

**COLEÇÃO** IDiP

# ***CONSEQUENTIAL DAMAGES***

**LUCROS CESSANTES,  
PREVISIBILIDADE E  
DANOS INDIRETOS**

## Consequential Damages

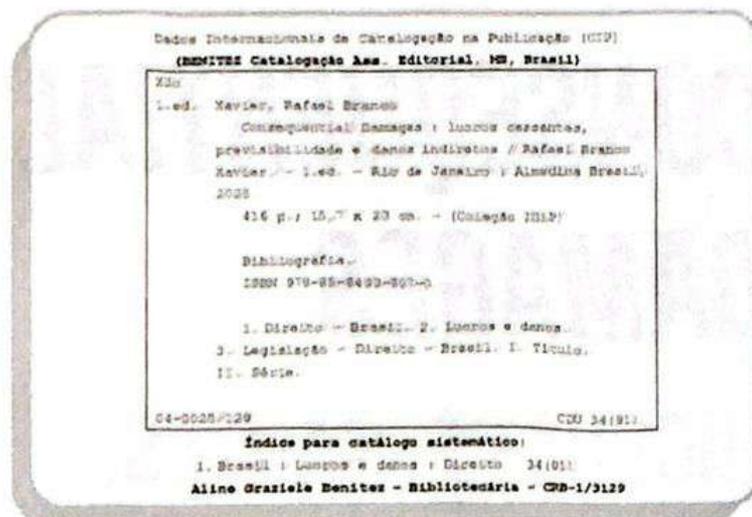
Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Rafael Branco Xavier.

ISBN: 978-85-8493-807-0

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2025 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.



Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra foi formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

**Marcas Registradas:** Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

**Material de apoio e erratas:** Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site [www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

**Suporte Técnico:** A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

## Grupo Editorial Alta Books

**Produção Editorial:** Grupo Editorial Alta Books

**Diretor Editorial:** Anderson Vieira

**Editora-Chefe:** Manuella Santos de Castro

**Vendas Governamentais:** Cristiane Mutús

**Gerência Comercial:** Claudio Lima

**Produtora Editorial:** Andreza Moraes

**Revisão:** Ana Carolina Oliveira

**Diagramação:** Lucia Quaresma



Rua Viúva Cláudio, 291 – Bairro Industrial do Jacaré

CEP 20.970-031 – Rio de Janeiro (RJ)

Tels. (21) 3278-8069 / 3278-8419

[www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) – [altabooks@altabooks.com.br](mailto:altabooks@altabooks.com.br)

Ouvidoria: [ouvidoria@altabooks.com.br](mailto:ouvidoria@altabooks.com.br)



# SUMÁRIO

Introdução.....	1
(i). Ponto de partida: <i>Hadley v. Baxendale</i> .....	8
(ii). "Danos consequenciais" como categoria? .....	14
(iii). Perdas e danos no Direito brasileiro .....	20
(iv). Método.....	27
(v). Plano.....	36

## PARTE I:

### OS CONSEQUENTIAL DAMAGES NA ORIGEM

CAPÍTULO 1.1: <i>Lost profits</i> .....	39
1.1.1. <i>Consequential damages</i> não são equivalentes a <i>lost profits</i> .....	39
1.1.2. <i>Lost profits</i> podem ser <i>consequential damages</i> ou <i>direct damages</i> .....	44
CAPÍTULO 1.2: <i>Foreseeability: Special damages</i> .....	59
1.2.1. O curso ordinário, normal, geral das coisas .....	61
1.2.2. Circunstâncias especiais a partir das quais o contrato foi efetivamente celebrado: <i>Special damages</i> .....	66
1.2.2.1. Teste do acordo tácito e teste da previsibilidade razoável .....	69
1.2.2.2. Conhecimento, efetivo ou imputado, das circunstâncias especiais.....	77
1.2.3. Provável resultado do inadimplemento: Riscos prováveis.....	83
1.2.4. O momento da celebração do contrato.....	101
1.2.4.1. A regra é considerar o momento da contratação.....	101
1.2.4.2. Menor abrangência de responsabilidade em contratos do que em <i>torts</i> .....	105

<b>CAPÍTULO 1.3: Causation: Indirect damages</b> .....	113
1.3.1. Decorrência do inadimplemento do contrato "em si" .....	115
1.3.1.1. Danos externos ao contrato.....	116
1.3.1.2. Danos abrangidos pelo escopo contratual.....	134
1.3.2. Evitabilidade .....	148
<b>CAPÍTULO 1.4: Conclusão Parcial</b> .....	161

## PARTE II:

### OS CONSEQUENTIAL DAMAGES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

<b>CAPÍTULO 2.1: Lucros cessantes</b> .....	175
2.1.1. O conteúdo das perdas e danos: danos emergentes e lucros cessantes.....	176
2.1.2. Consequential damages podem ser lucros cessantes ou danos emergentes.....	185
<b>CAPÍTULO 2.2: Previsibilidade</b> .....	191
2.2.1. A previsibilidade como critério, antes da codificação.....	199
2.2.1.1. Conteúdo substantivo do dano previsível, fundamento da previsibilidade e afastamento em caso de dolo.....	200
2.2.1.2. Sobreposição de distinções: Danos previstos, imprevistos, diretos, indiretos, intrínsecos, extrínsecos, imediatos, mediatos e a subjetividade do devedor .....	208
2.2.2. O polêmico parágrafo único do artigo 1.059 do Código Civil de 1916 .....	216
2.2.2.1. Interpretação com ênfase no dolo .....	219
2.2.2.2. Interpretação gramatical e literal .....	224
2.2.2.3. Interpretação sistemática: Sobreposição com razoabilidade e causalidade.....	231
2.2.2.4. Aplicação prática.....	244
2.2.2.4.1. Supremo Tribunal Federal .....	245
2.2.2.4.2. Superior Tribunal de Justiça .....	253

2.2.3. Artigos 402 e 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002 .....	265
2.2.3.1. Razoabilidade dos lucros cessantes (artigo 402) .....	266
2.2.3.2. A subjetividade do lesante (artigo 944, parágrafo único).....	278
2.2.4. Conclusões Parciais: Consequential damages nem sempre são danos imprevisíveis, nem devem ser traduzidos como danos especiais .....	288
<b>CAPÍTULO 2.3: Causalidade: Danos Extrínsecos.....</b>	<b>297</b>
2.3.1. Dano indireto (ou mediato), acepções.....	303
2.3.1.1. Dano por ricochete .....	306
2.3.1.2. Dano temporalmente distante.....	309
2.3.1.3. Dano não necessário.....	311
2.3.2. <i>Consequential damages</i> são perdas e danos extrínsecos ao inadimplemento "em si" .....	320
2.3.3. A "inexecução", sob o prisma da probabilidade objetiva e do risco .....	332
2.3.3.1. Momento da contratação .....	333
2.3.3.2. Probabilidade de a consequência decorrer da inexecução.....	341
2.3.4. Danos evitáveis .....	350
2.3.4.1. A evitabilidade como limite.....	351
2.3.4.2. Consequential damages não são prejuízos consequentes (artigo 779 do Código Civil) .....	358
<b>CAPÍTULO 2.4: Conclusões.....</b>	<b>363</b>
<b>Referências .....</b>	<b>373</b>

## APRESENTAÇÃO

Reza o ritual acadêmico acompanhar o lançamento de um “primeiro livro” pela apresentação de seu autor. Essa tradição dá-me o ensejo, muito prazeroso, de traçar, em breves linhas, o perfil de Rafael Branco Xavier, conhecido por todos como Taga (o carinhoso diminutivo de *Tagarela*). E a razão para tanto certamente reside no fato de que, desde o ano de 2010, tenho a sorte de ter como sócio e amigo integrante do círculo dos meus afetos mais profundos, o autor desse *Consequential damages: lucros cessantes, previsibilidade e danos indiretos*.

Conheci Rafael um pouco antes, no primeiro semestre de 2009, quando lecionei a disciplina de História do Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Trata-se de uma disciplina do primeiro ano, o que me parece acertado porque a História é, no meu modo de ver, a mais perfeita porta de entrada na dimensão cultural do Direito. Foi uma curta e bela experiência, em que, afastando o currículo oficial, pude, com relativa liberdade e um certo pendor subversivo, acercar-me de uma história da mentalidade dos juristas com aqueles novatos e novatas que — espero — tenham ficado, dali para frente, bem vacinados contra o *Direito engravatado em jargões*, ou, ao menos, aprendido a dele desconfiar.

Um semestre depois, precisando contratar estagiário para o escritório, lembrei-me da prova feita por Rafael naquela disciplina de História, que me surpreendera pela fineza de seu raciocínio analítico. Uma viagem impediu que, então, ingressasse na minha equipe, mas, persistente como sou, não desisti. Pouco depois, voltei à carga, em decisão acertadíssima, confirmada, nos anos subsequentes, com a sua passagem ao estado de sócio.

Trabalhando basicamente com argumentação jurídica em artigos, pareceres e sentenças arbitrais, eu queria, mais do que um sócio burocrático, um *sparring* que batesse forte, mas com lealdade, auxiliando-me a testar a solidez dos argumentos, a higidez do raciocínio jurídico desenvolvido em face dos casos concretos. E consegui: com sagacidade, fineza analítica e dedicação invulgar ao estudo do Direito, Rafael aprendeu rapidamente a refinar seu olhar (mas não, felizmente, a endurecer os punhos!), a estabelecer as necessárias distinções e, muitas vezes, a desafiar-me com um gentil (mas duro e muito insistente) “será que?” que suscita, seguidamente, um exame sob novas perspectivas, sob novos ângulos de percepção dos problemas em exame.

A mente analítica de Rafael, a seriedade que dedica ao seu mister, a inesgotável curiosidade com as coisas do mundo, sua ética firme, resultado de uma educação embasada nos valores da honestidade, lealdade e generosidade, a alegria de viver, a excepcional simpatia que permite conquistar os mais diversos interlocutores, desenhavam, contudo, mais do que um *sparring*, um perfil vocacionado à vida acadêmica. Um conselho dado por Miguel, em 2017, foi decisivo em sua tomada de decisão para tanto. Ajuntou-se um caso em que dei parecer, tratando de um tema inédito em termos de literatura jurídica nacional — qual seja, a admissibilidade, ou não, em nosso sistema, dos *consequential damages* do direito de *common law* —, para que escolhesse o tema da dissertação, ora transformada em livro que vem a preencher lacuna em nossa doutrina.

O livro é oportuníssimo não apenas por seu inédito tema, mas, igualmente, por situar categorias da responsabilidade civil com firmeza e rigor, delas retirando as necessárias consequências teóricas e práticas. Contrasta, assim, com o *panorama cacofônico* que inunda o tema da responsabilidade civil, especialmente — embora não de modo exclusivo — aquele traçado em muitos dos livros que entre nós se publicam, destacando-se, ade-

mais, pelo adequado método comparatista que emprega. Ao comparar os *consequential damages* do *common law* com categorias do nosso sistema, Rafael se desvia dos perigos da importação de Direito Estrangeiro (que não é Direito Comparado), auxiliando-nos a evitar as arapucas do anacronismo e do valor meramente facial das palavras que usamos em nossas construções jurídicas.

No Prefácio a essa obra, o Professor Cristiano Zanetti, orientador escolhido por Rafael (em outra demonstração de sua sagacidade, já que Zanetti é um dos civilistas dignos dessa denominação), traçou pertinentes considerações sobre o tema. Sem querer invadir seara alheia, não posso, contudo, deixar de registrar a importância do livro ora entregue à apreciação pública. Essa importância reside, no meu modo de ver, em dois fatores.

O *primeiro* deles está na circunstância de a responsabilidade civil, como instituto jurídico, estar em permanente formação. Muito embora suas raízes se finquem em épocas arcaicas, fato é que esse instituto, voltado, funcionalmente, a reparar os danos causados injustamente em outrem, tem sofrido ao longo dos últimos duzentos anos — desde a Revolução Industrial, metaforizada pela invenção dos trens como meio de transporte, até a Revolução Digital, que estamos a vivenciar — os impactos de sempre novas e crescentes *fontes de danos*, bem como das também novas e crescentes formas de *interação social* entre sujeitos de direito, o que gera novas *formas de danos*. Esses impactos levam a refletir sobre os contornos deste seu pressuposto inafastável, o dano, não para dispensá-lo, mas para melhor refinar o seu alcance, ajustando-o à realidade dos fatos sociais.

O *segundo* fator vem da comunicação entre culturas jurídicas diversas que, ao se defrontar com idênticos problemas, oferecem soluções por vezes dissimiles, gerando distintas qualificações jurídicas. Assim ocorre, notadamente, com a interação entre a nossa cultura jurídica e aquela de *common law*. Nem sempre palavras assemelhadas traduzem idênticos conceitos, sendo preciso atenção ao lema dos comparatistas Konrad Zweigert e Hein

Kötz em sua obra seminal: “Il principio metodologico basilare di tutto il diritto comparato, dal quale derivano tutti gli altri principi metodologici (...) è quello della funzionalità”<sup>1</sup>.

Atento a essa valiosa pauta de método, Rafael Xavier não incorreu no vício de confundir a comparação jurídica com o anacrônico recorte e cole (ou a pura e simples citação) de soluções estrangeiras, mas se pôs, justamente, a comparar, *funcionalmente*, os danos assim qualificados em *common law* com categorias do Direito brasileiro. Teve presente que a expressão “*consequential damages*” é ambígua, abarcando vários focos de significações e buscou o seu refino segundo critérios reiterados pela doutrina, jurisprudência, legislação internacional e consolidações práticas posteriores ao reconhecimento do caso *Hadley v. Baxendale* — *leading case* na matéria —, para concluir: Assim se designam os danos ocasionados no âmbito de uma relação contratual que atingem interesses do credor externos àquele que tem em relação ao objeto da prestação. Considerar um dano como *consequential* envolve, como diz o autor, “critério de classificação das consequências negativas do inadimplemento que não se confunde com a sua indenizabilidade”.

Após um exaustivo e muito rigoroso exame da jurisprudência na qual foi fixada a noção de *consequential damages* em seus *loci* de origem, Rafael Xavier a contrasta com a de “perdas e danos”, tal como vigente no Direito brasileiro, para saber se os *consequential damages* identificam-se com a noção de lucros cessantes ou nela podem ser plenamente subsumidos, e em que medida. Aqui está, no meu modo de ver, o ponto alto do trabalho.

---

1 ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. *Introduzione al Diritto Comparato. Principi fondamentali*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 1998, p. 37.

O autor distingue entre os elementos de qualificação das modalidades de dano que integram, conceitualmente, a categoria das perdas e danos, a qual designa, por sinédoque, aquele *composto* formado pelo dano emergente e pelo lucro cessante<sup>2</sup>, para concluir: os lucros cessantes *não constituem prejuízos indiretos* (os quais, no ordenamento brasileiro, em regra não são danos indenizáveis); não há intercambialidade entre os lucros cessantes, no Direito brasileiro, e os *consequential damages* do Direito norte-americano. É que os primeiros deverão se apresentar sempre, sem exceções, como “prejuízos diretos”, sob pena de não serem indenizáveis a teor do art. 403, *in fine*. Já no Direito norte-americano, a categoria do *loss of profits* admite danos *direct* e *indirect*. Sendo assim, a coincidência entre *loss of profits* e lucros cessantes indenizáveis não é completa. No caso concreto é que haverá de ser comprovada a existência, ou não, de superposição — parcial — de ambos os conceitos.

Já por essas brevíssimas notas podem, leitoras e leitores, perceber a singularidade deste livro, bem como a de seu autor: a sagacidade, a curiosidade, o rigor analítico e a simpatia que acima destaquei como os pilares de sua personalidade se acham presentes em cada uma das linhas que escreveu. Boa leitura!

Campo Verde, setembro de 2024

**Judith Martins-Costa**

---

<sup>2</sup> Permito-me referir: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. Vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 548-551.

## PREFÁCIO

No curso da história, os estudos de direito dos contratos têm se dedicado a construção de categorias. A partir de um número circunscrito de tipos, posteriormente acrescido dos contratos atípicos, foi construída uma teoria geral que, de tão importante, contribuiu até mesmo para a criação da parte geral do direito privado.

Os estudos nesse sentido continuam a ser muito importantes, pois o incremento do número de tipos e da sofisticação dos contratos propõem novos desafios para que a teoria geral consiga se equilibrar entre a precisão conceitual e a aderência à realidade.

Malgrado sua relevância, tais estudos não esgotam as tarefas dos que se dedicam a esse ramo do direito. Para além da igualmente tradicional pesquisa sobre os tipos, há não muito tempo foi identificado um outro objeto de indagação. Trata-se do contrato que vem de fora, também chamado de contrato estrangeiro.

Com o incremento do fluxo de pessoas e bens havido nas últimas décadas, os contratos passaram a circular em escala global, de modo que transpor as fronteiras e as tradições em que foram gestados. Em particular, seja pela importância econômica, seja pela eficiência, seja, às vezes, por inércia, o intérprete do direito brasileiro se depara mais e mais com figuras cunhadas no *common law*.

Corresponde-lhe, então, compreender a prática e determinar sua repercussão jurídica entre nós.

Foi essa a tarefa de que se ocupou Rafael Branco Xavier na obra que agora vem ao conhecimento do público. O trabalho cuida dos chamados *consequential damages*, provenientes do direito inglês, a partir do caso *Hadley vs. Baxendale*, julgado em 1854, pela *Exchequer Court*.

Como revela a experiência, os *consequential damages* são objeto de um número sempre maior de cláusulas, normalmente celebradas para afastar seu ressarcimento. A estipulação cria embaraço ao intérprete brasileiro que não encontra apoio na tradição para precisar o sentido e os limites do que foi acordado entre as partes.

Ciente dessa dificuldade, na primeira parte do trabalho, o autor procura traçar os contornos da figura no âmbito do *common law*. Tal estudo se encontra subdividido em três capítulos, voltados, respectivamente, a diferenciar os *consequential damages* dos *loss of profits*, dos *special damages*, a partir da noção da *foreseeability*, e dos *indirect damages*, a partir da noção de *causation*.

Na segunda parte do trabalho, o autor trata da recepção dos *consequential damages* pelo direito brasileiro. Novamente, são três os capítulos dedicados ao exame da figura. No primeiro, o autor a distingue dos lucros cessantes. No segundo, aborda o critério da previsibilidade, que se encontrava expresso no Código Civil de 1916 e foi suprimido do Código Civil de 2002, sem que, todavia, tenha sido substituído. No terceiro, trata da causalidade, ocasião em que discorre sobre a nada trivial distinção entre danos diretos e indiretos.

Do cotejo entre a primeira e a segunda parte do trabalho, o autor conclui que, no direito brasileiro, os *consequential damages* devem ser entendidos como danos extrínsecos, por recaírem sobre objeto diverso do prestado.

A título ilustrativo, devem ser qualificados como extrínsecos tanto os danos causados à certa manada pela instalação equivocada do respectivo comedouro, conforme decidido pela *England and Wales Court of Appeal* em 1977, no caso *H. Parsons (Livestock) Limited v. Uttley Ingham*

*and Company Ltd.*, como os danos decorrentes da inscrição indevida em cadastro de devedores por instituição financeira, conforme julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2016, no caso que o autor denomina *Sotto Mayor v. BNB*.

De forma persuasiva, o autor afirma que tais danos comportam ressarcimento, desde que sejam imputáveis à parte inadimplente e estejam dentro da esfera de risco por ela assumida. Daí o interesse em excluí-los via acordo, sempre que os contratantes assim o desejarem.

O trabalho que Rafael Branco Xavier oferece à comunidade jurídica se encontra à altura dos desafios propostos pelo nosso tempo. O texto, agora aperfeiçoado, foi originalmente defendido como dissertação de mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Composta pela Professora Lilian San Martín, da *Universidad del Desarrollo*, em Santiago, no Chile, pela Professora Mariana Pargendler, da Fundação Getúlio Vargas, e pelo Professor Francisco Marino, da Universidade de São Paulo a banca examinadora aprovou o trabalho com louvor e recomendou sua publicação.

Fundado em pesquisa séria e consistente, o livro põe em evidência as virtudes da comparação jurídica, cujo aproveitamento nos permite lidar com propriedade com figuras que não respeitam divisões políticas e que, com o passar do tempo, deixam de ser estrangeiras, para se tornarem também nossas.

Joanesburgo, 27 de outubro de 2024

**Cristiano de Sousa Zanetti**

*Professor da Faculdade de Direito da USP*

# NOTA DO AUTOR

Este livro consiste em trabalho de comparação jurídica. Considera-se o modelo jurisprudencial dos *consequential damages* na *common law*. A partir de análise do caso seminal *Hadley v. Baxendale* (Reino Unido, 1854) e de seus desdobramentos, o estudo almeja compreender a categoria dos *consequential damages* à luz do Direito brasileiro

A investigação divide-se em duas partes, cada uma subdividida em três capítulos correspondentes.

Na primeira parte, os *consequential damages* são analisados na sua origem, a jurisprudência da *common law*. Na segunda parte, os critérios identificados na primeira são avaliados conforme o Direito brasileiro.

Os capítulos compreendem discussões centradas na responsabilidade contratual, a respeito de *lost profits*, *foreseeability* (ou *contemplation of both parties*), e *causation*, respectivamente lucros cessantes, previsibilidade e causalidade. Conclui-se que a qualificação como danos extrínsecos é a melhor opção disponível de tradução da categoria dos *consequential damages* contratuais para o léxico do Direito brasileiro.

Com base em perspectiva funcional, as tentativas de apreensão da categoria dos *consequential damages* como lucros cessantes, danos imprevisíveis, danos especiais, danos indiretos e prejuízos consequentes são rejeitadas — não sem antes ser apresentada reflexão sobre essas categorias e critérios indenizatórios conforme o Direito brasileiro.

Porto Alegre, outono de 2024