coimbra: Coimbra, 2008.

¹⁸³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 139-140.

¹⁸⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 9. Em igual sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica*. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes de Direito Civil Contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 559-595.

¹⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *O árbitro e o cálculo do montante da indenização*. In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 626/629.

constituídos de elementos diferentes e com diversas consequências.” O disposto no art. 182 CC, portanto, não se aplica à hipótese estudada, até mesmo porque ali não está regulada a eficácia indenizatória (potencialmente) existente na invalidade.

Embora o art. 182 se refira à “indenização pelo equivalente”, caso o bem a restituir não mais exista, sabe-se que essa é eficácia da restituição e, portanto, não tem conteúdo indenizatório direto. Em outras palavras: o dispositivo não é base legal para sustentar a indenização devida em caso de invalidade, até mesmo porque essa ocorre independentemente da prática de um ato ilícito. É a restituição do quanto prestado que deve ser prestada pelo equivalente se não for mais possível a restituição *in natura*.

De se afastar, portanto, a interpretação do mecanismo resolutivo à luz das regras da invalidação do negócio jurídico, colocando-se mesmo dúvidas se a equiparação poderia solucionar problemas ou, ao contrário, fomentar a sua complexidade.¹⁸⁶

Não por outros motivos, AGUIAR JÚNIOR defende que “perdas e danos”, diz o art. 402 do Código Civil, salvo exceção expressa – que não é o caso – abrangem, além do que efetivamente se perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato, etc.), o que razoavelmente se deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução”.¹⁸⁷

O STJ, no Brasil, já teve a oportunidade de analisar, em mais de uma ocasião, se a indenização devida nos casos de resolução por inadimplemento deveria levar em conta o interesse positivo ou o interesse negativo. Destacam-se, a seguir, dois desses precedentes.

No REsp nº 644.984/RJ, o STJ analisou a hipótese de resolução de uma promessa de compra e venda imobiliária, em virtude de inadimplemento do promitente vendedor. Naquele caso, o promitente comprador incluiu em seu pedido indenizatório uma rubrica de lucros cessantes correspondentes aos alugueres que teria recebido caso tivesse recebido o imóvel – i.e., indenização pela posição em que estaria caso a avença fosse comprida, o interesse positivo.

Na ocasião, entendeu a corte que “A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido

¹⁸⁶ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 379/380.

¹⁸⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução*. De acordo com o novo Código civil, reimp. Da 2. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 266.

se tivesse sido entregue na data contratada”.¹⁸⁸ Ou seja: a indenização foi calculada com base no interesse positivo.

Dez anos depois, a corte analisou o Ag no AREsp nº 486.194/BA, também relativo a uma promessa de compra e venda imobiliária inadimplida pelo promitente vendedor. Na ocasião, o promitente comprador reclamava, como parte da indenização, danos correspondentes à diferença do valor objeto do contrato e o valor de mercado do imóvel na data de resolução – i.e., entendia-se o promitente comprador titular de indenização calculada com base em sua situação patrimonial caso efetivamente tivesse recebido o imóvel na data contratada, ou, de forma mais simples, com base no interesse positivo. Novamente, o STJ acolheu a pretensão, para atribuir ao credor indenização correspondente ao resultado que teria obtido caso cumprido o contrato:

Ora, o desate dado à questão está em consonância com a orientação aplicada por esta Corte em hipóteses em tudo semelhantes à presente, a saber, a de que, nos casos em que o negócio jurídico se frustrou por culpa do vendedor, o comprador possui o "direito de ser colocado na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Isto é, tem o direito a ver atendido seu interesse positivo de ser indenizado pelos danos positivos, para o que interessa considerar qual o patrimônio de que disporia se não tivesse havido a quebra do contrato" (REsp n. 403.037/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 5/8/2002.) Não há falar, desse modo, em enriquecimento indevido do comprador, mas somente em recomposição de seu patrimônio. O cálculo desse montante com base no valor atual do imóvel nada mais é do que a verificação do que a parte deixou de lucrar com a anulação do negócio, nos termos do que disciplina o art. 403 do Código Civil.¹⁸⁹

Não se pretende, aqui, atribuir maior correção a um lado ou outro do debate, porque passa ao largo do objeto do presente estudo, consistente na análise do *quantum* indenizatório à luz dos impactos do conceito de custo de oportunidade sobre a adequada apuração das rubricas indenizatórias.

Nada obstante isso, a própria existência da discussão aqui relatada reforça a premissa fundamental de STEINER: os conceitos de interesse positivo e negativo guardam relação com o *resultado* da análise que se busca empreender, bem como com a conclusão a respeito da análise do interesse tutelado em jogo – e não com as

¹⁸⁸ REsp 644984/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005.

¹⁸⁹ AgRg no AREsp 486.194/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 14/08/2015.

hipóteses em si em que aplicáveis.¹⁹⁰ Não por outra razão, pode-se discutir, sem maiores problemas, se a resolução contratual resulta em indenização pelo interesse negativo ou pelo interesse positivo, sem que haja desnaturação dos conceitos ou perda de seu valor enquanto institutos jurídicos.

Bem compreendido o conceito de interesse positivo, passa-se à sua relação com o custo de oportunidade, fundada em uma premissa econômico-jurídica fundamental: a reparação, *a posteriori*, dos efeitos do inadimplemento pode não ser capaz de apagar por completo os impactos da violação, simplesmente porque “no amount of money can turn the clock back”.¹⁹¹ A isso soma-se uma segunda premissa econômica basilar, que também possui inequívocos impactos jurídicos: a disposição de dinheiro, em regra, deve ser remunerada por juros.¹⁹²

À luz dos referidos princípios basilares, o art. 404 do Código Civil determina que “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros (...)”, enquanto o art. 407 do Código Civil dispõe que, mesmo na inexistência de alegação de 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”.

De especial impacto para o presente estudo, o art. 406 do Código Civil estabelece a regra geral, de acordo com a qual “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”. No entanto, o parágrafo único do art. 404 dispõe que “Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

Parte-se de um exemplo prático para analisar o potencial impacto do custo de oportunidade sobre os referidos dispositivos, consistente em uma das maiores e mais comentadas arbitragens envolvendo a administração pública brasileira, entre,

¹⁹⁰ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 74.

¹⁹¹ FARNSWORTH, Allan. *Legal Remedies for Breach of Contract*, Columbia Law Review, New York, v. 70, 1970, p. 1160.

¹⁹² SÉNECHAL, Thierry. *Time Value of Money: A case Study*. Transnational Dispute Management, Vol. 4, Issue 6, 2007, p. 3.

de um lado, a Libra Terminais S.A. e, de outro, a Companhia Docas do Estado de São Paulo e a União. Porque a União integrou o procedimento, as sentenças arbitrais proferidas foram publicadas pela Advocacia Geral da União¹⁹³ – muito embora não se consiga acesso integral aos memoriais apresentados pelas partes ao longo da disputa.

Para efeitos do que importa ao presente estudo, explica-se que a requerente LIBRA sagrou-se vencedora em licitação para arrendar e operar o Porto de Santos-SP, motivo pelo qual firmou o respectivo contrato operacional com a CODESP. Nos termos da avença, LIBRA deveria, além de pagar os valores devidos pelo arrendamento e uso do porto, financiar parte das obras para a implantação de um novo terminal especializado no porto, e, em contrapartida, auferiria receitas decorrentes das atividades de depósito e movimentação de containers na área arrendada.

Alegou a CODESP, em síntese, que LIBRA descumpriu diversas obrigações contratuais de pagamento dos valores devidos a título de arrendamento. Por isso, afirmou “ter incorrido em custos de oportunidade, pois perdeu a chance de alocar os recursos devidos pelas Requerentes em outros compromissos por ela assumidos ou de investi-los da maneira que lhe fosse mais proveitosa”.¹⁹⁴ Em outras palavras, a Requerida alegou que sofreu prejuízo em valor superior aos juros de mora legais, decorrentes da impossibilidade de investir os recursos que deveriam ter sido pagos a tempo e modo pela Requerente.

Muito embora tenha reputado haver inadimplemento de LIBRA, o Tribunal Arbitral julgou improcedente o pedido da CODESP com relação ao custo de oportunidade. Na ocasião, destacou-se ser intuitivo que o inadimplemento de uma obrigação de pagar “gera um déficit de receita e, consequentemente, um custo de oportunidade causado pela falta de disponibilidade do dinheiro que se esperava (e se devia) receber”.¹⁹⁵ Nada obstante isso, o Tribunal Arbitral entendeu que a

¹⁹³ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-libra>. Acesso em 22.02.2024.

¹⁹⁴ Sentença Arbitral Parcial proferida no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7 em 07.01.2019, p. 192. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em 22.02.2024.

¹⁹⁵ Sentença Arbitral Parcial proferida no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7 em 07.01.2019, p. 197. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em 22.02.2024.

CODESP “não demonstrou que o alegado prejuízo não esteja coberto pelos juros moratórios pactuados na cláusula 12ª, parágrafo segundo, do Contrato 32/98, que já têm a função de compensar o atraso no adimplemento da obrigação”.¹⁹⁶

Não é necessário grande esforço para que se compreenda que o pleito da CODESP era fundado em indenização pelo interesse positivo: alegava a Requerida que deveria auferir os lucros planejados com a operação. Por não ter recebido as quantias devidas a tempo e modo, deveria o Tribunal Arbitral condenar a Requerente ao pagamento de indenização que a reparasse por perdas e danos suficientes à sua colocação na posição econômico-jurídica abstrata em que estaria caso LIBRA tivesse adimplido suas obrigações, neles incluídos os valores correspondentes ao custo de oportunidade por não se ter conseguido dispor do dinheiro a que a CODESP tinha dinheiro, nas datas aprazadas.

Desse caso é possível depreender, portanto, que a prática dos litígios revela a existência de pleitos de indenização pelo interesse positivo, acrescidos de valores correspondentes ao custo de oportunidade daquilo que se deixou de auferir por não ter recebido as prestações contratuais na data e na forma aprazada. O que se passa a enfrentar, no capítulo seguinte, são os requisitos que devem ser atendidos para que valores que teriam sido auferidos, à luz do conceito de custo de oportunidade, pelo uso que seria atribuído a uma determinada quantia devida ao credor, porém por ele não recebida a tempo e modo em virtude de inadimplemento, seja considerada indenizável.

¹⁹⁶ Sentença Arbitral Parcial proferida no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7 em 07.01.2019, p. 197. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em 22.02.2024.

3. ANÁLISE CONCRETA DO CUSTO DE OPORTUNIDADE ENQUANTO COMPONENTE DO DANO INDENIZÁVEL

Estabelecidos os conceitos base necessários à análise concreta do *quantum* indenizatório, passa-se a analisar os requisitos a que o conceito de custo de oportunidade seja efetivamente considerado para, no todo ou em parte, somar ao valor das perdas e danos devidas ao credor.

Mais especificamente, como acima se afirmou, a parcela do custo de oportunidade caracterizada como danos emergentes não parece suscitar maiores debates, pelo que o exercício de análise a seguir empreendido terá como foco quantias que se deixou de auferir. Assim, para a clareza da exposição, serão primeiro analisados os requisitos necessários a que o custo de oportunidade em relação aos valores investidos em determinado negócio seja considerado relevante para o cálculo da indenização (3.1) e, em seguida, a análise revolverá em torno do custo de oportunidade em relação aos valores que se deixou de receber em virtude do inadimplemento de uma prestação contratada (3.2).

3.1 Custo de oportunidade em relação aos valores investidos

A prática forense indica que, não raro, em litígios judiciais ou arbitrais, o credor afirma que, em virtude da celebração de uma avença, deixou de investir seus recursos e/ou esforços em outras alternativas, negociais ou financeiras, pelo que o montante de indenização que lhe é devido ao final da disputa deveria ser acrescido pelo valor correspondente ao seu custo de oportunidade, assim compreendido como a expressão econômica dos valores que se deixou de auferir ao optar pelo negócio, maculado pelo inadimplemento do devedor.

Passa-se a analisar os requisitos a que semelhante pretensão, fundada na escolha deliberada de abrir mão de alternativas em virtude da confiança depositada no programa contratual frustrado pelo inadimplemento,¹⁹⁷ seja acolhida.

3.1.1 Limitação lógica às hipóteses de interesse negativo

Inicia-se por uma questão lógica, decorrente do que se afirmou acerca da incompatibilidade entre a cumulação das hipóteses de interesse positivo e interesse

¹⁹⁷ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 270.

negativo: trata-se de distinção direcional,¹⁹⁸ porque ou o lesado pleiteia indenização que, em virtude do âmbito de aplicação na hipótese específica, o conduzirão à indenização pelo interesse negativo, ou pleiteia remédio que o conduzirá à indenização pelo interesse positivo.¹⁹⁹

Afinal, é mesmo incompatível a tentativa de sua recondução, concomitantemente, tanto à situação em que estaria caso sequer tivesse iniciado tratativas para a celebração do contrato (interesse negativo), quanto à posição em que estaria caso aquele mesmo contrato tivesse sido adequadamente cumprido. Dito de outra forma, ou a indenização atribui ao credor o resultado útil da avença, ou expurga de seu patrimônio os efeitos causados pelo início das tratativas para a sua celebração.

Assim é que, se se busca indenização com fundamento no custo de oportunidade relacionado aos valores *investidos* em determinado negócio, nota-se que, por consectário lógico, a indenização teria por objetivo desfazer os efeitos daquele contrato e, conseqüentemente, reconduzir o lesado à situação em que estaria caso sequer tivesse cogitado da contratação – hipótese em que poderia ter atribuído destinação alternativa aos recursos, financeiros ou de tempo, por ele utilizados na avença frustrada.

Não por outra razão, fazendo expressa referência ao conceito de custo de oportunidade, SANTOS bem identifica que, em princípio, a própria celebração de um contrato carrega em si a renúncia a outras alternativas, pelo que a perda de uma oportunidade alternativa consistira, via de regra, em um dano intrínseco à escolha mesma de contratar, consistente na álea normal do contrato.²⁰⁰ É dizer: trata-se de renúncia a recursos ínsita ao cenário de adequado cumprimento; se o contrato celebrado tivesse sido cumprido, aquela quantia não seria recebida pelo credor.

Ocorre que, frustrada a confiança depositada no programa contratual e reconduzido o credor à situação em que estaria caso não houvesse optado, voluntariamente, por essa renúncia, deve-se indenizar o credor levando-se em consideração também o benefício econômico que poderia ter sido por ele auferido

¹⁹⁸ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 251.

¹⁹⁹ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017. p. 210.

²⁰⁰ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 302 e 310.

mediante o uso alternativo dos seus recursos,²⁰¹ sob pena de violada a regra geral, insculpida no art. 944 do Código Civil, de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano. Confira-se, nesse sentido, a proposição de STEINER, que bem diferencia as verba perdidas em decorrência daquela renúncia e, consequentemente, de não se ter utilizado alternativamente os recursos empregados em virtude da confiança depositada na válida celebração de um contrato, com os proveitos decorrentes daquele contrato, tivesse sido ele adequadamente celebrado e cumprido:

Não se indenizam as vantagens esperadas daquele contrato no qual se confiou, indenização compatível com a reparação do interesse positivo, mas sim as vantagens que seriam obtidas em negócios alternativos e que o lesado deixou de obter por ter confiado na realização do contrato que se frustrou.

Em comparação com os componentes que integram o interesse positivo, o comprador não terá direito ao equivalente da prestação ou a vantagem subsequente que dele esperava, como o preço da revenda a terceiros, por exemplo. O vendedor, por sua vez, não faz jus ao preço ajustado, exatamente porque não pode exigir o cumprimento. Poderá ter direito, contudo, ao equivalente de um contrato alternativo perdido.²⁰²

Ilustre-se a partir do exemplo do Capítulo I: uma companhia aérea inicia tratativas para comprar uma aeronave pelo preço de U\$ 150 milhões. Para efeitos do exemplo, estima-se que a aeronave possui uma vida útil de 30 anos, uma taxa de depreciação de U\$ 5 milhões por ano e que, alternativamente, a companhia aérea poderia investir o dinheiro utilizado na aquisição do bem, ocasião em que obteria uma taxa de retorno de 10% ao ano com um risco similar. Imagina-se, ainda, que a companhia obteria um retorno de 20% ao ano sobre o capital investido caso efetivamente adquirisse a aeronave, bem como que, no curso das tratativas para a aquisição, incorreu em custas no valor total de U\$ 1 milhão em diligências, jurídicas e financeiras, depois das quais ficou confortável para a aquisição da aeronave.

Na hipótese de sobrevir inadimplemento que fruste a confiança da aérea em que a o contrato de compra e venda da aeronave seria firmado, como deve ser calculada a indenização? Muito embora a quantia de U\$ 1 milhão lhe seja inquestionavelmente devida, devem ser considerados, ainda, lucros cessantes,

²⁰¹ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*, São Paulo: Almedina, 2017. p. 302.

²⁰² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 251.

porque a aérea razoavelmente deixou de lucrar valores em virtude da confiança depositada no programa contratual.

Ainda, para efeitos do exemplo aqui estudado, recorda-se que a análise é voltada em torno do custo de oportunidade com relação ao investimento realizado no negócio, que poderia ter sido destinado alternativamente a outras fontes de renda. Assim é que, naturalmente, a eventual atribuição de lucros cessantes no percentual de 20% à companhia aérea carregaria consigo a escolha deliberada e consciente pela celebração do contrato, que resulta em abrir mão de outras alternativas.

Já o conceito de custo de oportunidade em relação ao investimento realizado no negócio demanda que se analise o valor que seria auferido pela empresa caso empregasse alternativamente os recursos separados para a aquisição da aeronave. Ou seja, o custo de oportunidade corresponde aos 10% ao ano, que seriam auferidos a título de rendimentos financeiros.

Se se busca, a partir do conceito de custo de oportunidade, atribuir indenização com base nos 10% que a companhia aérea lucraria caso investisse financeiramente os recursos, e não com base nos 20% que lhe resultariam da exploração da aeronave, nota-se que é hipótese de recondução do lesado a uma situação hipotética em que estaria com base em uma situação *negativa* em relação à celebração do contrato – e não de seu cumprimento adequado.

Por consectário lógico, portanto, o custo de oportunidade com relação aos valores investidos e que poderiam ter sido utilizados alternativamente apenas poderá ser considerado nas hipóteses de indenização pelo interesse negativo.

3.1.2 Parcela dos lucros cessantes, distinta da perda da chance

Como introduzido no Capítulo II, recorda-se que inexiste qualquer razão a que lucros cessantes sejam excluídos da indenização medida pelo interesse negativo. Ao revés, o art. 944 do Código Civil demanda que a indenização, sem qualquer distinção acerca de ser ela medida pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo, observe a extensão do dano, devendo ser composta por danos emergentes e lucros cessantes, nos termos do art. 402, direta e imediatamente causados pelo evento lesivo, na forma do art. 403.

Não por outra razão, afirma-se que, se o lesado deve ser reconduzido à situação hipotética em que estaria caso não houvesse iniciado tratativas para

celebrar o contrato, deve-se rejeitar uma visão restritiva do interesse negativo, porque resultaria em indenização a menor: se o credor efetivamente comprovar que deixou de lucrar determinado valor a que faria jus caso não houvesse iniciado as negociações para a avença, a indenização pelo interesse negativo também deverá englobar os lucros cessantes correspondentes.²⁰³

Nesse sentido, convém diferenciar a possibilidade de indenização, sob a rubrica de lucros cessantes, do benefício econômico correspondente a alternativas integrantes do custo de oportunidade do credor, com a chamada teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance – ainda que, naturalmente, esse estudo não seja a seara adequada para uma análise pormenorizada do instituto e de todas as discussões a ele relativas.

Na chamada responsabilidade civil pela perda de uma chance, afirma-se que “o dano não se confunde com a frustração do resultado final pretendido, mas consubstancia a perda da chance de obtê-lo, a qual, ela sim, é objeto de reparação plena”, porque “a vítima tinha uma chance, que integrava sua esfera jurídica, chance essa que foi injustamente eliminada”.²⁰⁴ Daí porque, nas palavras de AGUIAR JÚNIOR, “não se indeniza parcialmente o dano final: indeniza-se integralmente o dano pela perda da chance”.²⁰⁵

Do conceito acima exposto, depreende-se que o dano indenizável, na hipótese, consiste na chance em si, integralmente considerada, que já integrava o patrimônio do credor e foi dele expurgada. Em outras palavras, trata-se de uma chance que a parte efetivamente perdeu, que será expressada em termos econômicos com base no valor do resultado que a chance poderia produzir multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência,²⁰⁶ e não de uma quantia que razoavelmente se deixou de lucrar.

²⁰³ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 249/250.

²⁰⁴ OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. *Notas sobre a responsabilidade civil pela perda da chance como dano autônomo*. In: Fábio Ulhoa Coelho; Gustavo Tepedino; Selma Ferreira Lemes. (Org.). *A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica)*. Homenagem ao Professor Arnaldo Wald. São Paulo: Editora IASP, 2022, v. 2, pp. 431/432.

²⁰⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance*. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2018. v. I. p. 446.

²⁰⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *A perda da chance na arbitragem: em busca do enquadramento devido*. In: Carlos Alberto Carmona; Selma Maria Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. (Org.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 721.

Ainda que tome por base a expectativa de lucro futura, a chance em si considerada, quando integrava o patrimônio do credor antes do inadimplemento, já possuía valor econômico exatamente igual àquele que deverá ser indenizado. Por esse motivo, como adverte SANTOS, não se deve confundir a chance perdida, que já integrava o patrimônio da parte lesada e que, por isso, será caracterizada como dano emergente, com a oportunidade alternativa voluntariamente abandonada pela parte, que compõe a indenização pelo interesse negativo, na qualidade de lucros cessantes.²⁰⁷

Há, ainda, uma distinção abstrata fundamental entre o custo de oportunidade e a chance perdida: a alternativa, que integrava o custo de oportunidade, é voluntariamente deixada de lado pela parte quando decide depositar a sua confiança na celebração de um contrato, ao passo que a chance perdida indenizável é, em geral, perdida não por vontade do credor.²⁰⁸

Para ilustrar as distinções, retoma-se ao exemplo da companhia aérea, Além da possibilidade de comprar uma aeronave pelo preço de U\$ 150 milhões, ao retorno de 20% ao ano do capital investido, e de um investimento financeiro que lhe renderia 10% ao ano sobre o capital investido ao mesmo grau de risco, imagine-se a possibilidade, muito mais arriscada, de que a companhia investisse os mesmos U\$ 150 milhões para a tentativa da compra de *slots* em um aeroporto num país em que a companhia ainda não opera, para expandir as suas atividades. Esses *slots*, mundialmente disputados por mais 20 companhias, renderiam um retorno sobre o capital investido de 25% ao ano.

Porque a análise do custo de oportunidade demanda a comparação do investimento com uma alternativa de risco similar (igual ou menor),^{209/210} não se pode considerar que a disputa dos *slots* integra efetivamente o custo de oportunidade da aérea em relação aos U\$ 150 milhões a serem investidos. Nada obstante isso, é inequívoco que, em havendo igualdade de condições entre as disputantes dos *slots*, a companhia aérea do exemplo possui ao menos uma *chance*

²⁰⁷ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 309.

²⁰⁸ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 310.

²⁰⁹ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Vieria, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 233.

²¹⁰ SÉNECHAL, Thierry. *Time Value of Money: A case Study*. Transnational Dispute Management, Vol. 4, Issue 6, 2007, p. 9.

de ser vitoriosa na concorrência – para facilitar a compreensão, imagina-se um cenário de sorteio dos *slots*, que resultaria em idênticas chances de 1/20 para cada um dos disputantes.

Logo se vê que, em termos econômicos, o custo de oportunidade e a chance possuem valores manifestamente distintos. Enquanto o custo de oportunidade é de U\$ 15 milhões ao ano (porque seriam auferidos 10% com o investimento financeiro), a chance, embora tenha o potencial de gerar U\$ 37,5 milhões ao ano, deve ser avaliada mediante a multiplicação da referida quantia por 1/20, correspondente ao percentual de êxito esperado no certame, o que resultaria em aproximadamente U\$ 1,875 milhão.

Destaca-se, ainda, que quando da efetiva análise das rubricas indenizatórias, convém não se descuidar da impossibilidade de cumulação de rubricas que gerariam, entre si, incompatibilidade lógica. É o caso do custo de oportunidade e da chance perdida, no exemplo acima: seria impossível à aérea que requeresse lucros cessantes no valor de 10% correspondentes ao custo de oportunidade e, cumulativamente, indenização pelos danos emergentes correspondentes ao valor da chance do novo negócio, simplesmente porque a chance demandava o emprego dos mesmíssimos recursos considerados no custo de oportunidade.

Conclui-se, portanto, com a proposição de que, embora distintos em natureza, é necessário extremo cuidado quando de eventuais pedidos cumulados de indenização por perda de uma chance e custo de oportunidade por perda de negócios alternativos em virtude de potencial incompatibilidade lógica, para que se evite enriquecimento sem causa.

3.1.3 Nexo de causalidade: efetiva existência de alternativas negociais ou financeiras consideradas na data do investimento

Em atenção ao art. 403 do Código Civil, apenas os prejuízos causados por efeito “direto e imediato” do inadimplemento poderão ser indenizáveis. Naturalmente, inexistindo qualquer exceção legal à referida regra geral para o caso do interesse negativo, o custo de oportunidade enquanto componente dos lucros cessantes também deverá observar a exigência legal em relação ao nexos de causalidade.

Por isso, é de essencial relevância a necessidade de que se comprove devidamente a existência de alternativas concretas que resultem na condenação em lucros cessantes,²¹¹ para além de meras expectativas e conjecturas. É o que explica ALMEIDA COSTA, em lição de todo aplicável ao direito brasileiro:

Torna-se necessário, porém, que se demonstre a existência de outras efectivas possibilidades negociais, não bastando a alegação de abstractas e genéricas ocasiões perdidas ou de danos sofridos puramente conjecturais, sem um mínimo concludente de apoio no concreto. Haverá que recorrer a elementos objetivos e subjectivos, inclusive à projeção, habilidade e competência do lesado como homem de negócios. O lucro cessante, em resumo, apresenta-se como uma componente elástica a determinar, caso por caso, sobre a base de elementos, hipotéticos e variáveis, que oferecem, precisamente, as chamadas ocasiões perdidas.²¹²

Corroborando a necessidade inequívoca de que o credor aponte, com precisão e especificidade, nexos de causalidade entre a conduta lesiva e o dano, bem assim prova concreta de sua ocorrência, MOTA PINTO afirma que é necessário demonstrar “qual teria sido o montante obtido com a concreta ocasião alternativa perdida”, bem como “que teria encontrado um parceiro negocial alternativo, para concluir o negócio hipotético, e apurar também quais seriam as condições desse negócio alternativo”.²¹³

Como o autor mesmo reconhece, no entanto, referida prova tanto da existência quanto do valor das referidas alternativas é “normalmente difícil”, para além de uma presunção geral acerca da existência de outras alternativas disponíveis ao credor quando decidiu por depositar sua confiança no início das tratativas do contrato.²¹⁴ Nada obstante isso, não é possível que haja dever de indenizar sem a prova da ocorrência de dano,²¹⁵ pelo que o referido obstáculo, ainda assim, deverá ser superado, mesmo que por meio de um juízo de probabilidade e de

²¹¹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 250.

²¹² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 80.

²¹³ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 1102.

²¹⁴ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 252.

²¹⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. *A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil*. Prefácio à obra “Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas”, de Cássio Monteiro Rodrigues (Ed. Foco, 2024). *civilistica.com*, v. 12, n. 3, p. 1-18, 30 dez. 2023. p. 4.

verossimilhança objetiva,²¹⁶ considerando regras de experiência e o curso normal dos acontecimentos.²¹⁷

Nesse sentido, aponta-se que a referida dificuldade, ainda que tratada aqui em relação ao custo de oportunidade relevante à hipótese de indenização pelo interesse negativo, não foge daquelas “já naturais à reparação dos lucros cessantes”, em qualquer hipótese²¹⁸ e mesmo em qualquer cenário em que se discuta a indenização de danos futuros, ainda que pelo interesse positivo.²¹⁹ Afinal, por expressa determinação legal, o credor deve comprovar aquilo que *razoavelmente* deixou de lucrar, na forma do art. 402 do Código Civil,²²⁰ bem assim o nexo entre o prejuízo e a conduta lesiva, sem prejuízo da possibilidade de que o faça por meio de prova indireta.²²¹

É dizer: o ônus probatório que incumbe à parte que pleiteia um componente relativo ao custo de oportunidade dentre a indenização por lucros cessantes calculados com base no interesse negativo não enfartará dificuldades *adicionais* ou *distintas* do credor que busca indenização por lucro cessante em qualquer outro cenário, mas sim aquelas inerentes à determinação do conteúdo exato do comando de razoabilidade insculpido no art. 402 do Código Civil. Naturalmente, a referência legal ao conceito não autoriza um recurso exclusivo às “especificidades do caso concreto, como se o caso a ser sopesado fosse a exceção ao direito formal e abstrato, espontaneamente flexibilizado de acordo com a sensibilidade do magistrado, sem que houvesse fundamento axiológico para a incidência da razoabilidade”.²²²

Ao revés, e em linha com a metodologia aqui adotada, explica-se que, também para que se compreenda adequadamente o comando legal de razoabilidade

²¹⁶ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 299.

²¹⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 1107.

²¹⁸ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 252.

²¹⁹ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 301.

²²⁰ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

²²¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. ver, e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 638/639.

²²² TEPEDINO, Gustavo. *A razoabilidade na experiência brasileira*. In: Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 39.

para a condenação em lucros cessantes, deve-se privilegiar uma análise que guarde congruência com suas funções.²²³ A esse respeito, confira-se a síntese abstrata de GUEDES:

No feixe de significados da razoabilidade, destacam-se os três mais ligados às funções que o postulado desempenha na reparação dos lucros cessantes: razoabilidade como *equidade*, razoabilidade como *congruência* e razoabilidade como *equivalência*. A partir destas três noções abertas, a razoabilidade pode ser traduzida em comandos mais específicos que têm por finalidade orientar o julgador de forma um pouco mais objetiva.

A razoabilidade como equidade exige a relação da norma geral com as particularidades do caso concreto, seja a apontar sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, seja a indicar em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas circunstâncias especiais, deixa de se enquadrar no modelo geral dos casos daquela espécie. A razoabilidade como congruência impõe a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, quer demandando uma relação de congruência entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir, que reclamando que se observe o suporte empírico existente. Já a razoabilidade como equivalência ordena a relação de correspondência entre duas grandezas, quais sejam, o dano e a indenização, equilibrando-as.²²⁴

Na tarefa de concretizar os significados de *razoabilidade* acima delineados, o julgador deve se atentar, sem prejuízo de outros critérios, tanto à experiência pretérita do lesado, quanto à possibilidade de fácil utilização da prestação que se deixou de receber.²²⁵ Por exemplo, se a prestação que não se recebeu consiste em *commodities* ou valores mobiliários, com liquidez quase que imediata e facilidade tanto de comercialização, quanto de aferição de valor médio de mercado, basta que se analise a existência de eventual *animus* do credor de efetivamente proceder à operação subsequente, para que, à luz da facilidade de utilização da prestação não recebida, conclua-se que o credor *razoavelmente* deixou de lucrar a quantia correspondente ao negócio subsequente não concretizado.

²²³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Desafios na reparação dos lucros cessantes: a importância da concretização da razoabilidade na quantificação do dano*. In: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva (coord). *Problemas de Direito Civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 580.

²²⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Desafios na reparação dos lucros cessantes: a importância da concretização da razoabilidade na quantificação do dano*. In: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva (coord). *Problemas de Direito Civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 580/581.

²²⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Desafios na reparação dos lucros cessantes: a importância da concretização da razoabilidade na quantificação do dano*. In: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva (coord). *Problemas de Direito Civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 583.

Especificamente no que diz respeito ao custo de oportunidade nas hipóteses de indenização pelo interesse negativo, convém destacar a referência à experiência pretérita do lesado. Semelhante proposição significa dizer que a análise do custo de oportunidade poderá levar em conta, exemplificativamente, o efetivo histórico do lesado em relação ao uso da quantia empregada no programa contratual cujos efeitos se busca expurgar: se o dinheiro investido nas tratativas da avença estava investido em um fundo e precisou ser desinvestido, há um sólido e concreto histórico concreto de rentabilidade, extraído da experiência pretérita da parte interessada – ainda que a prova seja mais fácil do que aquela a ser produzida em um cenário de bens de menor liquidez e menor trânsito em mercado, cuja demanda e mesmo o valor, em virtude da escassez, podem ostentar grande variação,²²⁶ não pode ela ser dispensada.

Assim é que a dificuldade da prova dependerá, necessariamente, de uma análise casuística da indenização pleiteada, com base nos impactos concretos do evento no sujeito específico que pleiteia a indenização: se se pleiteia indenização relativo ao custo de oportunidade em relação ao próprio dinheiro empregado no programa contratual que se busca desconstituir, como no exemplo da companhia aérea, deve-se comprovar um padrão de investimentos, à luz da atuação pretérita da parte lesada, apto a conduzir o julgador à conclusão de que as regras de experiência, um juízo de probabilidade objetiva, permitem concluir que o credor razoavelmente deixou de lucrar aquela parcela correspondente ao custo de oportunidade.

3.1.4 A extensão do dano: inexistência de limite ou comparação em relação ao interesse positivo

No que diz respeito à extensão do quantum indenizatório apurado, convém destacar que, em regra,²²⁷ a indenização medida pelo interesse negativo será inferior à indenização medida pelo interesse positivo, por uma razão de lógica econômica: é de se imaginar que, na maioria dos casos, a parte contratante espera alcançar, após o cumprimento do contrato, situação patrimonial melhor do que aquela em que se encontrava antes da avença.

²²⁶ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 305/306.

²²⁷ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 16/17.

Isso, porque, como se afirmou no Capítulo I, espera-se que uma sociedade empresária busque um lucro econômico maior ou igual a zero, de forma que alcance “um resultado tão bom investindo em capital quanto teria se aplicasse seus recursos monetários de outra forma”²²⁸. Caso contrário, se o resultado não for suficiente para cobrir o custo de oportunidade, com lucro econômico negativo, o capital empregado renderia mais frutos quando investido de forma diversa, razão pela qual aquela operação seria, em realidade, deficitária e indesejada, podendo resultar, a médio e longo prazos, na saída daquela empresa do mercado, se mantidas as demais variáveis ao longo do tempo.²²⁹

Inobstante isso, a realidade das relações empresariais é mais tormentosa do que a abstração econômica do cenário de mercado em perfeito funcionamento, pelo que uma série de fatores pode levar a que contratos deficitários – em termos absolutos, ou em relação ao custo de oportunidade – sejam pactuados. Algumas dessas situações, aplicadas ao contexto específico de uma potencial indenização pelo interesse negativo superior ao valor que se atingiria pelo interesse positivo, são exemplificadas por MOTA PINTO:

Poderá não ser assim, porém, naqueles casos em que, por circunstâncias existentes logo no momento da formação do contrato (falta ou vício da vontade) ou devido à evolução posterior (como novas ofertas, ou a evolução do mercado), se venha a revelar que o lesado teria ficado em melhor posição se não tivesse depositado a confiança em causa ou se não tivesse celebrado o contrato, e houvesse antes optado pelas alternativas disponíveis, do que aquela em que estaria se estes tivessem sido, respectivamente, correspondida e cumprido. Deve-se notar, porém, que pode também haver outras razões, mesmo apenas de ordem econômica, que podem justificar que uma pessoa celebre contratos que importem em custos ou despesas superiores aos benefícios que serão obtidos com esse contrato. É o caso da situação de uma empresa que pretende lançar novos produtos no mercado ou entabular novas relações negociais com uma determinada parte ou estabelecer-se no mercado, e que, para tal, celebra inicialmente contratos que não lhe trazem lucros.²³⁰

Destaca-se, ainda, que, como se viu, o limite da indenização, no direito brasileiro, é a integral extensão do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil. Assim é que a baliza do *quantum* indenizatório, na inexistência de previsão legal

²²⁸ PINDYCK, Robert S. *Microeconomia*, Tradução Daniel Vieria, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 293.

²²⁹ MANKIW, Gregory N. *Principles of Microeconomics*, 8th edition, Cengage Learning: Boston, 2018, pp. 250/251.

²³⁰ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. II, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 1026.

expressa à semelhança daquela presente em países como a Alemanha, em que se limita o valor da indenização pelo interesse negativo em determinadas hipóteses,²³¹ não há razão a que se desvie do *standard* normativo de reparação integral do dano causado, mediante a recondução do lesado ao cenário hipotético anterior ao início das tratativas, inobstante o valor final a que se chegará.

Nesse sentido, explica-se que a cogitada limitação acima referida parte de uma compreensão equivocada do sentido mesmo atribuído às expressões interesse negativo e interesse positivo, de acordo com a qual não se poderia atribuir indenização mais favorável ao proveito resultante do contrato. Na realidade, como explica STEINER, baseada em Ruy de Albuquerque, o raciocínio é falho em sua premissa fundante: os interesses a que se reconduz a parte lesada são diversos e, mais especificamente, o interesse negativo trata de recolocar o credor na situação hipotética em que estaria caso sequer iniciasse as tratativas, pelo que não faz sentido limitar ou mesmo comparar a indenização ao proveito econômico do contrato.²³²

Daí porque inexistente razão, lógica ou de direito positivo, a que sejam excetuadas as regras gerais de que a indenização deverá ser medida pela extensão do dano, integralmente considerado, pelo que se reafirma a regra geral, também no contexto específico da indenização calculada pelo interesse negativo, de que “desde que devidamente demonstrado em toda a sua extensão, ligado que esteja por um nexo causal direto e imediato, o dano deverá ser reparado em sua integralidade”.²³³

No que diz respeito ao custo de oportunidade, ilustra-se a questão uma vez mais com o exemplo da companhia aérea que contempla a aquisição de uma aeronave. Dessa vez, no entanto, imagina-se que, em comparação com os potenciais proventos decorrentes do uso comercial da aeronave, a alternativa financeira de mesmo risco, integrante do custo de oportunidade, consiste em um investimento em um título pós-fixado, em que atualmente depositados os US\$ 150 milhões, à taxa de

²³¹ Nesse sentido, STEINER explica que, mesmo naquela jurisdição, a limitação da indenização pelo interesse negativo a uma quantia inferior àquela que seria auferida com o contrato é aplicável nas hipóteses de invalidação por erro ou declaração não séria, bem como de responsabilidade do representante sem poderes. Já nas demais hipóteses de *culpa in contrahendo*, o BGB não impõe qualquer restrição ao valor da indenização pelo interesse negativo. STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 255 e nota de rodapé 576.

²³² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 255/256.

²³³ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 18/19.

CDI + X% que, na data da decisão entre desinvestir para deixar os recursos disponíveis à compra da aeronave ou não, correspondiam a 10%.

Naturalmente, se se optar pelo desinvestimento, a empresa o faz sob a expectativa de que o índice que compõe a parcela pós-fixado do título, ainda que possa variar, ainda assim o fará em um patamar inferior aos recursos que seriam auferidos com a exploração da aeronave. Isso não significa, no entanto, que essa previsão será concretizada.

Assim é que, em havendo posterior disparada da CDI, é possível que a alternativa financeira a que a parte voluntariamente renunciou – e, consequentemente, seu custo de oportunidade – acabem por fazer com que o resultado do investimento no título seja mais vantajoso do que o resultado da exploração da aeronave. Em havendo inadimplemento que resulte em indenização pelo interesse negativo, o custo de oportunidade, devidamente considerado, resultará, nesse cenário, em uma indenização em valor correspondente aos rendimentos do título e, consequentemente, superior ao resultado que seria auferido com a adequada celebração e o perfeito cumprimento da avença.

Caberá à parte interessada, no entanto, comprovar efetivamente os motivos pelos quais a indenização pelo interesse negativo supera o resultado do contrato, para superar a estranheza ínsita ao resultado:²³⁴ deve a parte, assim, demonstrar que efetivamente interrompera um outro negócio que, por algum motivo, seria mais lucrativo (como na hipótese acima discutida), ou mesmo demonstrar que lhe eram disponíveis outras boas opções de negócios, às quais renunciou, por alguma razão, ainda que lhe fossem financeiramente mais vantajosas – e que, concretamente, à luz de seu histórico de atuação, em um cenário alternativo em que não cogitasse da celebração daquele contrato, teria efetivamente optado por uma das opções a que renunciou.

Por fim, convém destacar que, via de regra, “lucro adiado não é lucro perdido”,²³⁵ pelo que, a princípio, o credor deverá provar o caráter definitivo de sua perda – i.e., que a oportunidade alternativa relativa à hipótese de recondução do lesado ao cenário em que estava antes do início das tratativas não mais lhe está

²³⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020, p. 18.

²³⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Perdas e Danos*. In: (coord) LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 672.

disponível.²³⁶ A questão, contudo, especificamente quando considerado o custo de oportunidade, merece uma breve consideração adicional.

Inicia-se, aqui, pela ilustração, retomando a hipótese da companhia aérea. É mesmo possível que, entre o início da confiança em que a compra e venda da aeronave seria concluída, ocasião em que os U\$ 150 milhões foram desinvestidos, e o efetivo evento lesivo gerador da indenização, tenha transcorrido meses e meses. É possível, ainda, que o mesmíssimo título de investimento siga a ela disponível, e os U\$ 150 milhões sejam nele reinvestidos no dia seguinte ao evento lesivo, quando se tornou claro à companhia aérea que não mais haveria a conclusão do negócio.

Nesse cenário, conquanto a alternativa existente à época do início das tratativas siga à disposição da companhia aérea, há um efetivo lucro perdido, e não meramente obstado, correspondente custo de oportunidade nos meses em que se aguardava a conclusão do negócio, no exato valor do rendimento do título que não se obteve nos referidos meses. Ainda que com pano de fundo diverso, relativo a uma contratação com terceiro com o mesmo objeto em relação à alternativa existente quando do início das tratativas, a questão é explicada por SANTOS:

Caberá ao credor comprovar que o lucro que poderá ser obtido no novo contrato celebrado com terceiro é inferior ao que poderia ter sido obtido não no contrato frustrado (o que seria interesse no cumprimento), mas em contrato alternativo se tivesse sido celebrado no passado. A avaliação dos lucros cessantes resultará da diferença entre o novo benefício que poderia ser alcançado, caso a parte optasse por novo contrato com terceiro e o ganho que ela teria obtido, se tivesse celebrado o contrato alternativo sem demora, isto é, na ausência do contrato que restou sem efeitos.²³⁷

Em termos abstratos, a possibilidade decorre dos distintos momentos em que as alternativas são consideradas: o primeiro considerado ao tempo do contrato que funcionará como comparação para que se reconduza o lesado à situação anterior a ele; e o segundo levando em consideração o momento da efetiva celebração de um novo negócio.

Para a indenização pelo interesse negativo, realiza-se uma abstração para que se expurguem os efeitos das tratativas para a celebração da avença, nele considerado o custo de oportunidade, até que se reponha o lesado à situação

²³⁶ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 255/256.

²³⁷ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 312.

patrimonial em que estaria em um passado hipotético em que não tivesse sequer cogitado daquele contrato, o que pode englobar a perda de uma alternativa; já a celebração de um novo negócio, ainda que tenha por objeto o mesmíssimo bem ou quantia que seria utilizada naquela alternativa pretérita, tem os seus impactos medidos no momento da celebração desse novo negócio. Nesse intervalo de tempo, portanto, é possível que haja uma perda irreparável, decorrente da demora na celebração desse novo negócio, seja pela alteração nas circunstâncias relacionadas a essa alternativa (preço do negócio posterior inferior ao preço que seria auferido quando se optou por desconsiderar a alternativa), seja pelo custo de oportunidade em relação ao resultado que teria sido produzido por essa alternativa no tempo.²³⁸

Assim é que, à luz do custo de oportunidade, compreende-se que uma oportunidade adiada, e não necessariamente perdida, pode carregar em si mesma um dano irreparável e que, naturalmente, deverá ser indenizado, na forma do art. 944 do Código Civil. Por isso, se o adiamento em questão conduzir a uma perda definitiva,²³⁹ haverá inequívoco dever de indenizar, com a particularidade de que o objeto da reparação não corresponderá ao valor em si recebido a destempo, mas sim ao prejuízo decorrente do intervalo de tempo em que o credor foi privado dos recursos.

3.2 Custo de oportunidade em relação aos valores que se se deixou de receber

Assim como se destacou em relação ao interesse negativo, é igualmente comum que o operador do direito se depare, em litígios judiciais ou arbitrais, com afirmações do credor no sentido de que, em virtude do não recebimento de valores pactuados em um contrato, deixou de atribuir outros usos à prestação que deveria ter sido recebida, seja em alternativas negociais ou financeiras, pelo que o montante de indenização que lhe é devido ao final da disputa deveria ser acrescido pelo valor correspondente ao seu custo de oportunidade em conexão com o não recebimento do dinheiro que lhe era devido, a tempo e modo.

²³⁸ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 312/313.

²³⁹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 250.

Passa-se a analisar os requisitos a que semelhante pretensão seja acolhida, fundada dessa vez, como adiante será defendido, em previsão legal expressa: o art. 404, parágrafo único, do Código Civil, de acordo com o qual “provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

3.2.1 Limitação lógica às hipóteses de interesse positivo

Inicia-se com o reforço à premissa de que é impossível cumular a indenização pelo interesse negativo com a indenização pelo interesse positivo. Deve-se, ao revés, identificar a que situação deverá ser a parte lesada reconduzida, para que, então, a indenização seja calculada com base na situação correspondente, seja ela a posição em que o lesado estaria caso sequer tivesse iniciado as tratativas, seja a posição hipotética em que estaria caso tivesse ocorrido um fato positivo que não se verificou na prática, correspondente ao adequado cumprimento das obrigações pactuadas – o interesse positivo.

Nesse cenário, utiliza-se novamente o exemplo do litígio entre LIBRA e CODESP. Recorda-se que, nos termos dos instrumentos firmados entre as partes, LIBRA deveria pagar os valores devidos pelo arrendamento e uso do porto. A CODESP afirmava que tais obrigações de pagamento foram descumpridas, pelo que teria “incorrido em custos de oportunidade, pois perdeu a chance de alocar os recursos devidos pelas Requerentes em outros compromissos por ela assumidos ou de investi-los da maneira que lhe fosse mais proveitosa”.²⁴⁰

Como se afirmou, trata-se de hipótese logicamente atrelada ao interesse positivo: a indenização pleiteada pela CODESP tinha por objetivo posicioná-la em uma situação hipotética *ad quem* em relação ao contato, de modo que o as perdas e danos a conduzissem à posição econômico-jurídica abstrata em que estaria caso LIBRA tivesse adimplido suas obrigações, neles incluídos os valores correspondentes ao custo de oportunidade por não se ter conseguido dispor do dinheiro a que a CODESP tinha direito, nas datas aprazadas.

²⁴⁰ Sentença Arbitral Parcial proferida no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7 em 07.01.2019, p. 192. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em 22.02.2024.

O mesmo raciocínio, em termos abstratos, será aplicável a qualquer hipótese similar: se o pleito de indenização é relacionado ao custo de oportunidade concernente a uma quantia que deveria ter sido recebida mas não foi, em virtude do inadimplemento do contrato, a indenização deverá, necessariamente, recolocar o credor na situação abstrata hipotética de cumprimento do contrato, para adicionar um elemento que deveria ter ocorrido, mas não ocorreu – ou não ocorreu adequadamente –, em virtude do inadimplemento.²⁴¹ Trata-se, portanto, de interesse positivo.

A constatação de que a referida hipótese é, necessariamente, de indenização por interesse positivo, somada à assertiva acima de que, nesses casos, há previsão legal expressa, nos termos do art. 404, parágrafo único, do Código Civil (especificamente analisada no subitem 3.2.2, a seguir), merece pontual e breve consideração adicional, para que se evite a – incorreta – percepção de que os encargos moratórios apenas seriam devidos nas hipóteses de indenização calculada pelo interesse positivo.²⁴²

Em raciocínio análogo àquele aplicado para defender a possibilidade de que os lucros cessantes também integrem indenizações calculadas nas hipóteses de interesse negativo, destaca-se que inexistente qualquer previsão legal que restrinja as regras gerais de que as perdas e danos deverão abranger os juros de mora, nos termos do art. 404, *caput*,²⁴³ bem assim que serão eles cominados ainda que não tenham sido convencionados, na forma do art. 406,²⁴⁴ ou que não se alegue prejuízo, como determina o art. 407,²⁴⁵ todos do Código Civil. Por esse exato motivo, pode-se afirmar que “esses danos complementares, que vêm ao lado da prestação não são

²⁴¹ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008., p. 842.

²⁴² STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 204.

²⁴³ Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

²⁴⁴ 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..

²⁴⁵ 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.

marcas características ou distintivas do interesse positivo, especialmente porque neles se incluem os danos moratórios, devidos em uma pluralidade de situações”.²⁴⁶

Por isso, esclareça-se que não se pretende restringir a aplicabilidade do art. 404, parágrafo único, às hipóteses de interesse positivo, por inexistir previsão legal que autorize semelhante restrição, que resultaria em minorar as perdas e danos devidas ao credor. Nada obstante isso, o que se defende é que, no caso específico do custo de oportunidade que guarda relação com o não-uso de determinada quantia que deveria ter sido recebida no passado e não o foi, é possível recuperá-la, sob a forma de indenização, se a hipótese conduzir à indenização pelo interesse positivo, ocasião em que o exercício de abstração deverá conduzir o lesado ao resultado que teria sido experimentado caso cumprido adequadamente o contrato.

Nesse cenário hipotético *ad quem*, e caso os juros de mora não sejam suficientes para expurgar os efeitos negativos do não recebimento da quantia na data aprazada, porque o custo de oportunidade, no caso específico, era superior aos juros de mora, é que se defende a aplicabilidade da regra do art. 404, parágrafo único, do Código Civil, à luz do conceito de custo de oportunidade, e logicamente limitada ao cenário de indenização pelo interesse positivo.

3.2.2 Indenização suplementar aos juros de mora

Se se pretende enquadrar a possibilidade de indenização de valores correspondentes ao custo de oportunidade, nos casos em que calculável pelo interesse positivo, na hipótese legal prevista no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, como acima indicado, é necessário tecer breves considerações acerca dos juros de mora e do debate acerca de sua função.

De início, explique-se que os juros representam ao mesmo tempo a remuneração a que faz jus o titular do capital para que dele disponha, autorizando que um terceiro o utilize em seu lugar – i.e., os ganhos decorrentes da inversão do capital²⁴⁷ e o preço do dinheiro no tempo.²⁴⁸

²⁴⁶ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 231.

²⁴⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no Direito Brasileiro*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 44.

²⁴⁸ SETTON, Renata Szczerbacki. *O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro*, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 68.

Para a ótica do Direito Civil, por sua vez, os juros são divididos entre moratórios, devidos ao credor em virtude do inadimplemento de obrigação, e remuneratórios ou compensatórios, devidos ao credor por voluntariamente abrir mão de seu capital para que um terceiro dele faça uso.²⁴⁹

Importam à análise aqui desenvolvida os juros moratórios, por uma razão de ordem prática: referida espécie guarda direta relação com a responsabilidade civil, uma vez que, em virtude dos supramencionados arts. 404 e 407 do Código Civil, deverão compor as perdas e danos devidas ao credor em caso de inadimplemento do contrato, objeto mesmo do presente estudo.²⁵⁰

Nesse sentido, a doutrina controverte a respeito da função dos juros de mora. Parte da doutrina defende que possuiriam “finalidade punitiva pelo retardamento da obrigação”.²⁵¹ Assim, funcionaria para sancionar o inadimplente, como forma de evitar o inadimplemento, pelo que consistiria em “reprovação social ao descumprimento de uma obrigação contratual ou extracontratual”.²⁵²

Um dos principais argumentos utilizados para a defesa do referido posicionamento consiste no reconhecimento de uma rede econômica solidária e integrada, de modo que existiria um interesse coletivo na proteção dessa cadeia, e não meramente privado, tutelado pelos juros de mora no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, afirma-se que “a impontualidade do pagamento significa uma ameaça em cadeia, gerando não só a falta de recursos, mas também a insegurança no planejamento da atividade integrada, acompanhada da majoração do risco sistêmico”.²⁵³

Respeitado o entendimento, se evitar o inadimplemento e reduzir riscos e custos de crédito são as funções precípuas dos juros de mora no ordenamento

²⁴⁹ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 253/254.

²⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. *Notas sobre o termo final dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil*. Scientia Iuris, v. 21, n. 1, mar. 2017, p. 57.

²⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizador e colaborador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 127.

²⁵² BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. *Juros moratórios na teoria do inadimplemento: em busca da sua função e disciplina no direito civil*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 465.

²⁵³ BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. *Juros moratórios na teoria do inadimplemento: em busca da sua função e disciplina no direito civil*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 1. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 465.

jurídico brasileiro, ao que tudo indica o instituto é de pouquíssima valia. Afinal, tendo por referência o mês de dezembro de 2023, o Mapa da Inadimplência e Renegociação de Dívidas produzido pelo SERASA apontava a existência de mais de 71 milhões de brasileiros,²⁵⁴ em uma população total de aproximadamente 203 milhões de pessoas, de acordo com o IBGE.²⁵⁵ Em grandes números, pouco mais do que 4 em cada 10 brasileiros estava inadimplente em dezembro de 2023, quase metade da população total.

Não fosse isso suficiente, nota-se que o Brasil encerrou o ano de 2023, após o último corte de 0,5pp. na taxa SELIC pelo Comitê de Política Monetária, anunciado em 13.12.2023, com uma taxa nominal de juros de 11,75% ao ano. Assim, o país terminou o ano com a 6ª maior taxa nominal de juros do mundo, bem como com a 2ª maior taxa de juros reais – i.e., descontando-se a inflação – do planeta.²⁵⁶

Não se descuida de que os juros – moratórios e compensatórios – efetivamente funcionem como um importante elo na cadeia de produção,²⁵⁷ capaz de estimular ou não a atividade econômica e a inadimplência,^{258/259}. Esse papel, no entanto, é em maior escala exercido pelos juros compensatórios: afinal, ainda que não haja inadimplemento algum, como se afirmou no Capítulo I, quanto maiores as taxas de juros – compensatórias, naturalmente, porque não se está cogitando da situação disfuncional de inadimplemento, mas sim da regra geral de bom

²⁵⁴ Disponível em:

<https://cdn.builder.io/o/assets%2Fb212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc%2Fc0dcf4adf18a48ca815222ba45c418fc?alt=media&token=7b530584-d6b6-4f84-8ce1-53b8ead5b86f&apiKey=b212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc>. Acesso em: 22.02.2024.

²⁵⁵ De acordo com os primeiros resultados do Censo 2022, atualizados em 22/12/2023, o IBGE indicava a população total do país de 203.080.756 habitantes. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 22.02.2024.

²⁵⁶ O resultado é apurado pela MoneYou mediante compilação matemática e estatística com os 40 países mais relevantes do mercado de renda fixa mundial nos últimos 25 anos e pode ser encontrado em: <https://moneyou.com.br/wp-content/uploads/2023/12/rankingdejurosreais131223.pdf>. Acesso em: 22.02.2024.

²⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O regime dos juros no novo direito privado brasileiro. In: Revista da Ajuris, v. 34, n. 105, p. 237-264, mar. 2007. p. 237.

²⁵⁸ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 253/254.

²⁵⁹ De forma ainda mais ampla, afirma-se que a disciplina atual dos contratos deverá levar em conta que os efeitos de um negócio ordinariamente impactam em outras avenças, de modo que os contratos, em geral, interligam-se em uma vasta gama com repercussões para terceiros, no que se denomina de “galáxias contratuais”. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Vol. V, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003., pp. 40/41.

funcionamento da economia –, maior o custo de oportunidade em relação ao dinheiro parado, pelo que o dinheiro existente circulará mais rapidamente.²⁶⁰

BAUMOL e BLINDER exemplificam o impacto dos juros – compensatórios – nas escolhas de investimento, com base na muito conhecida discussão de contração ou não dos gastos públicos: de acordo com a teoria macroeconômica, uma política fiscal contracionista, que reduz os gastos do governo, resulta em uma redução das taxas de juros e, conseqüentemente, um aumento no investimento privado, seja porque o custo de capital do investidor, a ele diretamente relacionado, diminui, seja porque o custo de oportunidade entre optar por investimento financeiro ou emprego do capital em atividade diversa é igualmente reduzido, tornando o uso imediato do dinheiro mais atrativo.²⁶¹

No campo privado, a relação é a mesma, ainda que afetada pelos gastos públicos: quanto maiores as taxas de juros (novamente, sem que sequer se cogite de inadimplemento e, conseqüentemente, de juros de mora), maior será o custo de capital do agente e, conseqüentemente, o seu custo de oportunidade, fundamental ao processo decisório a respeito do investimento ou não em determinado negócio.²⁶² Mais uma vez, nota-se que o efeito sistêmico de estímulos e desestímulos é gerado pelos juros compensatórios, e não moratórios.

Equívocada que é, portanto, a compreensão de que os juros moratórios funcionam – ou deveriam funcionar – como instrumento de punição para gerar impactos positivos no mercado, passa-se a analisar a função adequada do instituto, sob o ponto de vista estritamente jurídico: a função indenizatória, ocupando os juros papel fundamental à reparação integral do prejuízo sofrido pela vítima,²⁶³ à luz da função mesma da responsabilidade civil exposta no Capítulo II.

De início, recorda-se que, em virtude do conceito de custo de oportunidade, deixar de receber uma determinada quantia no tempo gera, necessariamente, uma perda, correspondente a quanto aquele valor poderia render a título de juros, porque

²⁶⁰ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 280.

²⁶¹ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 283.

²⁶² SETTON, Renata Szczerbacki. *O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro*, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 70.

²⁶³ GOTANDA, John Y., *A Study of Interest*. VI Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, ICC Publications, 2008, Villanova Law/Public Policy Research Paper No. 2007-10, p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1005425>. Acesso em : 22.02.2024.

“os juros são o custo de oportunidade de se reter a moeda no patrimônio.”²⁶⁴ É exatamente por esse motivo, para garantir a reparação dessa quantia que se deixou de auferir, que se defende serem os juros moratórios “lucros cessantes devidos pelo atraso no cumprimento da prestação”, uma vez que reparam “dano referente ao valor que o lesado deixou de auferir por não ter à sua disposição o dinheiro no momento oportuno”.^{265/ 266}

Em se tratando de indenização, convém recordar que, também no interesse positivo, a reparação deve ser integral: não se pode reduzir ou equiparar as perdas e danos somente ao valor pecuniário equivalente à prestação descumprida. Muito ao contrário, apenas será possível reparar integralmente o lesado, para reconduzi-lo à situação hipotética *ad quem* de adequado cumprimento do contrato, se a indenização for correspondente à totalidade do prejuízo por ele sofrido, nele incluídos todos os danos emergentes e lucros cessantes, para além do valor econômico da prestação, compreendido como o dano mínimo – e não total.²⁶⁷

Ocorre que, por força de expressa disposição legal, os juros de mora, quando não convencionados, são limitados à “taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”, nos termos do art. 406 do Código Civil. Destaca-se que não se pretende, aqui, entrar na discussão a respeito de qual deveria ser o referido índice, destacando-se, contudo, que a posição

²⁶⁴ SETTON, Renata Szczerbacki. *O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro*, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 69.

²⁶⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 169/170.

²⁶⁶ Conquanto se esteja tratando especificamente do Direito Civil brasileiro, a relação entre os juros de mora e a inteireza da reparação parecem ser reconhecidas quase que universalmente, pelo que se afirma que “there is a general expectation, regardless of fórum, governing law (save for those arbitrations concernig Sharia law), nature or seat of arbitration, that interest will be awarded” BEELEY, Mark; WALCK, Richard. *Approaches to the Award of Interest by Arbitration Tribunals*, The Arbitrator & Mediator, April, pp. 15-30. p. 15. A importância dos juros moratórios em arbitragens internacionais é tamanha que chega-se a afirmar até mesmo que o referido prejuízo, relacionado ao custo de oportunidade da não fruição do dinheiro no tempo “can amount to a significant proportion of the total claim; and in certain cases, it can exceed the principal amount.” VEEDER, V.V. *Whose arbitration is it anyway – the parties’ or the arbitral tribunal? An interesting question*. In: (eds.) NEWMAN, Lawrence W.; HILL, Richard D. *The leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, 2. ed., Estados Unidos: Juris Publishing, 2008. p. 344.

²⁶⁷ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 229.

majoritária atual no STJ é a de aplicação da taxa SELIC como o índice legal de juros de mora aplicável nos termos do art. 406 do Código Civil.^{268/269}

Ora se a taxa de juros de mora é a mesma aplicável a qualquer parte em qualquer cenário, enquanto os custos de oportunidade a que sujeitos os agentes econômicos são individuais e variáveis,²⁷⁰ é mesmo possível que a indenização, quando medida pela primeira, fique aquém dos impactos econômicos totais a que sujeito o lesado, medidos pelo segundo. Assim é que, corrigindo omissão relevante do Código Civil de 1916,^{271/272} o art. 404, parágrafo único, do Código Civil permite ao credor pleitear indenização suplementar ao valor dos juros de mora, com o propósito de que se “observe o princípio da *restitutio in integrum*, que deve nortear a responsabilidade civil, e conceda a indenização necessária para a restituição do patrimônio do credor”.²⁷³

Observando a direta relação entre a possibilidade de indenização suplementar e a necessidade de que, à luz da reparação integral, o custo de oportunidade do agente econômico seja considerado quando do cômputo das perdas e danos, TRINDADE chega à exata conclusão aqui defendida: pode o credor demandar “indenização pela perda do custo de oportunidade, assim entendida a

²⁶⁸ EDcl no AgInt no AREsp n. 1.074.010/RS, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/11/2023, DJe de 30/11/2023; AgInt no REsp n. 1.798.531/RJ, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/9/2021, DJe de 24/9/2021; AgInt no REsp n. 1.752.361/MG, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/6/2021, DJe de 1/7/2021; REsp n. 1.136.733/PR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe de 26/10/2010; EREsp n. 727.842/SP, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008.

²⁶⁹ Pende de julgamento pela Corte Especial, no entanto, o REsp nº 1.795.982, em que a questão será (novamente) rediscutida. Após o voto do Min. Salomão, relator do recurso, que entendia aplicável a taxa de 1% ao mês, em 15.12.2020, o Min. Raul Araújo pediu vistas. Afetado o julgamento à Corte Especial, o Min. Raul Araújo instaurou a divergência em 07.06.2023, por entender que os juros de mora deveriam ser calculados pela taxa SELIC. Em 01.08.2023, o Min. João Otávio Noronha votou por acompanhar a divergência, enquanto o Min. Humberto Martins entendeu por bem acompanhar o relator. Até 22.02.2024, ainda não haviam sido colhidos os demais votos.

²⁷⁰ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 345.

²⁷¹ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. p. 257.

²⁷² A referida omissão conduzia a doutrina a concluir que a indenização devida por inadimplemento de obrigações de pagar consistiam exclusivamente no pagamento de juros de mora, pelo que se afirmava que “A regra é injusta”. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 202.

²⁷³ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 739. No mesmo sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 209.

diferença entre a taxa legal de juros e aquela que seria obtida em aplicação ordinária e de baixo risco em instituição financeira”.²⁷⁴

A conclusão é importada para o presente estudo, muito embora demande uma pequena ressalva: naturalmente, com base nas premissas que se expôs, de que o cômputo da indenização é necessariamente casuístico a demandar atenção à situação específica do lesado, bem assim é individual o custo de oportunidade de cada agente de mercado, só é possível atribuir-se à referida indenização suplementar o valor da diferença entre aplicação de baixo risco em instituição financeira e a SELIC na hipótese de prova de que aquele lesado faz ou faria uso das correspondentes aplicações financeiras, bem como de quais seriam as taxas efetivamente incorridas no caso concreto. Essa pontual observação, que diz respeito à extensão do dano, será relevante no Capítulo 3.2.4, abaixo.

Por fim, explica-se que, em virtude de disposição legal expressa, o credor somente poderá pleitear a indenização suplementar aos juros de mora, à luz de seu custo de oportunidade, na hipótese de inexistir “pena convencional”. Resta-nos analisar, portanto, qual espécie de cláusula penal deverá resultar na referida vedação.

Embora a questão seja pouco debatida, foi possível encontrar a posição de NANNI. Nas palavras do autor, a existência de cláusula penal moratória não é capaz de obstar o pleito de indenização suplementar, sendo certo que a restrição operar-se-ia apenas nas hipóteses em que pactuada cláusula penal compensatória, porque “representa uma prefixação das perdas e danos, contraída por iniciativa das partes. A essência de tal figura obsta a concessão de indenização suplementar a não ser que as partes assim autorizem”.²⁷⁵

Concorda-se com a assertiva, em virtude da função que se atribui aos juros de mora e ao pleito de indenização suplementar: se se deve reparar integralmente o credor, se a indenização suplementar, à luz do custo de oportunidade superior ao valor da taxa legal de juros de mora, for inferior ao prejuízo, só se pode restringir a possibilidade do pleito previsto no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, nas

²⁷⁴ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 201.

²⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 661.

hipóteses em que, por força de exercício prévio de autonomia da vontade, as partes tenham optado pela “pré-liquidação do *id quod interest*”, ao pactuarem cláusula penal compensatória sem a previsão de possibilidade de indenização suplementar.²⁷⁶

Em sentido diverso, TRINDADE afirma que a cláusula penal a obstar a possibilidade do pleito de indenização suplementar aos juros de mora seria a moratória. Isso, porque funcionaria para “prefix[ar] as perdas e danos pelo atraso, impedindo a discussão de seu valor”.²⁷⁷ Ocorre que, mesmo na hipótese de que seja pactuada cláusula penal moratória, caso a mora seja posteriormente convertida em inadimplemento absoluto, por ter a obrigação se tornado impossível ou não mais convir ao credor, reconhece-se que “pode o credor exigir com as perdas e danos, resultantes do inadimplemento de obrigação principal, a penal moratória, desde que naquelas não fiquem estas embutidas”.^{278/279}

Assim é que, em havendo cláusula penal moratória, ou cláusula penal compensatória em que se convencie a possibilidade de indenização suplementar, é lícito ao credor pleitear indenização adicional para que se atinja a reparação integral. Nesses cenários, portanto, poderá o credor requerer indenização pelo custo de oportunidade superior aos juros de mora legais.

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizador e colaborador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 148.

²⁷⁷ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 197.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizador e colaborador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 154.

²⁷⁹ Em caminho teórico em muito distinto, porém com similar conclusão de ordem prática, Jorge Cesa defende ser aplicável a indenização suplementar, nas mesmas hipóteses, com base na aplicabilidade do art. 416 e não mais do art. 404, parágrafo único, do Código Civil, nos seguintes termos: “a inclusão da pena convencional só afasta a aplicação do dispositivo, mas não afasta a indenização suplementar em si. Ocorre que, visando a evitar contradição, o Código remete implicitamente para o parágrafo único do art. 416, que admite, havendo cláusula penal, a indenização suplementar, desde que assim convencionado contratualmente. A indenização suplementar, então, será devida, mas o fundamento legal será outro” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 218.

3.2.3 Nexa de causalidade: prova concreta de custo de oportunidade superior ao valor dos juros de mora legais

Enfrenta-se, agora, a necessária observância do requisito de causalidade direta e imediata entre o ilícito e as perdas e danos calculadas pelo interesse positivo, levando em consideração também o custo de oportunidade em relação aos valores que se deixou de receber a tempo e modo.

Com efeito, recorda-se que os juros de mora legais são sujeitos à taxa aplicável para a mora no pagamento de tributos à Fazenda Nacional, nos termos do art. 406 do Código Civil. Nesse sentido, como explica TRINDADE, a referida taxa será, via de regra, menor do que o custo de capital dos agentes econômicos privados, uma vez que às operações financeiras é acrescido um prêmio de risco.²⁸⁰

A lógica desse prêmio é intuitiva: os bancos concedem uma remuneração maior ao investidor, para que opte por aquele investimento específico e não pela comercialização de um título público, com menor risco. Assim, as aplicações financeiras de baixo risco disponíveis aos investidores, que consideram esses prêmios de risco, resultarão em retornos maiores do que a taxa SELIC.²⁸¹

Em virtude dessa diferença, nota-se que, a princípio, o investimento privado de uma quantia, ainda que de baixo risco, junto a uma instituição financeira, resultará em um proveito econômico maior que a taxa SELIC. Por essa razão, TRINDADE conclui que:

A simples existência dessa diferença entre a taxa legal, que representa o teto da convenção no regime geral, e a rentabilidade que pode ser obtida pelo depósito em uma instituição integrante do sistema financeiro, constitui uma perda que é imediatamente causada ao credor de uma obrigação pecuniária, em caso de mora do devedor.²⁸²

²⁸⁰ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 198.

²⁸¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 212. TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 198.

²⁸² TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 199.

A escolha dos termo não é acidental e concorda-se, em tudo e por tudo, com a explicação: salvo em casos excepcionais, como concessão de subsídios ou financiamento em moeda estrangeira ou mesmo fora do sistema financeiro nacional, o agente econômico, no Brasil, possui um custo de capital maior do que a taxa SELIC, pelo que, ao ser privado de receber determinada quantia na data apazada, essa privação carrega consigo um prejuízo direto, consistente no custo de oportunidade relacionado ao valor que seria auferido com um investimento de baixo risco.²⁸³

Nesse sentido, deve-se afastar, de plano, uma potencial tentativa de caracterizar o referido prejuízo como hipotético, porque dependeria de uma ação adicional que não se verificou – i.e., o efetivo investimento da quantia a receber. O lesado terá, ao seu lado, a possibilidade de provar o dano com base nas regras de experiência comum e no curso regular dos acontecimentos, como acima se referiu para qualquer hipótese de lucro cessante, de modo que demonstre a “disponibilidade da alternativa de investimento e seu caráter usual, para provar o dano e o nexo de causalidade”.²⁸⁴ Afinal, como explica SETTON:

Se é verdade que as utilidades oferecidas ao detentor da moeda são inúmeras – e, portanto, a apuração do concreto prejuízo sofrido por quem dela não pode dispor se mostra um grande obstáculo –. Também é verdade que, se o devedor tivesse cumprido a obrigação na forma prevista, o credor poderia, ao menos, ter aplicado financeiramente a moeda para colher o lucro daí decorrente. Faz sentido pressupor que, dentre todas as oportunidades perdidas pela privação do uso dos recursos, o credor tenha deixado de auferir os juros que poderia obter caso aplicasse o dinheiro no mercado financeiro, medido facilmente pelas taxas de mercado que, afinal, representam o custo de oportunidade de se reter moeda.²⁸⁵

Se, por um lado, não se pode excluir *a priori* esse prejuízo por classificá-lo como indireto, por outro inexistente autorização legal à dispensa da prova de sua ocorrência: como se afirmou em relação ao interesse negativo, é necessário superar

²⁸³ Em defesa de que se observe o custo de capital do agente para que se repare integralmente o prejuízo do credor, porém no contexto específico das arbitragens internacionais e, portanto, não à luz das normas do Código Civil, confira-se ABDALA, Manuel; ZADICOFF, Pablo López; SPILLER, Pablo. *Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgment Interest in International Arbitration*. World Arbitration & Mediation Review, Vol. 5, Issue I, 2011. pp. 1-21.

²⁸⁴ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 199.

²⁸⁵ SETTON, Renata Szczerbacki. *O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro*, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 162.

o ônus da prova, a partir do postulado normativo da razoabilidade, para o recebimento de indenização a título de lucros cessantes. Afinal, como já advertia ALVIM, salvo nas hipóteses em que o dano é presumido por expressa disposição legal, a “a prova da existência do dano é indispensável e deve ser feita na ação, sob pena de ser o devedor absolvido”, ainda que, em relação à prova, seja possa cogitar de um *standard* “mais rigoroso quando ela fôr fácil, e menos rigoroso, quando difícil”, sendo o segundo o caso dos lucros cessantes.²⁸⁶

Assim é que a prova necessária deverá ser suficiente a que o julgador conclua, com base em um juízo de probabilidade objetiva do curso normal dos acontecimentos, que o credor efetivamente teria realizado uma operação subsequente e lucrativa com o dinheiro que deixou de receber, pelo que deixou de lucrar o proveito decorrente dessa operação jamais concretizada.

Sem qualquer pretensão de ser exaustiva, porque as provas serão tão variadas quanto são as hipóteses fáticas da realidade, seria possível provar o custo de oportunidade com base no histórico pretérito de investimento de caixa do credor (i.e., alocação ordinária em um fundo exclusivo específico, ou mesmo em um determinado tipo de título/investimento, como alocação ordinária do caixa em títulos de renda fixa com determinadas taxas de liquidez), ou mesmo com base na demonstração concreta de que foram consideradas novas possibilidades de investimentos com base nos recursos que seriam recebidos e não o foram (como a produção de análises específicas a respeito do uso daquela quantia, atas de reunião e trocas de mensagens em que as referidas possibilidades teriam sido discutidas).

Igualmente, o devedor poderá conseguir fazer prova de que, conquanto seja natural investir financeiramente os recursos recebidos e não deixá-los em conta corrente, aquele credor específico assim não procede regularmente (por exemplo, pode ser possível fazer prova de que, em virtude do fluxo de caixa do credor, aqueles recursos devidos seriam integralmente consumidos por suas obrigações, sem que restasse quantia alguma a ser investida, ou mesmo, na hipótese de eventual litígio contra pessoa física, que aquela pessoa simplesmente não realiza investimentos, em regra, para guardar os seus recursos).

A condenação ao pagamento de lucros cessantes com base em operações que teriam sido realizadas, mas foram obstadas pelo inadimplemento, aliás, é

²⁸⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 200/201.

corriqueiramente admitida no Direito Civil brasileiro para os casos de recondução do lesado com base no interesse positivo. Basta que se recorra aos exemplos de STEINER, que não parecem suscitar maiores controvérsias: “o credor que não recebeu as peças encomendadas ou o serviço contratado e, com isso, não conseguiu girar sua linha de produção, tem direito não só ao cumprimento da obrigação, como também a ser indenizado pelos lucros cessantes experimentados no período do atraso”, assim como o “comprador que recebe o imóvel com atraso tem direito à indenização pelo dano emergente (aluguel de outro apartamento) ou pelos lucros cessantes (causados pela privação do uso econômico daquele bem)”²⁸⁷ – destaca-se, aqui, que a relação de alternatividade, no último exemplo, não decorre de incompatibilidade entre cumulação de danos emergentes e lucros cessantes, mas sim por um impositivo fático e lógico: ou o imóvel seria utilizado para moradia, ocasião em que não resultaria em uso econômico, ou para aluguel, ocasião em que a parte já assumiria o custo de locação de um outro apartamento, pelo que é impossível cumular a indenização entre as duas verbas.

A exata hipótese de indenização por lucros cessantes de uma locação que jamais se pactuou, em virtude de inadimplemento da promitente-vendedora, incapaz de entregar o imóvel na data aprazada, já foi enfrentado pelo STJ – ainda que sob a égide do Código Civil de 1916. Na ocasião, a Terceira Turma concluiu que “A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada”. Indo ainda mais além, reconheceu-se que a locação de imóvel pode ser extraída das regras de experiência comum, pelo que sequer necessitava de prova.²⁸⁸

Fundada nessas razões, a jurisprudência da corte se consolidou para reconhecer que, ainda que não efetivamente firmados, os lucros cessantes decorrentes da impossibilidade de aluguel de imóvel em virtude do atraso na entrega da obra consistem em prejuízos presumidos.²⁸⁹ É dizer: mais do que aceitar

²⁸⁷ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 232.

²⁸⁸ REsp n. 644.984/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/8/2005, DJ de 5/9/2005, p. 402.

²⁸⁹ EREsp n. 1.341.138/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 9/5/2018, DJe de 22/5/2018; AgInt no REsp n. 2.043.649/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023; AgInt no AREsp n. 2.302.194/BA,

que há lucros cessantes indenizáveis decorrentes de negócios que não foram concretizados, porque obstados pelo inadimplemento, a jurisprudência até mesmo admite, como regra geral, uma presunção de que o teriam sido, pelo que o promitente-comprador é dispensado até mesmo de superar o ônus probatório da probabilidade e razoabilidade do lucro que deixou de auferir, em virtude da inversão produzida pela referida presunção.

Nesse cenário, não há qualquer razão a que se classifique um investimento em títulos de baixo rendimento, absolutamente corriqueiro para as empresas, que quase sempre depositam nas instituições financeiras qualquer quantia de alguma relevância econômica²⁹⁰, como hipotético e incerto, enquanto se aceita até mesmo a presunção de uma locação, sem que sequer se considere o local do imóvel ou as condições mercadológicas. Ainda que não se atribua grau de presunção ao custo de oportunidade em valor superior à SELIC, portanto, deve-se ao menos abrir a possibilidade ao credor que comprove a sua efetiva existência, bem como a sua quantia, sem que se considere hipotético o dano, simplesmente porque o retorno obtido à luz do custo de oportunidade dependeria de uma transação subsequente.

3.2.4 A extensão do dano: impossibilidade de equiparação necessária entre o custo de oportunidade e a remuneração de títulos públicos

No que diz respeito à extensão do dano que leva em consideração o custo de oportunidade em valor superior aos juros de mora, explica-se que, também nas hipóteses de indenização pelo interesse positivo exige-se uma avaliação concreta do prejuízo, pelo que se afirma que “a situação hipotética de cumprimento, por sua vez, será composta caso a caso, a depender dos danos concretamente sofridos por aquele credor específico”.²⁹¹

relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023; AgInt no REsp n. 2.042.388/SP, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 30/6/2023; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.873.883/SP, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 28/6/2023; AgInt no REsp n. 1.888.057/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 7/6/2023; AgInt no REsp n. 2.036.705/PA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023.

²⁹⁰ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios.*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 199.

²⁹¹ STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: Interesse Positivo e Interesse Negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 203.

Nesse sentido, recorda-se a ponderação de TRINDADE, de que ordinariamente o custo de capital das sociedades empresárias é superior à taxa SELIC.²⁹² Recorda-se, ainda, que a análise do custo de oportunidade depende, necessariamente, de um sujeito específico,²⁹³ porque distintas as condições de juros e as opções em geral disponíveis a duas pessoas, igualmente distintos serão os seus respectivos custos de oportunidade.

Por essa razão, deve-se rejeitar uma equiparação geral e genérica entre o custo de oportunidade e o retorno obtido no investimento do título de menor risco na data do inadimplemento: é simplesmente impossível presumir um custo de oportunidade “geral”, pelo que o credor interessado em pleitear indenização suplementar aos juros de mora deverá demonstrar, especificamente, o *seu* custo de oportunidade. Igualmente, deve-se rejeitar a proposta de equiparação apriorística do valor do prejuízo à taxa correspondente ao custo de capital do lesado,²⁹⁴ se desprovida da efetiva prova, por ele produzida,²⁹⁵ de que o desfalque de caixa decorrente do inadimplemento levou o credor a incorrer em custo de financiamento ao referido custo.

Nada obstante isso, mesmo os investimentos financeiros disponíveis são tão variados quanto se possa imaginar: há uma verdadeira miríade de alternativas similares, com pequenas variações de natureza, prazo, liquidez, vencimento e taxas. Por isso, destaca-se o “caráter usual”²⁹⁶ mencionado por TRINDADE, de forma que o credor consiga efetivamente demonstrar qual teria sido, em concreto, o seu custo de oportunidade e, conseqüentemente, o seu prejuízo, ainda que não tenha, por imposição lógica, realizado o referido investimento: se a empresa costuma alocar o seu caixa em um fundo exclusivo, então considerar-se-á o custo de oportunidade

²⁹² TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 198.

²⁹³ BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. *Microeconomics: Principles and Policy*, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011. p. 345.

²⁹⁴ WÖSS, Herfried; RIVERA, Adriana San Román; SPILLER, Pablo T.; DELLEPIANE, Santiago. *Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts*, United Kingdom: Oxford University Press, 2014. 7.12.

²⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português: direito das obrigações*. Reimpressão da 1ª edição do tomo IV da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2014. p. 124.

²⁹⁶ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 199.

correspondente ao retorno daquele fundo; se costuma utilizar CDBs de determinada liquidez e determinado prazo, mede-se a taxa média de retorno de títulos similares disponíveis ao momento do inadimplemento, e assim sucessivamente.

Convém discordar, por fim, da proposição de SANTOS, de acordo com a qual, em virtude do teor da primeira parte do art. 407 do Código Civil,²⁹⁷ “os juros de mora constituem exceção ao princípio da reparação integral, afastando-se a teoria da diferença para a definição da medida do dano patrimonial”.²⁹⁸ Começando pela segunda metade da assertiva, afirma-se que não se deve afastar a aplicação do método da diferença; muito ao contrário, deve-se aplicá-lo, de modo que, se se atingir diferença em favor do credor, à luz de seu custo de oportunidade ou mesmo de outros prejuízos que tenha incorrido, lhe seja disponibilizado o remédio da indenização suplementar, nos termos acima propostos e como autoriza o art. 404, parágrafo único, do Código Civil.

Ademais, a desnecessidade de prova do valor do dano correspondente à privação de capital decorre, em realidade, do próprio teor do art. 406, bem assim da lógica econômica reconhecida por TRINDADE: se as taxas aplicáveis à mora de tributos devidas à Fazenda Nacional são o valor mais baixo possível de remuneração da disposição de capital, porque o financiamento ao Estado carrega consigo o risco soberano inferior ao risco das partes privadas e, por isso, um prêmio menor sobre o retorno obtido,²⁹⁹ esse dano é evidente, pelo que prescinde de prova.

Por isso, afirma-se que “o legislador instituiu os juros de mora como indenização mínima por presumir que, dentre todas as oportunidades perdida pela não fruição da moeda, o dano pela privação de capital equivale, ao menos, aos juros não extraídos do dinheiro durante o período do inadimplemento”.³⁰⁰ Em outras palavras, a presunção de dano não decorre de opção legislativa por infirmar a regra da reparação integral, mas sim por sua confirmação, a partir do reconhecimento de

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. *Indenização e Resolução Contratual*. São Paulo: Almedina, 2022. pp. 256.

²⁹⁹ TRINDADE, Marcelo. *Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias*. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.) *Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios*, v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, p. 198.

³⁰⁰ SETTON, Renata Szczerbacki. *O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro*, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022, p. 166.

uma realidade econômica: o prejuízo sofrido pelo credor que não recebe uma quantia na data aprazada será igual ou maior às taxas da mora de impostos devidos à Fazenda Nacional, sejam elas quais forem.

Por isso, conclui-se que, provado o custo de oportunidade em valor superior aos juros de mora, a ser acrescido da indenização na forma autorizada pelo art. 404, parágrafo único, do Código Civil, atingir-se-á, aí sim, a reparação integral do interesse positivo do credor, nele considerado a integralidade do impacto econômico das opções que lhe estariam disponíveis caso o contrato fosse cumprido a tempo e modo.

CONCLUSÃO

À luz do quadro acima delineado, nota-se que ao utilizar, genericamente, o termo “custo”, o Código Civil utiliza o termo em conexão com o sentido que lhe é atribuído pela Contabilidade, em que compreendido como expressão econômica direta de entrada ou saída de caixa. Esse conceito, no entanto, difere do empregado pela Economia, de acordo com a qual custo correspondente a tudo aquilo que se abre mão para obter determinada coisa. Mais especificamente, à luz desse conceito, o custo de oportunidade constitui o valor da alternativa que se abre mão ao tomar determinada decisão, consistindo em conceito fundamental para que os empresários façam as suas escolhas negociais.

Viu-se, ainda, que, embora o conceito custo de oportunidade não tenha sido empregado no Código Civil para as regras de cálculo da indenização, parece inexistir qualquer contradição ou vedação, *a priori*, para que seja considerado relevante na apuração do *quantum* das perdas e danos – desde que haja compatibilidade entre o conceito e a função da indenização.

Identificou-se, a seguir, que a responsabilidade civil tem por função reparar um interesse legítimo, considerado pelo ordenamento jurídico como merecedor de tutela, que tenha sido violado. Nesse sentido, o cálculo da reparação devida deverá observar o método da diferença, por meio do qual o patrimônio do lesado é comparado a uma situação hipotética de inexistência da lesão, para que se apure a indenização devida.

Nesse sentido, viu-se que a comparação proposta pelo método da diferença poderá ser em relação a uma abstração, uma situação hipotética negativa e *a quo* em relação ao contrato, para que se compare o patrimônio do lesado com a hipótese de como estaria se sequer tivesse iniciado tratativas para a celebração de um contrato – o interesse negativo. Igualmente, pode-se comparar o patrimônio do lesado a uma situação positiva e *ad quem* em relação ao contrato, para que se analise como estaria o seu patrimônio caso adicionado um fator que não aconteceu, consistente no adequado cumprimento do contrato – o interesse positivo.

À luz dessa distinção, chega-se à análise concreta da possibilidade ou não de que valores relativos ao custo de oportunidade sejam considerados como parte integrante da indenização devida ao credor.

Nesse sentido, em relação a pleitos de custo de oportunidade em conexão com as quantias investidas no contrato, apurou-se que:

1. A hipótese lesiva deve conduzir à indenização pelo interesse negativo. Isso porque reparar o custo de oportunidade em relação aos valores investidos em um contrato significa uma indenização que tenha por objetivo reconduzir o credor à situação hipotética em que estaria se sequer tivesse iniciado as tratativas, ocasião em que poderia empregar alternativamente os recursos utilizados na avença. Assim, trata-se de hipótese, necessariamente, de indenização por interesse negativo.
2. Deve-se observar os requisitos legais necessários à indenização por lucro cessante, inadmitido o recurso genérico à teoria da perda de uma chance como tentativa de indenização sem que haja causalidade direta e imediata entre o prejuízo e a conduta. Nesse sentido, além de reafirmar que inexistente qualquer incompatibilidade entre o interesse negativo e os lucros cessantes, explica-se-se que o conceito de custo de oportunidade integra a expectativa mesma e o efetivo interesse do empresário quando toma as suas decisões negociais, pelo que a reparação desse interesse merecedor de tutela igualmente deverá considerá-lo.
3. O credor deverá provar a efetiva existência de alternativas negociais ou financeiras disponíveis ao credor na época em que decidiu pelo investimento no contrato, bem como que, à luz de um juízo de probabilidade objetiva acerca do curso natural dos acontecimentos, teria o credor efetivamente optado pela referida alternativa. Embora a prova seja difícil, não pode ser dispensada: deve o credor comprovar o vínculo entre o ato gerador do dever de indenizar e a desistência da alternativa que integrava o seu custo de oportunidade, não bastando referência genérica à existência, por exemplo, de títulos de investimento disponíveis no mercado, sem a efetiva prova de que foram considerados e teriam sido utilizados.
4. O credor deverá provar a extensão do dano, que dependerá, necessariamente, de uma análise casuística, à luz das circunstâncias concretas e específicas do patrimônio daquele credor em particular. Nesse sentido, ressalva-se inexistir qualquer regra que limite o valor a

ser indenizado: desde que provada a extensão do dano, ainda que em valor superior àquele que teria sido auferido pela parte em caso de celebração adequada e efetivo cumprimento do contrato, deverá haver a correspondente reparação.

Já no que diz respeito aos pleitos de custo de oportunidade em conexão com as quantias que se deixou de receber a tempo e modo, em virtude de inadimplemento do contrato, apurou-se que:

1. A hipótese lesiva deve conduzir à indenização pelo interesse positivo. Isso porque reparar o custo de oportunidade em relação aos valores que se deixou de receber significa uma indenização que tenha por objetivo reconduzir o credor à situação hipotética em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido, ocasião em que teria à sua disposição, a tempo e modo, as quantias acordadas, pelo que poderia as empregar em outras alternativas subsequentes, de forma lucrativa. Assim, trata-se de hipótese, necessariamente, de indenização pelo interesse positivo.
2. Estabelecida a premissa de que os juros de mora possuem a função indenizatória de reparar o custo de oportunidade relativo à impossibilidade de se dispor do dinheiro na forma contratada, pedidos de indenização suplementar com base no custo de oportunidade que superem a taxa legal de juros de mora são expressamente admissíveis, com fundamento no art. 404, parágrafo único do Código Civil.
3. Não se pode caracterizar necessariamente como indireto o prejuízo correspondente ao custo de oportunidade dos valores que se deixou de receber ao fundamento de que dependeriam de futura e incerta operação: assim o são uma série de outros prejuízos ordinariamente incluídos nos lucros cessantes, como os alugueres que se deixou de receber em virtude do atraso na entrega de imóvel na planta, sem que a necessidade de pactuação de uma locação subsequente (que inexistiu), seja suficiente para caracterizar de indireto o dano. Nada obstante isso, o credor deverá provar, no caso concreto, que, em virtude do inadimplemento, razoavelmente deixou de auferir quantia correspondente à parcela do

custo de oportunidade, a partir de uma operação subsequente que estava sendo efetivamente considerada ou que ordinariamente seria realizada e se deixou de realizar.

4. O credor deverá provar a extensão do dano, que dependerá, necessariamente, de uma análise casuística, à luz das circunstâncias concretas e específicas do patrimônio daquele credor em particular. Por isso, não se aceita uma quantificação genérica com base em taxas de investimento médias de títulos públicos disponíveis no mercado, sem que se comprove efetivamente que semelhantes investimentos foram usados pelo credor no passado ou foram considerados naquela hipótese específica.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Manuel; ZADICOFF, Pablo López; SPILLER, Pablo. **Invalid Round Trips in Setting Pre-Judgement Interest in International Arbitration**. World Arbitration & Mediation Review, Vol. 5, Issue I, 2011. pp. 1-21.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – Resolução**. De acordo com o novo Código civil, reimp. Da 2. Ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. **Novos danos na responsabilidade civil. A perda de uma chance**. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.). Direito Civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018. v. I. p. 439-476.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 2. Edição. São Paulo: Saraiva, 1955.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BAUMOL, Willaim J.; BLINDER, Alan S. **Microeconomics: Pinciples and Policy**, 11th edition, 2010 Update. Cengage Learning: Ohio, 2011.

BEELEY, Mark; WALCK, Richard. **Approaches to the Award of Interest by Arbitration Tribunals**, The Arbitrator & Mediator, April, pp. 15-30

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do juiz**. Revista de Direito Privado, v. 14, n. 56, p. 11-30, out./dez., 2013.

_____. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. Ed., rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 89.464/SP**, relator Ministro Cordeiro Guerra, Relator do acórdão Ministro Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 12.12.1978, DJ de 04.05.1979.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.613.645/MG**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 22/8/2017

_____. **REsp n. 1.483.333/DF**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/5/2019, DJe de 6/6/2019.

_____. **REsp n. 1.537.922/DF**, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 28/3/2017, DJe de 30/3/2017.

_____. **AgInt no AREsp n. 1.736.426/SP**, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 25/10/2021, DJe de 28/10/2021

_____. **AgInt no AREsp n. 1.901.559/RJ**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023

_____. **REsp n. 1.877.331/SP**, relatora Ministra Nancy Andrigli, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/4/2021, DJe de 14/5/2021

_____. **REsp n. 1.340.174/PR**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe de 28/9/2015

_____. **EResp n. 1.131.090/RJ**, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/10/2015, DJe de 10/2/2016

_____. **REsp n. 55.539/RJ**, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 16/5/1995, DJ de 7/8/1995, p. 23044

_____. **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.987.343/MG**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023

_____. **AgInt no AREsp n. 2.105.005/AL**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 7/12/2022, DJe de 14/12/2022

_____. **AgInt no AREsp n. 2.149.017/RJ**, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022

_____. **EResp n. 727.842/SP**, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 8/9/2008, DJe de 20/11/2008

_____. **EDcl no AgInt no AREsp n. 1.074.010/RS**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/11/2023, DJe de 30/11/2023

_____. **REsp n. 1.136.733/PR**, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe de 26/10/2010

_____. **AgInt no REsp n. 1.798.531/RJ**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/9/2021, DJe de 24/9/2021

_____. **AgInt no REsp n. 1.752.361/MG**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/6/2021, DJe de 1/7/2021

_____. **MS n. 20.940/DF**, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 13/10/2020

_____. **REsp n. 1.846.819/PR**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 15/10/2020

_____. **REsp n. 644.984/RJ**, relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 16/8/2005, DJ de 5/9/2005, p. 402.

_____. **EResp n. 1.341.138/SP**, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 9/5/2018, DJe de 22/5/2018

_____. **AgInt no REsp n. 2.043.649/SP**, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 23/8/2023

_____. **AgInt no AREsp n. 2.302.194/BA**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023

_____. **AgInt no REsp n. 2.042.388/SP**, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 30/6/2023

_____. **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.873.883/SP**, relator Ministro Humberto Martins, Terceira Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 28/6/2023

_____. **AgInt no REsp n. 1.888.057/RJ**, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 7/6/2023

_____. **AgInt no REsp n. 2.036.705/PA**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023

BRASIL. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Sentença Arbitral Parcial proferida no Procedimento Arbitral nº 78/2016/SEC7** em 07.01.2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/caso_libra_-_sentenca_arbitral_parcial.pdf. Acesso em 22.02.2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **AC 0004765-07.2010.4.01.3813**, Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa, Quinta Turma, e-DJF1 06/02/2019.

BUCAR, Daniel; PIRES, Caio Ribeiro. **Juros moratórios na teoria do inadimplemento: em busca da sua função e disciplina no direito civil**. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Corrd.)

Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios., v. 1. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020. P. 451-480

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. São Paulo: Lejus, 1997.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. **Direito das Obrigações**. 12ª edição revista e actualizada, 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis. **O conceito de dano no direito brasileiro e comparado**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 2/2015, Jan-Mar/2015, p. 333-349.

FARNSWORTH, Allan. **Legal Remedies for Breach of Contract**, Columbia Law Review, New York, v. 70, p. 1145-1216, 1970

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015.

FRIEDMANN, Daniel. **Rights and remedies**. In: Comparative Remedies for Breach of Contract. Nili Cohen and Ewan McKendrick (Org.) Portland: Hart Publishing, 2005. pp. 3-17.

GOTANDA, John Y. **A Study of Interest**. VI Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, ICC Publications, 2008, Villanova Law/Public Policy Research Paper No. 2007-10, p. 4. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1005425>. Acesso em: 22.02.2024.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

_____. **Desafios na reparação dos lucros cessantes: a importância da concretização da razoabilidade na quantificação do dano.** In: Anderson Schreiber, Cardos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Milena Donato Oliva (coord). *Problemas de Direito Civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do Professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos.* Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 578- 601

KONDER, Carlos Nelson. **Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção.** Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 13, p. 231-248, out./dez. 2017.

_____. **Para além da “principalização” da função social do contrato.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017

_____. **Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil: o Intérprete na Doutrina de Pietro Perlingieri.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 60, n. 1, jan/abr. 2015. pp. 193/213.

MANKIW, Gregory N. **Principles of Microeconomics**, 8th edition, Boston: Cengage Learning, 2018.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Perdas e Danos.** In: (coord) LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. *Obrigações.* São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Responsabilidade Contratual. Efeitos.** In: (coord) LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **O árbitro e o cálculo do montante da indenização.** In: (coord.) CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz.* 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 609-638.

_____. **Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica.** LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. Temas relevantes de Direito Civil Contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 559-595.

_____. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações.** Vol. V, t. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **O regime dos juros no novo direito privado brasileiro.** Revista da Ajuris, v. 34, n. 105, p. 237-264, mar. 2007

_____. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 19, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71527. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71527>. Acesso em: 28 jan. 2024.

_____. **O risco contratual (e os significados do risco).** In: Riscos no direito privado e na arbitragem. Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro Pires (Coord.). São Paulo: Almedina, 2023.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de Direito Civil Português: direito das obrigações.** Reimpressão da 1ª edição do tomo IV da parte II de 2010. Coimbra: Almedina, 2014.

MONEYOU. **Ranking Mundial de Juros Reais – Dez/23.** Disponível em: <https://moneyou.com.br/wp-content/uploads/2023/12/rankingdejurosreais131223.pdf>. Acesso em: 22.02.2024.

MOTA PINTO, Carlos. **Cessão da Posição Contratual,** Coimbra: Atlântida Editora, 1970.

MOTA PINTO, Paulo. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. e II. Coimbra: Coimbra, 2008;

PORTUGAL. **Código Civil Português**. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 22.02.2024.

NANNI, Giovani Ettore. **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. coordenação de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4. ed. ver, e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVA, Milena Donato; COSTA, André Brandão Nery. **Notas sobre a responsabilidade civil pela perda da chance como dano autônomo**. In: Fábio Ulhoa Coelho; Gustavo Tepedino; Selma Ferreira Lemes. (Org.). A Evolução do Direito no século XXI. Seus princípios e valores (ESG, Liberdade, Regulação, Igualdade e Segurança Jurídica). Homenagem ao Professor Arnoldo Wald. São Paulo: Editora IASP, 2022, v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. Ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. Atualizador e colaborador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, Fabio Queiroz. **O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo**, São Paulo: Almedina, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**, Tradução Daniel Viera, revisão técnica Edgard Merlo, Julio Pires. – 8. ed. - São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.

PIRES, Catarina Monteiro. **Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do direito português, brasileiro e alemão**. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 2/2015, p. 245-274. Jan-Mar/2015.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **0023934-42.2020.8.19.0208** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 14/12/2023 - Vigésima Câmara de Direito Privado.

_____. **0045862-22.2019.8.19.0002** - Apelação. Des(a). Carlos Santos de Oliveira - Julgamento: 04/12/2023 - Segunda Câmara de Direito Privado.

_____. **0014218-41.2015.8.19.0054** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 16/08/2023 - Décima Quinta Câmara de Direito Privado.

_____. **0001693-15.2022.8.19.0205** - Apelação. Des(a). Renata Silveiras França Fadel - Julgamento: 10/08/2023 - Décima Quarta Câmara de Direito Privado.

_____. **0803835-44.2022.8.19.0209** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 09/08/2023 - Décima Quinta Câmara de Direito Privado.

_____. **0009716-33.2020.8.19.0006** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 09/08/2023 - Décima Quinta Câmara de Direito Privado.

_____. **0000139-79.2021.8.19.0205** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 09/08/2023 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0026185-33.2020.8.19.0208** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 31/05/2023 - Décima Quinta Câmara de Direito Privado.

_____. **0081567-27.2016.8.19.0054** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 17/05/2023 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0003337-36.2021.8.19.0008** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 03/05/2023 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0025862-37.2020.8.19.0205** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 01/02/2023 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0026713-98.2019.8.19.0209** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 22/03/2023 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0002126-49.2019.8.19.0035** - Apelação. Des(a). Eduardo Antonio Klausner - Julgamento: 01/03/2023 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0026644-63.2019.8.19.0210** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 16/02/2023 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0026542-38.2020.8.19.0038** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 16/02/2023 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0025739-61.2019.8.19.0209** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 03/11/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0002992-31.2022.8.19.0042** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 27/10/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0003676-87.2015.8.19.0207** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 06/10/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0008360-22.2018.8.19.0087** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 09/06/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0008773-03.2019.8.19.0054** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 08/06/2022 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0009647-02.2014.8.19.0203** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 07/04/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0029649-20.2019.8.19.0202** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 31/03/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0025015-56.2020.8.19.0004** - Apelação. Des(a). Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena - Julgamento: 30/03/2022 - Vigésima Câmara Cível.

_____. **0001350-87.2019.8.19.0087** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 24/02/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0037289-81.2013.8.19.0203** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 09/02/2022 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0008617-26.2019.8.19.0212** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 29/09/2021 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0019593-98.2019.8.19.0210** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 29/09/2021 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0002027-15.2016.8.19.0058** - Apelação. Des(a). Paulo Sérgio Prestes dos Santos - Julgamento: 28/06/2021 - Segunda Câmara Cível.

_____. **0018034-24.2019.8.19.0011** - Apelação. Des(a). Paulo Sérgio Prestes dos Santos - Julgamento: 14/06/2021 - Segunda Câmara Cível.

_____. **0029306-81.2016.8.19.0023** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 09/06/2021 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0032791-66.2018.8.19.0008** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 15/04/2021 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0073800-03.2017.8.19.0021** - Apelação. Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 26/08/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0016410-20.2017.8.19.0007** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 15/05/2020 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0008546-08.2015.8.19.0004** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 08/07/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0382873-20.2016.8.19.0001** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 17/06/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0011664-04.2017.8.19.0042** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 10/06/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0014548-72.2014.8.19.0054** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 11/03/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0000454-64.2018.8.19.0027** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 03/06/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0019516-32.2018.8.19.0208** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 27/05/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0002117-04.2015.8.19.0205** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 27/05/2020 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0006542-96.2018.8.19.0002** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 20/05/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0039151-63.2017.8.19.0004** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 20/05/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0006461-86.2019.8.19.0205** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 15/05/2020 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0005411-68.2018.8.19.0008** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 15/05/2020 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0012126-86.2019.8.19.0010** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 01/04/2020 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0257790-23.2018.8.19.0001** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 03/02/2020 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0026094-97.2016.8.19.0008** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 11/12/2019 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0031012-41.2016.8.19.0204** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 27/11/2019 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0011523-88.2016.8.19.0213** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 13/11/2019 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0207155-38.2018.8.19.0001** - Apelação. Des(a). Sérgio Nogueira de Azeredo - Julgamento: 06/11/2019 - Décima Primeira Câmara Cível.

_____. **0106538-76.2016.8.19.0054** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 06/11/2019 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0007140-57.2017.8.19.0011** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 06/11/2019 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0008736-16.2016.8.19.0204** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 23/10/2019 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0003580-17.2014.8.19.0075** - Apelação. Des(a). Des(a). Luiz Fernando de Andrade Pinto - Julgamento: 25/09/2019 - Vigésima Quinta Câmara Cível.

_____. **0021221-59.2013.8.19.0202** - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 10/07/2019 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0206181-06.2015.8.19.0001** - - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 03/04/2019 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0146026-66.2017.8.19.0001** - Apelação. Des(a). José Carlos Paes - Julgamento: 05/12/2018 - Décima Quarta Câmara Cível.

_____. **0318188-72.2014.8.19.0001** - Apelação. Des(a). José Carlos Paes - Julgamento: 15/08/2018 - Décima Quarta Câmara Cível.

_____. **0304258-16.2016.8.19.0001** - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 04/07/2018 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0031870-28.2014.8.19.0209** - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 20/06/2018 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0025211-82.2015.8.19.0042** - Apelação. Des(a). Andrea Fortuna Teixeira - Julgamento: 07/08/2017 - Vigésima Quarta Câmara Cível.

_____. **0026929-56.2014.8.19.0202** - Apelação. Des(a). José Carlos Paes - Julgamento: 16/05/2018 - Décima Quarta Câmara Cível.

_____. **0004889-50.2012.8.19.0073** - Apelação. Des(a). Paulo Sérgio Prestes dos Santos - Julgamento: 10/06/2014 - Segunda Câmara Cível.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson; GALLOTTI, Maria Isabel e CARRIJO, Patrícia (Relatores). **Parecer nº 1 da Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento sem Causa da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**, de 15.12.2023. p. 16.

Disponível em <https://legis.senado.leg.br/comissoes/arquivos?ap=7935&codcol=2630>. Acesso em: 22.02.2024.

SANTOS, Deborah Pinto Pereira dos. **Indenização e Resolução Contratual**. São Paulo: Almedina, 2022.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção**. São Paulo: Atlas, 2012.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no Direito Brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**, São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. **Uma agenda para o direito civil-constitucional**. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 10 – Out /Dez 2016. pp. 9/27.

SÉNECHAL, Thierry. **Time Value of Money: A case Study**. Transnational Dispute Management, Vol. 4, Issue 6, 2007.

SETTON, Renata Szczerbacki. **O regime jurídico dos juros de mora no Código Civil Brasileiro**, 2022. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

SERASA. **Mapa da Inadimplência e Renegociação de Dívidas**, dezembro de 2023. Disponível em: <https://cdn.builder.io/o/assets%2Fb212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc%2Fc0dcf4adf18a>

[48ca815222ba45c418fc?alt=media&token=7b530584-d6b6-4f84-8ce1-53b8ead5b86f&apiKey=b212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc](https://media.istockphoto.com/id/48ca815222ba45c418fc?alt=media&token=7b530584-d6b6-4f84-8ce1-53b8ead5b86f&apiKey=b212bb18f00a40869a6cd42f77cbeefc). Acesso em: 22.02.2024.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEINER, Renata Carlos. **Reparação de danos: - Interesse Positivo e Interesse Negativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. **De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato**. Civilistica.com, a. 8, n. 2, 2019.

_____. **A “função política” e as chamadas funções da responsabilidade civil. Prefácio à obra “Reparação e prevenção de danos na responsabilidade civil: parâmetros para o ressarcimento de despesas preventivas”, de Cássio Monteiro Rodrigues (Ed. Foco, 2024)**. Civilistica.com, v. 12, n. 3, p. 1-18, 30 dez. 2023.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. **Considerações sobre a autonomia funcional da responsabilidade civil no direito brasileiro**. Revista da AGU, vol. 21, n. 3. Brasília: jul.-set./2022.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos**. Revista Brasileira de Direito Civil, Volume 02 – Jul /Set 2014. pp. 8/37.

_____. **Notas sobre a função social dos contratos**. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395-405.

_____. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil**. Revista de direito do Estado – RDE. Ano 1, nº 2, abr/jun 2006. pp. 37/53 Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp->

[content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf](#). Acesso em 22.02.2024.

_____. **A razoabilidade na experiência brasileira.** In: Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCivil. Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Vitor Almeida (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro.* In: SARMENTO, Daniel et al. (Org.). Direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *e-book*.

TEPEDINO, Gustavo; VIÉGAS, Francisco. **Notas sobre o termo final dos juros de mora e o artigo 407 do Código Civil.** *Scientia Iuris*, v. 21, n. 1, p. 55-86, mar. 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Cláusula Resolutiva Expressa.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde e GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Resolução por inadimplemento: o retorno ao status quo ante e a coerente indenização pelo interesse negativo.** *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020.

_____. **Revisitando o lucro da intervenção: novas reflexões para antigos problemas.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, p. 281-305, jul./set. 2021

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; KONDER, Carlos Nelson. **Boa-fé, função social e equilíbrio contratual: reflexões a partir de alguns dados empíricos.** In: Aline de Miranda Valverde Terra; Gisela Sampaio da Cruz Guedes; Carlos Nelson de Paula Konder. (Org.). Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio econômico. 1ed.Indaiatuba: Foco, 2019, v. 1, p. 1-24.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; NANNI, Giovanni Ettore. **A cláusula resolutiva expressa como instrumento privilegiado de gestão de riscos contratuais.** In: Riscos no direito privado e na arbitragem. Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro Pires (Coord.). São Paulo: Almedina, 2023

TRINDADE, Marcelo. **Apontamentos sobre os juros nas obrigações pecuniárias.** In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Corrd.) Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios., v. 2. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, pp. 171-204

VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral.** Reimp. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2001, vol. II.

VEEDER, V.V. **Whose arbitration is it anyway – the parties’ or the arbitral tribunal? An interesting question.** In: (eds.) NEWMAN, Lawrence W.; HILL, Richard D. The leading Arbitrators Guide to International Arbitration, 2. ed., Estados Unidos: Juris Publishing, 2008.

WALD, Arnoldo. **Comentários ao Novo Código Civil, v. XIV, vol. II.** Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005

XAVIER, Rafael Branco. **Resenha da obra Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo.** STEINER, Renata C. São Paulo: Quartier Latin, 2018. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun.2019, p. 215/216.

WÖSS, Herfried; RIVERA, Adriana San Román; SPILLER, Pablo T.; DELLEPIANE, Santiago. **Damages in International Arbitration Under Complex Long-Term Contracts**, United Kingdom: Oxford University Press, 2014. 7.12.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito Contratual Contemporâneo, v.5: a liberdade contratual e sua fragmentação.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **A perda da chance na arbitragem: em busca do enquadramento devido.** In: Carlos Alberto Carmona; Selma Maria Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. (Org.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 1, p. 717-736.