RENATA CARLOS STEINER

**Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito
Privado brasileiro**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Doutor Cristiano de Sousa Zanetti

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo

2016

RENATA CARLOS STEINER

**Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no Direito
Privado brasileiro**

Tese apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Associado Doutor Cristiano de Sousa Zanetti.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo

2016

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Carlos Steiner, Renata

Interesse positivo e interesse negativo: a
reparação de danos no Direito Privado brasileiro /
Renata Carlos Steiner ; orientador Cristiano de
Sousa Zanetti -- São Paulo, 2016.
349f.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2016.

1. interesse positivo. 2. Interesse negativo. 3.
Responsabilidade negocial. 4. Responsabilidade pré-
negocial. 5. Reparação de danos. I. de Sousa Zanetti,
Cristiano, orient. II. Título.

Sumário

Agradecimentos	i
RESUMO.....	ii
ABSTRACT.....	iii
RIASSUNTO	iv
Introdução	1

PARTE I - TEORIA -

CAPÍTULO 01 – INTERESSE, DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

–	8
1. Múltiplas concepções de <i>interesse</i> e seu sentido na responsabilidade civil	8
2. As expressões <i>interesse positivo</i> e <i>interesse negativo</i> : da proposição de Rudolf von Jhering à sua recepção subsequente	11
2.1 A apresentação do “ <i>Culpa in contrahendo</i> ” de Jhering.....	12
2.2 A proposição das noções de interesse contratual positivo e de interesse contratual negativo	17
2.3 O sentido da fórmula de síntese: interesse, contratual e positivo/negativo	19
2.4 A ambivalência das expressões em sua recepção posterior	21
3. Teorias explicativas do dano e o sentido da noção de “ <i>interesse</i> ”	22
3.1 A noção de <i>dano</i> como resultado da comparação entre situações jurídicas: teoria da diferença	23
3.1.1 A <i>teoria da diferença</i> : críticas e perspectivas	25
3.1.2 A utilidade do método comparativo e os <i>interesses positivo e negativo</i> : a quantificação do dano.....	31
3.2 Dano como violação a um interesse juridicamente tutelado: teoria do interesse.....	33
3.2.1 A lesão ao <i>interesse</i> como substrato do dano.....	33
3.2.2 A adoção da teoria do interesse no Direito brasileiro e a ampliação do conceito de dano	35
3.2.3 O <i>interesse protegido</i> e os <i>interesses positivo e negativo</i> : o fundamento da reparação.....	36
3.3 Perspectivas de complementariedade dos sentidos de <i>interesse</i> na compreensão do <i>par conceitual</i>	38
4. Os conceitos de <i>interesse positivo</i> e do <i>interesse negativo</i> e o Direito brasileiro.....	41

4.1	A função compensatória da responsabilidade civil	42
4.2	A noção de “situação hipotética sem o dano” e a possibilidade de definição aproximativa do <i>código binário</i>	43
4.3	Interesse positivo e situação hipotética de cumprimento do contrato	45
4.4	Interesse negativo e situação hipotética de inexistência de contatos negociais ...	46
5.	Delimitação do âmbito de aplicação dos conceitos e da tese proposta.....	47
5.1	Responsabilidade civil negocial ou pré-negocial	47
5.2	Responsabilidade por danos patrimoniais (<i>perdas e danos</i>)	48
5.3	<i>Interesse positivo, interesse negativo e interesse na integridade</i>	49
6.	Sequência	51
CAPÍTULO 02 – INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DISTINÇÃO –		52
1.	A fundamentação teórica da distinção entre <i>interesse positivo</i> e <i>interesse negativo</i>	52
1.1	A operacionalidade da distinção: a premissa quanto ao reconhecimento da força vinculante do contrato	53
1.2	Os diferentes desenvolvimentos teóricos em torno do <i>par conceitual</i>	54
1.3	A “ambígua dificuldade” do tema no Direito brasileiro e a justificativa de recurso aos desenvolvimentos estrangeiros	56
2.	A primeira fase de desenvolvimento do <i>par conceitual</i> : da proposição de Jhering à parcial acolhida no BGB.....	58
2.1	A formulação dos conceitos e a <i>culpa in contrahendo</i>	59
2.2	A primeira aproximação do <i>interesse negativo</i> à confiança em Windscheid	61
2.3	A recepção do <i>interesse negativo</i> no Código Civil alemão (BGB).....	63
2.4	Síntese do primeiro “dogma”: <i>contratos válidos vs. contratos não chegados à perfeição</i>	66
3.	A segunda fase de desenvolvimento do <i>par conceitual</i> : a ampliação da tutela pré-negocial e o recurso à boa-fé	66
3.1	O conceito alargado de obrigação e a centralidade do princípio da boa-fé	67
3.2	A <i>culpa in contrahendo</i> no Direito alemão e a aproximação definitiva à noção de confiança.....	69
3.3	A responsabilidade na fase pré-contratual nos sistemas romano-germânicos	73
3.4	Síntese do segundo “dogma”: violação ao cumprimento vs. violação à confiança	78

4.	Terceira fase de desenvolvimento do <i>par conceitual</i> : a impossibilidade de classificações absolutas	79
4.1	A expansão da tutela da confiança e a <i>ubiquidade</i> do conceito	80
4.2	<i>Reliance interest</i> ou <i>interesse na confiança</i> no common law	85
4.3	A ruptura dos “dogmas” e o reconhecimento contemporâneo da distinção	89
5.	Interesse positivo e interesse negativo, (des)cumprimento e confiança: uma vinculação não necessária.....	94
6.	Sequência	95
	CAPÍTULO 03 – INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO: CONFORMAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO –.....	97
1.	Interesse positivo e interesse negativo: o caminho para afirmação do <i>par conceitual</i> no Direito brasileiro.....	97
1.2	Compatibilidade, utilidade e aplicabilidade do <i>par conceitual</i> no Direito brasileiro	99
2.	A compatibilidade dos conceitos às regras de responsabilidade civil	101
2.1	A desnecessidade de previsão legal do <i>par conceitual</i>	105
2.2	A fundamentação jurídica dos conceitos no Direito brasileiro	107
2.3	Diálogo com os pressupostos de responsabilidade civil	109
2.4	Adequação à regra da extensão do dever de reparar (art. 944 CC)	113
3.	A utilidade da distinção na responsabilidade civil brasileira	116
3.1	Os paradoxos do reconhecimento do <i>par conceitual</i> : necessária releitura da distinção em ordenamentos estrangeiros	117
3.2	Os paradoxos do não reconhecimento do <i>par conceitual</i> : a diretriz possibilitada pela adoção dos conceitos	121
3.3	A solução de paradoxos e o equilíbrio entre os dois extremos	125
4.	A aplicação dos conceitos: a proposição de um <i>duplo filtro</i>	126
4.1	Primeiro filtro: o momento em que o <i>evento lesivo</i> ocorre.....	127
4.2	Segundo filtro: a análise aprofundada da definição do <i>evento lesivo</i>	129
4.3	A aplicação do <i>duplo filtro</i> e os grupos de casos analisados	132
4.3.1	A aplicação do <i>duplo filtro</i> na responsabilidade pré-negocial pela não formação do contrato	132
4.3.2	A aplicação do <i>duplo filtro</i> na responsabilidade pela falta de cumprimento do contrato	133

5.	Sequência	134
----	-----------------	-----

PARTE II
- APLICAÇÃO -

CAPÍTULO 04 – A COMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR: PERDAS E DANOS NO INTERESSE POSITIVO E NO INTERESSE NEGATIVO –	137
--	-----

1.	A composição das <i>perdas e danos</i> no interesse positivo e no interesse negativo	137
1.1	Delimitação conceitual da expressão <i>perdas e danos</i>	138
1.2	Rubricas indenizatórias: danos emergentes e lucros cessantes	142
2.	Composição da indenização medida pelo interesse positivo	144
2.1	A recolocação do lesado na situação de cumprimento do contrato.....	145
2.2	Perdas e danos que substituem o cumprimento (e a prestação)	150
2.2.1	O equivalente pecuniário à prestação descumprida: especificamente nas obrigações de dar	151
2.2.2	Conversão <i>abstracta</i> da prestação vs. cálculo <i>concreto</i> do prejuízo: obrigações de dar e obrigações de fazer	158
2.2.3	O caráter flexível da indenização <i>no lugar da prestação</i> : as teorias da sub-rogação e da diferença.....	163
2.3	Perdas e danos que complementam a indenização	170
3.	A composição da indenização medida pelo <i>interesse negativo</i>	173
3.1	Danos emergentes: especialmente despesas realizadas	175
3.1.1	A inutilidade ou o desaproveitamento de despesas	177
3.1.2	A vinculação necessária à <i>confiança</i>	181
3.1.3	O critério da razoabilidade	184
3.2	Lucros cessantes: oportunidades alternativas.....	185
3.3	Indenização pela perda de uma chance?	192
4.	Síntese	194

CAPÍTULO 05 – RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-NEGOCIAL EM CASOS DE NÃO FORMAÇÃO DO CONTRATO –	195
--	-----

1.	Delimitação do objeto de estudo	195
2.	O processo de formação negocial e sua proteção no Direito brasileiro.....	200
2.1	As diferentes intensidades da vinculação pré-negocial	204
2.2	Relação jurídica pré-negocial e deveres de boa-fé e de confiança.....	210
3.	O dano indenizável na responsabilidade civil por <i>não formação do contrato</i> ...	215

3.1	Responsabilidade pela ruptura injustificada de negociações	216
3.1.1	A definição do interesse indenizável	218
3.1.2	O alcance da indenização na jurisprudência brasileira	224
3.2	Responsabilidade pela infração do <i>dever de contratar</i> na fase pré-negocial.....	237
3.2.1	A “revogação” da proposta irrevogável	238
3.2.2	A excepcionalidade do <i>dever de contratar</i> decorrente da confiança.....	247
3.3	O recebimento tardio da aceitação e o dever de informar.....	251
4.	Sequência	253
CAPÍTULO 06 - RESPONSABILIDADE CIVIL E DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL -		254
1.	Responsabilidade civil por descumprimento contratual e a definição do dano indenizável	254
2.	O sistema do descumprimento contratual no Direito brasileiro	257
2.1	Delimitação do sentido de descumprimento contratual relevante à aplicação do <i>par conceitual</i> : proteção ao sinalagma	257
2.2	Consequências da falta de cumprimento: o sistema brasileiro de proteção contra o inadimplemento.....	260
2.2.1	Primeiro momento: prevalência do cumprimento <i>in natura</i>	260
2.2.2	Segundo momento: opção entre cumprimento pelo equivalente e a resolução..	264
2.3	O caráter dinâmico dos remédios e sua interação com o problema da reparação de danos	269
3.	Manutenção do contrato e indenização por <i>perdas e danos</i>	272
3.1	Cumprimento pelo equivalente e indenização substitutiva.....	273
3.1.1	Cumprimento pelo equivalente: abrangência e limitações práticas	274
4.	Resolução do contrato e indenização por <i>perdas e danos</i>	277
4.1	O “falso problema” da incompatibilidade lógica da reparação do <i>interesse positivo</i> na resolução	279
4.1.1	Preliminarmente: a lógica que justifica o remédio resolutivo	282
4.1.2	Efeito constitutivo negativo: a resolução não afasta a ocorrência do descumprimento contratual	283
4.1.3	Efeito liberatório e restitutivo: independência em relação à tutela indenizatória	287
4.1.4	A incompatibilidade de recurso à equiparação entre resolução e invalidade	291
4.1.5	A inexistência de enriquecimento sem causa: a compensação entre prestação, contraprestação e o efeito restitutivo (<i>método da diferença</i>)	293

4.2	O Direito comparado: nítida tendência da afirmação da compatibilidade no âmbito do Direito comparado	297
4.3	O direito brasileiro: análise jurisprudencial da resolução da compra e venda de bens imóveis.....	304
5.	A indenização por despesas desaproveitadas: proteção <i>negativa</i> do contrato? .	314
6.	Síntese	321
	Conclusões	323
	Referências bibliográficas	330

Agradecimentos

Por vezes, o recurso a lugares comuns é útil e, quiçá, inevitável: o trabalho realmente não teria sido realizado sem a ajuda preciosa de muitas pessoas que se fizeram presentes no meu caminho, e a elas devo meu eterno agradecimento.

Por me auxiliarem com a busca de acórdãos, com leituras parciais e sinceras dos capítulos, com cópia de textos, com o envio de livros no original não publicado, com ideias, com um telefonema, com um e-mail, com um doce, com um presentinho, com uma mensagem de celular, com flores, com um prazo, com uma petição, com uma minuta de contrato, com indicação de bibliografia, com uma tradução, com o empréstimo de livros, com textos de *Fernleihe*, com discussões sobre o exemplo da compra e venda de imóveis (e foram tantas!), com um almoço, com um jantar, com o dia anual da lasanha, com uma carona para o aeroporto, com a procura de um texto perdido no meio de tantos outros, com uma conversa além-mar, com um café, ou simplesmente pela companhia mesmo durante a minha ausência ao longo das idas e vindas de São Paulo, do período de estudos na Alemanha ou nos últimos meses de escrita, muito obrigada.

Ao meu orientador, Professor Doutor Cristiano Zanetti, por me abrir as portas da Universidade de São Paulo e por sempre acreditar que o trabalho teria um fim, mesmo quando as inúmeras vicissitudes do tema pareciam levar a crer no contrário. Ao Professor Dr. Hans Grigoleit, por me receber na Ludwig-Maximilians Universität em Munique.

Aos meus tios Maria Cristina e Felix, e aos meus primos Caro e Fran, por me propiciarem um verdadeiro lar em São Paulo durante o período dos créditos. E à Cookie por sempre fazer festa quando ouvia o barulho da mala entrando e saindo do elevador.

E meu especial obrigada àquele que me permitiu tornar a sala de jantar em um grande escritório (e a varanda em uma pequena sala de jantar), e por aturar uma bagunça nunca antes vista na nossa bagunça de sempre: espero um dia poder retribuir a sua paciência e prometo que deixarei a casa arrumada a tempo de começarmos tudo de novo.

RESUMO

STEINER, Renata Carlos. Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no Direito privado brasileiro. 349 pg. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Ainda que inexistente um mandamento legal expresso no Direito brasileiro, é intuitivo pensar a responsabilidade civil a partir da recondução da parte levada a um estado hipotético na qual estaria não fosse o evento que obriga à reparação. Esse pensamento, reiterado na afirmação de que a indenização deve reconstituir (mesmo que de maneira aproximativa) o *status quo ante*, corresponde à função compensatória da responsabilidade civil. Ocorre, porém, que no que toca ao dano patrimonial ocorrido no *iter* negocial (ou seja, na responsabilidade pré-negocial ou na negocial) haveria de se anotar que a situação hipotética sem o dano nem sempre é *anterior* ao *evento lesivo*, podendo ser *posterior* a ele. É o que se passa, com evidência, na indenização pelo equivalente ao descumprimento contratual, em que se confere ao credor lesado algo que ele não possuía antes, em lugar do cumprimento da obrigação. É essa dualidade de direcionamentos, vinculada a uma fórmula comparativa de obtenção do dano indenizável, que compõe o significado das expressões *interesse (contratual) positivo* e *interesse (contratual) negativo*. No primeiro caso, reconduz-se o lesado a uma situação *positiva* em relação ao contrato, que se poderia chamar de *ad quem*. Ela corresponde à situação em que o lesado estaria se o contrato houvesse sido adequadamente cumprido. No segundo caso, reconduz-se a parte a uma situação *negativa* em relação ao contrato, que se poderia chamar de *a quo*. Corresponde, por sua vez, à situação em que estaria não houvesse iniciado as negociações voltadas ao contrato. A dualidade representada por esse *par de conceitos*, proposto originalmente por Rudolf von Jhering em meados do século XIX, é ainda pouco explorada no Direito brasileiro, embora não se possa qualificá-la como desconhecida. Os conceitos mostram-se não apenas plenamente compatíveis com a regras de responsabilidade civil nacionais, como extremamente úteis à solução de problemas centrais localizados no diálogo entre esse ramo do Direito Civil e o Direito dos Contratos. É nesse *locus* que a tese se desenvolve, para sustentar a aplicabilidade dessa distinção ao Direito Privado brasileiro como, essencialmente, uma nova forma de pensar o *dano in contrahendo* e o *dano contratual*. A lógica da aplicação dos conceitos permite revisitar a forma pela qual usualmente se enxerga a relação jurídica de reparação e, não apenas, também reaviva a compreensão de aspectos essenciais da transformação do Direito das Obrigações, os quais compõem, em grande medida, o substrato da aplicação da distinção. Para tanto, buscou-se inicialmente fomentar a apresentação teórica do *interesse positivo* e do *interesse negativo* – estudando seu significado, seus desenvolvimentos teóricos e sua adequação ao Direito brasileiro – ao que se segue a proposição de sua aplicação. Dada as limitações do texto, essa depuração é realizada estritamente no âmbito da responsabilidade pela não formação do contrato (responsabilidade pré-negocial) e da responsabilidade negocial propriamente dita, compondo a segunda parte do trabalho.

Palavras-chave: interesse positivo; interesse negativo; responsabilidade civil; descumprimento contratual e responsabilidade pré-negocial.

ABSTRACT

STEINER, Renata Carlos. Expectation interest and reliance interest: damages compensation in the Brazilian Private Law. PhD Thesis. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Despite the absence of any express rule to this effect in Brazilian Law, it is nevertheless intuitive to think of civil liability as a commandment to restore the parties to the position each would have enjoyed if the event giving rise to liability had never occurred. This understanding of civil liability is frequently expressed as the idea that damages should bring the aggrieved party to the *status quo ante*, by way of compensating him for the damages suffered. In regards to material damages suffered during the contractual *iter* (i.e. in precontractual liability or in liability for breach of contract), one should notice that the hypothetical situation on which the party would be without the occurrence of damages is not always a situation that existed *previous* to its occurrence. That is exactly what occurs in damages *in lieu of performance*, by which the aggrieved party receives compensation for something he in fact never had before. This duality of directions can be understood by the expressions *expectation interest* and *reliance interest*. According to the former, the plaintiff must be placed in a positive situation vis-à-vis the contract, a status that can be called *ad quem*. In other words, the plaintiff will get his benefit of the bargain, and will obtain what he would have received if the contract had been correctly performed. According to the latter, the aggrieved party must be placed in a *negative* situation vis-à-vis the contract, which can be called an *status a quo*. This seeks to recreate the situation in which the plaintiff would have been if the contract had never even been formed or its negotiations had never been initiated. This way of thinking about damages – or this *pair of concepts* – was originally proposed by Rudolf von Jhering in the mid-nineteenth century. While its application is still little explored in Brazilian Law, it is not completely unknown to the Brazilian jurisprudence. Both of these theories as to the proper function of civil liability are compatible with Brazilian liability rules, and may indeed represent extremely useful solutions to some fundamental problems in modern discourse on civil liability rules and the law of contracts. It is precisely at here that this thesis is developed, advocating for the full applicability of the foregoing concepts in the Brazilian Private Law, thereby leading to a new way of thinking about damages, both *in contrahendo* and *in contractu*. The inherent logic of both concepts allows not only to revisit the usual framework by which the law of damages is considered and applied, but also underlines some major transformations in the Law of Obligations. In order to prove its suitability, this thesis initially presents the theoretical foundations of *expectation interest* and *reliance interest*, and reviews the meaning and development of these concepts in the context of examining their compatibility with Brazilian law. This is followed by an argument proposing the application of these theories in situations involving both pre-contractual liability and breach of contract.

Keywords: expectation interest; reliance interest; civil liability; breach of contract and precontractual liability.

RIASSUNTO

STEINER, Renata Carlos. Interesse positivo e interesse negativo: la riparazione del danno nel Diritto Privato brasiliano. Tesi di dottorato. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Sebbene un'espressa previsione normativa sia inesistente nel diritto brasiliano, si è soliti definire la responsabilità civile prendendo le mosse dalla riconduzione della parte danneggiata nello stato ipotetico ove questa si troverebbe qualora non si fosse verificato l'evento dannoso. Tale concezione, incentrata sull'affermazione per cui il risarcimento debba ricostituire (anche solo in misura approssimativa) lo *status quo ante*, corrisponde alla funzione compensatoria della responsabilità civile. Si rende necessario, tuttavia, notare che, quanto al danno patrimoniale verificatosi nell'*iter* negoziale (ovverossia nell'ambito della responsabilità pre-negoziale o negoziale), la situazione ipotetica in assenza del danno non è sempre quella *antecedente rispetto all'evento lesivo*, potendo essere anche *successiva* rispetto a questo. È quanto accade, evidentemente, nel caso di risarcimento per equivalente rispetto all'inadempimento contrattuale, ove si conferisce al creditore danneggiato qualcosa che questi non possedeva precedentemente, in luogo dell'adempimento dell'obbligazione. La suddetta duplice ipotesi, legata ad una formula comparativa di ottenimento del danno risarcibile, costituisce il significato dei concetti di *interesse (contrattuale) positivo* e *interesse (contrattuale) negativo*. Nel primo caso, si riconduce il danneggiato ad una situazione *positiva* in relazione al contratto, che potrebbe denominarsi *ad quem*. Questa corrisponde alla situazione in cui il danneggiato si troverebbe qualora il contratto fosse stato debitamente adempiuto. Nel secondo caso, la parte viene ricondotta ad una situazione *negativa* in relazione al contratto, che potrebbe essere denominata *a quo*. Trattasi, a sua volta, della situazione in cui la parte si troverebbe qualora le negoziazioni orientate alla conclusione del contratto non avessero avuto inizio. La duplicità rappresentata dai concetti appena menzionati, proposta originariamente da Rudolf von Jhering alla metà del secolo XIX, è ancora poco esplorata nel diritto brasiliano, sebbene non possa certo ritenersi sconosciuta. I concetti si rivelano non solo pienamente compatibili con le regole della responsabilità civile interna, quanto anche estremamente utili alla soluzione dei problemi centrali insiti nel dialogo tra il relativo ambito del diritto civile e il diritto dei contratti. La presente tesi prende le mosse proprio in questo *locus*, per dimostrare l'applicabilità della suddetta distinzione al diritto privato brasiliano quale, essenzialmente, nuovo modo di concepire il *danno in contrahendo* e il *danno contrattuale*. La logica dell'applicazione dei concetti permette di rivisitare la forma in cui tradizionalmente si fonda la relazione giuridica di riparazione del danno e, ancora, stimola la comprensione degli aspetti essenziali della trasformazione del diritto delle obbligazioni, i quali compongono, in larga parte, il substrato dell'applicazione della distinzione. Si è voluto pertanto concentrarsi inizialmente sulla definizione teorica di interesse positivo e interesse negativo – mediante lo studio del relativo significato, sviluppo teorico e adeguamento al diritto brasiliano – a cui fa seguito il proposito della sua applicazione. Alla luce delle limitazioni del testo, tale applicazione è realizzata strettamente nell'ambito della responsabilità per la mancata conclusione del contratto (responsabilità pre-negoziale) e della responsabilità negoziale propriamente detta, quale oggetto della seconda parte del presente lavoro.

Parole chiave: interesse positivo; interesse negativo; responsabilità civile; inadempimento contrattuale e responsabilità pre-negoziale.

Introdução

Uma encomenda de mercadorias e um equívoco na indicação do sinal de libra com o de quilo. Foi o que bastou para que Rudolf von Jhering se debruçasse sobre o estudo de tema que viria a ser definido com uma das maiores descobertas jurídicas do Direito alemão em um período de século. E, permite-se dizer, não apenas do Direito alemão.

Seu “*Culpa in contrahendo ou indenização por contratos nulos ou não chegados à perfeição*”, originalmente publicado em meados do século XIX¹, parte do singelo reconhecimento de que contratos inválidos também podem gerar danos reparáveis, na medida em que frustram expectativas do contratante que confiou na sua validade. Esses danos, contudo, não se confundem com aqueles derivados do descumprimento contratual.

Alguém pretende encomendar ¼ de caixa de charuto e, por equívoco, transmite a informação de aquisição de quatro caixas ou, no caso da indicação das libras, indica por equívoco a ordem de compra em quilos. As mercadorias são enviadas e, posteriormente, recusadas. Para Jhering, seriam hipóteses de erro invalidante. Quem responderia pelas despesas de envio das mercadorias rejeitadas por força da invalidade?

Guiado pelo que chamou de “*senso de justiça*”, o jurista afirmava inconcebível uma solução que não conferisse à parte lesada a indenização pelo prejuízo sofrido. Ao propor a solução a problemas práticos análogos, acabou por lançar luzes sobre questão fundamental que transcendia a já inovadora afirmação de existência da *culpa in contrahendo*: a determinação do dano reparável na responsabilidade pré-negocial, àquela altura vinculada à formação inválida do contrato.

Seria mesmo difícil depurar de seu texto uma única *descoberta jurídica*. Nele fundam-se as bases que fomentariam a tutela da *confiança* pré-negocial, o reconhecimento da existência de deveres de proteção e de boa-fé antes mesmo da formação do contrato e, não menos importante, a distinção entre o *interesse (contratual) positivo* e o *interesse (contratual) negativo*, tema do presente estudo.

Os conceitos foram concebidos como verdadeiras *fórmulas sintéticas* de representação do dano indenizável. No *interesse positivo*, o lesado deveria ser reconduzido à situação em que estaria se o contrato houvesse sido cumprido. Já no *interesse negativo*, a

¹ JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

recondução pautar-se-ia pela situação em que estaria se não houvesse iniciado as negociações. Os adjetivos *positivo* e *negativo* referenciam-se ao contrato.

Enquanto no primeiro o sentido da reparação é afirmativo em relação ao pacto, no segundo ele é negativo, não se podendo reconduzir o lesado à situação de cumprimento. A distinção, ao menos nos limites do texto original, guiava-se pela validade e pela invalidade do contrato, respectivamente, separando danos *in contractu* e *in contrahendo*.

No exemplo das caixas de charutos, o interesse positivo corresponderia ao preço que o vendedor esperava obter com a venda do produto, sendo obstado pela decretação de invalidade; o interesse negativo, abarcaria as despesas de envio, tornadas inúteis com a invalidade do contrato, e seria indenizável justamente em razão desta.

A dualidade de direcionamento coloca em evidência o desacerto de se pensar a reparação de danos como vocacionada à recomposição do estado anterior ao evento lesivo. Isso é verdadeiro quando esse direcionamento volta-se ao *status quo* (*interesse negativo*), não porém no *interesse positivo*, que se dirige a um *status ad quem*.

Não tardou para que os conceitos passassem a ser estudados, dentro e fora da Alemanha. A distinção entre os *interesses* é não apenas lógica, mas também extremamente útil à solução do problema indenizatório. A essa expansão, e com a mesma intensidade, seguiram-se relevantes críticas voltadas ao âmago da distinção.

Embora não se possa qualificar seu desenvolvimento como linear, é fato inconteste que as noções de *interesse positivo* e *interesse negativo* mantiveram-se com vigor no Direito alemão e, para além dele, em grande parte das demais ordens jurídicas. Os conceitos, ainda que sob ótica diversa, são também encontrados no *common law*.

O sucesso da teorização, cujo eco possivelmente nem Jhering poderia antever, é dentre outros motivos compreensível pelo fato de que a distinção dos *interesses* desenvolve-se conjuntamente a temas centrais no Direito das Obrigações. A sua história e o seu desenvolvimento confundem-se com as transformações havidas nesse ramo no Direito, pois conferem respostas às hipóteses lesivas nele abrangidas.

Com efeito, e para além da dicotomia entre *validade* e *invalidade* – acompanhando a evolução do tratamento da *culpa in contrahendo* – esse par de conceitos é útil à definição da relação jurídica de reparação dos danos patrimoniais que ocorrem em todo o *iter* negocial. Abrangem, portanto, as hipóteses de *não formação do contrato*, de *formação inválida ou ineficaz* bem como de *descumprimento contratual*.

Em suma, sempre que se puder distinguir entre a recondução do lesado a uma situação *positiva* ou a uma situação *negativa* em relação ao contrato, está-se diante do campo de aplicação dos conceitos originalmente propostos por Rudolf von Jhering. E, exatamente por levar em consideração um parâmetro *contratual*, sua função é intimamente relacionada à reparação do dano patrimonial e às *perdas e danos*.

A referência histórica à proposição de Jhering é relevante para compreensão do sentido das expressões de síntese que o jurista alemão cunhou, e que ainda marcam a sua compreensão. Sua aplicação contemporânea, contudo, não apenas escapa aos limites de sua proposição, como deve ser realizada à luz de determinado ordenamento jurídico.

E, nesse contexto, pode-se afirmar que os conceitos, embora não sejam desconhecidos no Direito brasileiro, certamente não foram aqui estudados em toda a sua potencialidade. Desconhece-se um estudo verticalizado sobre o tema, sendo pontuais as menções ao *par conceitual*, usualmente realizadas à luz de circunstâncias lesivas específicas, como a *ruptura de negociações* e a *resolução* do contrato.

O objetivo da tese é preencher esse espaço vazio, o que se faz por defender que a adoção dos conceitos é extremamente útil à concretização da função compensatória da responsabilidade civil, permitindo construir de forma adequada a conformação da relação jurídica de reparação do dano patrimonial. Há, com efeito, uma situação paradoxal derivada da inexistência de parâmetros seguros à determinação do dano indenizável.

Nem se diga que a recondução às regras de responsabilidade civil seriam suficientes para tal desiderato. Não há dúvidas de que a indenização por *perdas e danos* deva abranger prejuízos causados direta e imediatamente pelo evento lesivo (art. 403 CC) bem como que, uma vez definido o prejuízo em seu sentido jurídico, esse será a medida da indenização de danos (art. 944 CC). Isso é, contudo, algo um tanto abstrato.

Corroborando o quanto afirmado a discrepância existente entre produções acadêmicas voltadas à definição de hipóteses lesivas e, por sua vez, a restrição de estudos que tenham como objetivo a fixação de parâmetros indenizatórios ou o estudo do *dano* propriamente dito. A consideração reflete-se na prática forense brasileira, muito enfocada no *an* e pouco no *quantum debeatur*, como se um pudesse ser concebido sem o outro.

Em caráter instrumental, os conceitos de *interesse positivo* e *negativo* permitem bem definir qual seria a *situação hipotética* em que o lesado estaria não fosse o *evento lesivo* e, assim, pautar a construção da relação jurídica de reparação. Essa será voltada à reparação das *perdas e danos*, bem como definida pelo critério de causalidade, e abará todos os danos

(comprovados) cuja reparação seja necessária a essa recondução. Seu direcionamento *positivo* ou *negativo* poderá levar a resultados diversos.

A menção ao *interesse*, por sua vez, tem o condão de sublinhar que a reparação de danos é medida pelo *interesse* da parte lesada, compreensível de forma concreta. Ou seja, os conceitos atuam como *instrumentos* de aplicação dessas mesmas regras gerais que, abstratas que são, devem ser adequadamente obtidas *in concreto*.

Sua função, portanto, não é alterar o resultado obtido pela aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil – com os quais atuam de forma coordenada – mas otimizar a sua aplicação. Conforme se demonstrará ao longo do trabalho, a *ausência* de parâmetros objetivos quanto ao direcionamento dessa reparação potencializa a obtenção de resultados indenizatórios diametralmente opostos na prática brasileira.

A tese se desenvolve no íntimo relacionamento entre os conceitos – síntese do resultado indenizatório – e as hipóteses lesiva às quais se aplicam. Não se trata de um trabalho que possa ser adequadamente vinculado apenas à responsabilidade civil ou apenas ao direito contratual. Ao contrário, é no justo encontro entre ambos que se desenvolve a utilidade dos conceitos, sendo também nele que se desenvolve o texto.

A exposição divide-se em duas grandes partes, identificadas como uma apresentação *teórica* (Parte I) e uma apresentação *prática* (Parte II) dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*. Cada qual, divide-se em três capítulos.

O texto se abre com a apresentação do sentido da nomenclatura *interesse positivo* e *interesse negativo*, profundamente embasada no alcance conferido ao termo *interesse* (Capítulo 1). A compreensão mostra-se essencial, não apenas porque o vocábulo assume um sentido próprio quando vinculado às expressões, como porque esse mesmo sentido permeia a compreensão de todo o restante da tese. Ele, por sua vez, é ainda essencialmente marcado pelo sentido conferido ao termo por Rudolf von Jhering.

Uma vez definido o alcance do termo *interesse*, o Capítulo 2 dedica-se a traçar um panorama geral do desenvolvimento teórico dos conceitos a partir de experiências estrangeiras. Nela, observa-se um movimento contínuo de busca de critérios seguros para definição das hipóteses lesivas abrangidas por cada componente do *par conceitual* que, contudo, acabaram por levar a verdadeiros *dogmas* quanto às hipóteses de aplicação.

A superação de tais limitações conduziu à conclusão – comum em diferentes ordenamentos jurídicos – de que a definição do *interesse* reparável deva ser realizada *in concreto*, a partir das regras usuais de responsabilidade civil.

Aproveitando-se do caminho percorrido no Direito estrangeiro – em especial na Alemanha, na Itália e em Portugal –, e exatamente para não se cometer os mesmos equívocos apontados no desenvolver do texto, finaliza-se a apresentação teórica dos conceitos com sua análise à luz da experiência jurídica nacional, perpassando a verificação da compatibilidade, da utilidade e da forma de aplicação dos conceitos e do *par conceitual* (Capítulo 3).

Sendo as respostas obtidas positivas, abre-se então o tratamento de alguns aspectos práticos do *par conceitual*, que compõem a Parte II do trabalho. Ele se inicia com a apresentação das rubricas indenizatórias abrangidas pelo *interesse positivo* e pelo *interesse negativo*, ou seja, da composição das *perdas e danos* devidas por aplicação de cada um desses parâmetros indenizatórios (Capítulo 4).

A ele seguem-se os dois capítulos finais, dedicados ao tratamento da aplicação dos conceitos nas hipóteses de responsabilidade pré-negocial pela *não formação* do contrato (Capítulo 5) e da responsabilidade negocial pela *falta de cumprimento* (Capítulo 6). No primeiro deles, os enfoques são colocados na hipótese de *ruptura injustificada de negociações* e, no segundo, na *resolução por falta de cumprimento*.

É verdade que o âmbito de aplicação dos conceitos é potencialmente inesgotável, não se pretendendo reduzi-lo às hipóteses estudadas. Ocorre que, assim como uma apresentação apenas dogmática dos conceitos não seria suficiente para adequada apresentação – os conceitos tomam via quando aplicados –, um estudo abrangente de grupos de aplicação careceria da profundidade esperada no desenvolvimento da tese.

É essa a razão pela qual se preferiu realizar uma análise mais profunda de alguns grupos de casos específicos, do que apresentar de modo horizontal de uma pluralidade de grupos de casos, cujo tratamento especificado poderia ser comprometido nos limites do texto. Isso também justifica a escolha pelo não tratamento da *formação de contratos inválidos*, cujas peculiaridades são tantas que comprometeriam a unidade do texto.

Temas essenciais ao Direito das Obrigações são trabalhados no percurso da tese. Dentre eles, destacam-se a compreensão da relação obrigacional como um processo, a sua complexidade interna, a incidência do princípio da boa-fé, a tutela da confiança e a existência de inúmeras patologias e de remédios colocados à disposição da parte lesada. A todos se revisita com as lentes voltadas à definição do dano indenizável.

É exatamente nisso que reside o caráter original da tese: há um nítido problema no pensar a reparação do dano patrimonial ocorrente no *iter* contratual no Direito brasileiro e está em tempo de propor soluções ao problema de sua indenização. Os conceitos

apresentados são relevantes instrumentos para essa finalidade, e flexíveis o suficiente para fomentar as soluções necessárias à dinâmica responsabilidade civil.

PARTE I
- TEORIA -

CAPÍTULO 01 – INTERESSE, DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES –

As expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* ligam-se à solução de problemas centrais de responsabilidade civil e de direito contratual. O seu uso, contudo, não pertence aos cotidianos forense ou acadêmico brasileiros, constatação essa que justifica, preliminarmente, a apresentação de ambos os conceitos.

É logo na nomenclatura das expressões que esse estudo deve ser iniciado. Isso porque, e em grande medida, o seu conteúdo é obtido pela definição do termo *interesse*, o qual lhes confere significado. É, portanto, imprescindível a identificação do(s) sentido(s) assumidos pelo vocábulo na compreensão das expressões apresentadas.

Sendo a noção jurídica de *interesse* bastante plural, afirmação verdadeira tanto em um contexto geral, como no âmbito específico da responsabilidade civil, é imperioso identificar qual seja o sentido que assume nas noções de *interesse positivo* e *interesse negativo*. E, nesse contexto, vê-se uma ligação quase simbiótica entre conteúdo e nomenclatura, sendo justamente essa elucidação que se objetiva neste capítulo.

1. Múltiplas concepções de *interesse* e seu sentido na responsabilidade civil

O vocábulo *interesse* pertence de forma indissociável ao estudo do Direito e é utilizado nos mais diferentes contextos, tanto no Direito Público como no Direito Privado. Apesar de sua utilização recorrente, e em certa medida justamente por isso, não há uma teoria jurídica que lhe seja explicativa, colocando-se mesmo à prova a possibilidade de sua construção, dada a inexistência de um sentido unívoco do termo.²

Essa polissemia é de plano constatada no fato de que a palavra *interesse*, na linguagem comum, remonta a um aspecto subjetivo de *desejo* ou *necessidade* do sujeito cuja importação, na crítica de Emilio Betti, contribuiria para uma compreensão aproximativa e imprecisa do significado jurídico do termo.³ De fato, o sentido técnico do termo não poderia ser obtido a partir do uso corrente do termo na linguagem comum.

É certo que, em alguns casos, o elemento subjetivo (e *a priori*, não jurídico), é internalizado no Direito. É que se passa, por exemplo, no rompimento de tratativas por *falta*

² Do ponto de vista metodológico, contudo, e conforme lição de Paulo Mota Pinto, o tratamento sistematizado do *interesse* é justificado. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 482).

³ BETTI, Emilio. Interesse. In: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Editrice Torinese: Torino, 1968, p 838.

do interesse na contratação ou na conversão da mora em inadimplemento absoluto pelo *exaurimento do interesse na prestação*.⁴ Ainda que seu significado possa remontar a uma compreensão prévia ao Direito, sua qualificação jurídica afasta a possibilidade de serem compreensão do conceito no sentido meramente psicológico do conceito.

A existência de múltiplas acepções do vocábulo mantém-se mesmo quanto a usos estritamente técnicos do termo. Com efeito, há exatas cinquenta e quatro menções expressas ao termo no Código Civil brasileiro, as quais perpassam todos os livros da legislação civil e, assim, não se referem unicamente a um único significado.

Refere-se, por exemplo, ao *interesse* do sujeito como substrato de legitimidade – como o interesse na anulação (art. 168, CC), em sentido análogo à *legitimidade processual* –, à qualificação do objeto contratual do mandato e do seguro (*i.e.* a atuação e a asseguarção de um *interesse*), o mesmo se passando na gestão de negócios (arts. 653, 757 e 861, CC) e às qualificações dos *interesses* ligados aos direitos reais (*interesse social, legítimo, do condomínio e dos possuidores*, por exemplo).⁵

E, mesmo na ausência de menção legislativa ao termo, o termo é relevante juridicamente e empregado em inúmeros contextos. Especial relevância deve ser conferida à utilização da compreensão de *interesse* no âmbito da responsabilidade civil.

Com efeito, o Código Civil brasileiro não adota a noção de infração a um *interesse* para designar o objeto de proteção da norma, remetendo, antes, à violação a um direito (art. 186, CC).⁶ Diferentemente se passa no art. 81, *caput*, CDC⁷, o qual remete o intérprete à fórmula *interesse juridicamente tutelado* como objeto de tutela.

Nessa acepção, o interesse é visto como objeto de proteção da norma, ao lado ou em substituição à noção de *direito subjetivo*, sendo a identificação dos conceitos objeto de

⁴ No primeiro caso, vide ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela ruptura de negociações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 177-187 (“ruptura em razão da perda do interesse na celebração do contrato”) e, no segundo, Agostinho Alvim, que trabalha o conceito de inutilidade da prestação a partir do ponto de vista do credor e de seu interesse. (ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3ª edição, atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 67-68).

⁵ Os principais dispositivos legais brasileiros serão transcritos quando citados pela primeira vez no texto, sem referência posterior à citação. Dispositivos de Códigos estrangeiros são citados também na primeira vez em que aparecem no texto, em tradução livre, ao que se seguirá a referência cruzada à nota de rodapé respectiva quando aparecerem em mais de um momento no texto. Somente se deixará de referenciar à tradução quando o dispositivo este for citado inúmeras vezes ou for de conhecimento reiterado (como o § 242 BGB, por exemplo).

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

relevantes críticas.⁸ Sem descer aos pormenores dessa relevante discussão, há de se anotar que, sem maiores controvérsias, a noção de *dano* no Direito brasileiro é usualmente referenciada à violação de um *interesse juridicamente tutelado*, mesmo na ausência de uma definição legal expressa e inclusive para além dos limites do Direito Privado.⁹

Ora, se *direitos* ou *interesses* são objetos de proteção, a definição de *dano* ou o *prejuízo* pode ser identificada à sua violação. Daí porque, e conforme a síntese de Judith Martins-Costa, o prejuízo deva ser dimensionado “em relação ao legítimo interesse daquele que sofreu o dano”.¹⁰ Trata-se de uma compreensão recorrente do vocábulo, malgrado a inexistência desse sentido específico na legislação civil.

A multiplicidade de significados possíveis do termo *interesse*, apresentada aqui de forma apenas exemplificativa, importa em reconhecer a inviabilidade de uma compreensão apriorística do sentido que o vocábulo assume nas expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*. Para essa definição é preciso, pois, elucidar a função exercida pelos conceitos, bem como a razão pela qual eles se ligam à noção de *interesse*.

Do ponto de vista da função desempenhada, os conceitos – concebidos como *par conceitual*, *código binário* ou *par antagônico*¹¹ – voltam-se à definição do dano indenizável, desenvolvendo-se no âmbito responsabilidade civil. A constatação permite, de plano, delimitar o *locus* de desenvolvimento da tese.

No que toca ao sentido da sua nomenclatura, a proposição das expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* deve ser historicamente apreendida, colocando em dúvida a

⁸ Relevantes críticas postam-se contrárias à identificação das noções, tanto na doutrina brasileira, como estrangeira. A título exemplificativo, destaca-se, no Brasil, a crítica de Orlando Gomes, que objeta os acentos colocados no interesse juridicamente protegido na definição de *interesse subjetivo*, pois levaria em consideração apenas o fim, e não os meios para alcançá-lo. (GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Coordenador Edvaldo Britto. 19ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Britto e Reginalda Paranhos de Britto. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97). E, em Portugal, a de Manuel A. Domingues de Andrade, para quem a noção de interesse, embora subjacente a qualquer direito, não faz parte de sua estrutura, mas de sua função. Dentre outros argumentos, a ligação entre direito subjetivo e interesse juridicamente protegido seria desmentida pelo reconhecimento de que o direito não está limitado ao interesse que fundamentou o seu surgimento. (ANDRADE, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. I. Sujeitos e Objecto. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 7-10).

⁹ No Direito Penal, por exemplo, o termo é usado para qualificar o objeto de proteção da norma “(...) não basta a mera adequação do fato empírico ao tipo penal (tipicidade formal), mas sim que esse fato se contraponha, em substância, ao bem ou ao interesse juridicamente protegido (tipicidade material), hipótese de absolvição prevista no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (...)” (STJ, AgRg no REsp 1365154/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013, grifou-se).

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 169.

¹¹ A melhor compreensão dos conceitos é realizada a partir da comparação entre eles. Paulo Mota Pinto refere-se em sua obra a *par conceitual* (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 06 e passim) e Helge Dedek a *par antagônico* ou *código binário* ou (DEDEK, Helge. Negative Haftung aus Vertrag. Mohr Siebeck: Tübingen, 2007, p. 16 e 171, respectivamente). As expressões serão utilizadas indistintamente ao longo deste trabalho.

adequação de uma simples transposição do sentido de interesse usualmente adotado no Direito brasileiro no âmbito da responsabilidade civil.

Há uma verdadeira ligação simbiótica entre a compreensão do termo *interesse* e o conteúdo representado pelas expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, algo que se denota tanto do contexto de sua proposição inicial por Rudolf von Jhering,¹² como da forma pela qual essa mesma proposição se refletiu na sua recepção posterior.

E a afirmação sustenta-se mesmo quando reconhecido que a nomenclatura por ora adotada não seja unívoca, havendo outras que ora mantêm a vinculação ao termo *interesse*¹³, ora o substituem pelo vocábulo *dano*.¹⁴ Ponto nodal é, contudo, reconhecer que, não bastasse o recurso às expressões *interesse positivo* e *negativo* ser mais usual,¹⁵ a opção por nomenclatura diversa pressuporia também a compreensão de seu conteúdo.

É o bastante para justificar um reenvio à fórmula originalmente proposta por Jhering, necessária à definição do sentido conferido às expressões.

2. As expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*: da proposição de Rudolf von Jhering à sua recepção subsequente

No caminho que parte da depuração de múltiplos significados do termo *interesse* até a compreensão exata de seu sentido nas expressões *interesse positivo* e *negativo*, o retorno ao texto original no qual ambas foram cunhadas é duplamente justificado.

Primeiramente, sobressai o fato de que as expressões não são uma realidade posta, mas, sim, *nomen juris* criados por Rudolf von Jhering, a partir da utilização do vocábulo *interesse* em um sentido específico. E, não menos importante, deve-se anotar que sua

¹² JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo...

¹³ São denominações substitutivas que se mantiveram vinculadas ao termo *interesse*, o “interesse no cumprimento” (*Erfüllungsinteresse*) e o “interesse na confiança” (*Vertrauensinteresse*).

¹⁴ As fórmulas “*dano de (des)cumprimento*” (*Nichterfüllungsschaden*) e “*dano de confiança*” (*Vertrauensschaden*) por exemplo, são adotadas por Karl Larenz ao lado das consagradas expressões *interesse positivo* e *negativo*, respectivamente. (LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: C.H. Beck, 1987, p. 430 § 27, II, 4). No Brasil, Araken de Assis adota a nomenclatura *dano positivo* e *dano negativo*, referindo-se a eles, contudo, como o “interesse indenizável”. (ASSIS, Araken. Dano positivo e dano negativo na resolução do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 60, março 1994, pp. 121-128).

¹⁵ O acerto da afirmação verifica-se no fato de que, no mais das vezes, a utilização dos termos é feita sem qualquer justificativa, tratadas, portanto como “dados postos”. É o que se denota, exemplificativamente, em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 340 e ss. § 4.248 e ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral. Vol. II. Reimpressão da 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 63 e ss.

proposição é definida pelo jurista alemão como nítida *fórmula de síntese*¹⁶, apenas sintetizando um conteúdo que lhe é prévio, cuja compreensão é imprescindível.

Essencial, nesse contexto, é anotar que a existência de um diverso direcionamento da reparação de danos representado pelas expressões já havia sido apontada por outros juristas antes mesmo de Jhering¹⁷, como ele mesmo reconhece ao apresentá-los.¹⁸ Seu grande mérito foi propor uma nomenclatura para os conceitos aqui trabalhados.¹⁹

E não se trata de algo de menor monta, como uma primeira leitura poderia indicar: a fusão dos conceitos em uma nomenclatura sintética fundou ambiente propício para uma ampla investigação deste *código binário*, conforme se passa a elucidar.

2.1 A apresentação do “*Culpa in contrahendo*” de Jhering

Algumas construções jurídicas são mais facilmente compreendidas quando analisadas no contexto de seu surgimento.²⁰ É esse certamente o caso do “*Culpa in contrahendo ou indenização por contratos nulos ou não chegados à perfeição*”, texto publicado por Rudolf (von) Jhering em 1861,²¹ cuja relevância é até hoje referenciada.²²

A afirmação justifica-se não apenas pelo fato de que as expressões *interesse positivo* e *negativo*, como acima afirmado, foram cunhadas como *fórmulas de síntese* e, portanto,

¹⁶ Rudolf von Jhering, ao propor a nomenclatura *interesse contratual positivo* e *interesse contratual negativo*, o fez pelo que chamou de “razão de síntese”. (JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., pp. 12-13).

¹⁷ Conforme Dieter Medicus, a distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* foi primeiramente trazida à lume por Friedrich von Savigny (no terceiro volume de seu Sistema de Direito Romano atual, de 1840: “em decorrência da fraude deve o vendedor colocar o comprador no lugar em que estaria se não tivesse sequer cogitado o negócio jurídico”) e, posteriormente, também por Friedrich Mommsen (Contributo para o Direito das Obrigações, de 1853). Deve-se, contudo, a von Jhering a nomenclatura que hoje se reconhece, e aqui se trabalha. (MEDICUS, Dieter. *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*. Böhlau Verlag: Köln, 1962, p. 313).

¹⁸ Jhering faz referência expressa à obra de Friedrich Mommsen. (JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 12).

¹⁹ Na expressão de Helge Dedek, Jhering teria, de forma memorável e inteligente, “dado nome à criança”. (DEDEK, Helge. *Negative Haftung*..., p. 161).

²⁰ É o que afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva quando do tratamento da *violação positiva do contrato* que, para ele, exigiria o retorno à história de seu surgimento. A expressão, cunhada por Hermann Staub (1904) é não raro trabalhada ao lado da *culpa in contrahendo* para designar as duas mais importantes descobertas da doutrina alemã no período de um século. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das Obrigações*. (Coleção Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 7. Coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2007, p. 42).

²¹ Há certa controvérsia sobre a data exata de publicação do texto. A versão mais citada, inserida no Jherings *Jahrbücher*, é de 1861. Porém, na reunião de textos de autoria do jurista (*Gesammelten Aufsätzen*), a data de publicação indicada é 1860. (ACKERMANN, Thomas. *Der Schutz des negativen Interesses*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 25, NR 1).

²² Assim, por exemplo, ainda hoje é comum a referência expressa ao texto de Jhering para explicação da *culpa in contrahendo*. É com ela, por exemplo, que Stefan Lorenz abre seu texto sobre o tema, publicado em 2015. (LORENZ, Stefan. *Grundwissen – Zivilrecht: culpa in contrahendo* (§ 311, II, III BGB). In: *JuS* 5/2015, p. 398).

vinculadas ao contexto de sua proposição, mas essencialmente pela consideração de que o próprio jurista partia de uma exposição conceitual para propô-las.

É evidente que o sentido de seu texto não poderia ser aprisionado apenas a uma interpretação, o mesmo se podendo dizer em relação às inúmeras discussões por ele fomentadas. À finalidade do trabalho, contudo, é suficiente compreender o contexto *jus cultural* de seu surgimento, bem como apresentar a razão pela qual surge um *código binário* para explicar dois direcionamentos possíveis da reparação de danos.

O texto da *culpa in contrahendo* vem a lume em meados do século XIX, no ambiente alemão profundamente marcado pela *Pandectística* e, fundamentalmente, pela preocupação com o retorno às fontes romanas. Rudolf von Jhering não escapa a essa preocupação, ao contrário, ela é perceptível desde o início de sua exposição.²³

Não se desconhece que, à época da publicação, o jurista alemão vivia um período de transição, que posteriormente culminaria em sua ardente crítica à jurisprudência dos conceitos, marca da ciência jurídica de seu tempo.²⁴ Já um jurista de renome²⁵, contudo, começava com a publicação aqui referenciada a mostrar o afastamento de uma concepção meramente conceitualista do Direito, em busca da solução a problemas práticos.²⁶

Com efeito, o texto se abre com a elucidação de questões práticas, uma delas impulsionada por experiência vivida pelo próprio autor: a citada encomenda das caixas de charuto.²⁷ Diante da divergência não intencional entre *vontade* e *declaração*, Jhering

²³ Tanto assim que, Jhering abria seu texto com a preocupação de encontra embasamento nas fontes romenas. Após encontra-lo – não sem críticas posteriores, - afirmou que sua teoria “pisava em solo firme, em conformidade com as fontes”. (JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo...*, p. 06). Paradoxalmente, é também na fundamentação em fontes romanas que reside uma das mais frequentes críticas dirigidas aos conceitos que propôs. Conforme análise de Paulo Mota Pinto, as críticas predominantes reconduzem-se à forma de utilização das fontes romanas, ou seja, “ao seu método e à forma como teria manipulado as fontes”. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual...*, vol. I, p. 179-181).

²⁴ A crítica de Jhering à jurisprudência dos conceitos é realizada de maneira bastante jocosa em seu “No céu dos conceitos jurídicos” (*Im juristischen Begriffshimmel*) de 1884. Ao tempo da publicação do texto aqui mencionado, contudo, pode-se afirmar que Jhering ainda estava em momento de transição. Para uma melhor compreensão desta passagem, iniciada em meados do século XIX, vide LARENZ, Karl *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª edição. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2009, pp. 56-57 e WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004, pp 514-518, este último referindo-se “a uma auto-destruição massiva da jurisprudência dos conceitos” por Jhering a partir da metade do século XIX (p. 515).

²⁵ Conforme Helge Dedek, ao publicar o “*Culpa in contrahendo...*”, o jurista alemão já era “a Lenda”. (DEDEK, Helge. *Negative Haftung...*, p. 162).

²⁶ É o que expressa MOTA PINTO, Paulo. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. VI e VII.

²⁷ O exemplo foi elucidado na introdução da tese: “Uma pessoa pretende encomendar ¼ de caixas de charuto e, por equívoco, transmite a informação de que pretende adquirir quatro caixas (...) As mercadorias são enviadas e, posteriormente, recusadas. Para Jhering, tratava-se de hipótese de erro invalidante. Quem responderia pelas despesas de envio das mercadorias rejeitadas por força da invalidade?”

questionava quem responderia pelos custos de remessa e retorno das mercadorias, recusadas pela ocorrência de *erro* na indicação da quantidade de caixas encomendada.

Outros exemplos “*manualísticos*”²⁸ são narrados por Jhering para a identificação do problema que pretendia solucionar: (a) alguém encomenda 100 libras de uma mercadoria e, por falha na comunicação, confunde o sinal da libra com o de quilo; (b) em comunicação telegráfica dirigida a uma casa bancária, o mandatário confunde-se o verbo “comprar”, com “vender” (o que se justifica no contexto da língua alemã, em que apenas um sufixo – “*ver*” – distingue os verbos *kaufen* e *verkaufen*); e (c) um cocheiro ou um quarto de hotel são reservados para data ou local equivocados.²⁹

Em todos, o autor entende como contrário a um “*sentimento de justiça*” (*Rechtsgeföhl*) a adoção de solução que deixasse de conferir ao lesado a indenização pelos prejuízos suportados em decorrência da invalidação do contrato. Tais prejuízos, por sua vez, não seriam obtidos em comparação ao contrato, que não se formou validamente, mas estariam delimitados aos custos inúteis ou aos lucros obstado.³⁰

Somente após expor a conclusão pretendida – ou seja, que o *errante* deveria responder pelos danos causados ao destinatário da sua declaração, qualificado como *inocente* – é que o texto parte em busca do enquadramento da solução desejada nas fontes romanas. Há uma nítida inversão metodológica, a qual não passou despercebida pela doutrina e que compõe um grupo de relevantes críticas dirigidas ao texto.³¹

Exatamente na busca da fundamentação da solução adota é que se inicia o caráter inovador do texto, uma vez que não havia no Direito romano um enquadramento exato para fundamentar a responsabilidade respectiva. À aplicação da responsabilidade contratual, faltava justamente um contrato validamente formado. À configuração da responsabilidade

²⁸ Assim os define ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 27.

²⁹ JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo..., pp. 03-05 e 16.

³⁰ Jhering diferenciava o lucro adiado e do lucro obstado. No caso de prestação de serviços (tal como na venda de artigos que saíam de moda, de livros publicados em nova edição, em bilhetes de loteria e do peixe que apodreceu), a invalidade do contrato faria com o que o lucro esperado seja obstado. No caso de compra de produtos fungíveis ou não perecíveis, o lucro é apenas adiado, podendo ser recuperado. Exatamente por isso que, no caso da caixa de charutos (b), NR 27 *supra*, caso se possa considerar que a venda das caixas devolvidas é ainda possível, havendo apenas adiamento do lucro. (JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo..., p. 17).

³¹ Conforme análise de Paulo Mota Pinto, as críticas predominantes feitas reconduzem-se à forma de utilização das fontes romanas, ou seja, “ao seu método e à forma como teria manipulado as fontes”. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 179-181).

extracontratual, por sua vez, inexistiam as exigências para configuração da *actio doli*³² ou violação a bens jurídicos específicos para a *actio legis aquilae*.³³

Na ausência de uma *cláusula geral de indenização* de proteção do patrimônio em si considerado – nota característica não apenas do Direito romano, como também do Direito alemão à época de Jhering e até a contemporaneidade – verificava-se uma lacuna no sistema de responsabilidade. Surge, então, a proposição de uma culpa na conclusão dos contratos, para a qual se conferiu o nome de *culpa in contrahendo*.

A proposição da existência de responsabilidade anterior à formação do contrato, embasada na *culpa* e não vinculada à infração de nenhum bem jurídico específico era, nitidamente, subversiva.³⁴ O mesmo se poderia dizer no que toca à fundamentação conferida à *culpa in contrahendo* por Rudolf von Jhering.

À luz de fundamentos até hoje bastante controvertidos,³⁵ a culpa na formação dos contratos foi expressamente reconduzida pelo jurista aos quadrantes da responsabilidade contratual, e não extracontratual. Assim o fez, essencialmente, para desvincular a *culpa in contrahendo* das restrições do sistema de proteção aquiliana, vinculação essa que impediria a obtenção do resultado reparatório por ele desejado (e pressuposto).

Para Jhering, o tráfego negocial distinguir-se-ia do tráfego extracontratual por importar deveres positivos, e não puramente negativos. Na sua visão, “(...) não apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar

³² A *actio doli* não seria aplicável justamente por faltar o dolo da parte errante, que de forma *negligente* causou a invalidade do contrato. (MEDICUS, Dieter. Zur Entdeckungsgeschichte der *culpa in contrahendo*. In: Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag. Hermann Böhlau Nachf.: Wien, Köln, Graf, 1986, p. 170).

³³ Na lição de Cristiano de Sousa Zanetti, a frustração da confiança não correspondia “às características exigidas pela *actio legis aquilae* para que o *damnum* fosse ressarcido pela parte culpada”, em especial porque as fontes romanas, inclusive após desenvolvimentos no período final do direito romano, não conheciam a ideia do dever geral de indenizar. (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 38).

³⁴ A conclusão é definida por Judith Martins-Costa como *subversiva* no contexto da Pandectística alemã do século XIX, o que impulsionaria a fratura do dogma absoluto da vontade. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000, p. 492).

³⁵ Exemplificativamente, podem-se destacar três interpretações diversas e igualmente aceitáveis desta recondução da *culpa in contrahendo* (no seu contexto original) à responsabilidade contratual: a) para Menezes Cordeiro, ela se justifica “por força das condições especiais em que a referida culpa veio a se concretizar”, sendo na própria *culpa* que se fundamentaria o dever de reparação (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé no Direito Civil. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001, p. 531); b) para Cristiano de Sousa Zanetti, o fundamento repousaria na eficácia do contrato nulo (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 44) e, por fim, c) para Judith Martins-Costa, ele repousaria na identificação da *culpa in contrahendo* à culpa “objetivada” contratual, em contraposição àquela fluida que compõe o *neminem laedere*. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 409, destaque no original).

sob a proteção das regras sobre a *culpa*”,³⁶ o que justificaria a existência de uma diligência especial não reconduzível às exigências do *dolus* ou da *culpa aquiliana*.

A decretação de invalidade, por sua vez, não teria o condão de extinguir todos os deveres contratuais, mas apenas aqueles de cunho principal. Dentre os efeitos acessórios que seriam mantidos, encontrava-se a responsabilidade pela reparação de danos.³⁷

É patente a contradição existente entre a premissa e a conclusão da noção exposta por Jhering. Isso porque, ao admitir que os exemplos por ele narrados configurariam *erro* invalidante, o jurista alemão mantém-se ainda vinculado à *teoria da vontade*.³⁸ Com efeito, em todos eles há divergência não intencional entre vontade e declaração, a qual é solucionada em favor da primeira – fundamento da invalidação por *erro*.

Ora, se a *vontade* era fundamento para configuração do vínculo contratual, então o caráter contratual da responsabilidade pela *culpa in contrahendo* não soaria natural, justamente porque inexistente um vínculo voluntário. A constatação, realizada com precisão por Thomas Ackermann, permite afirmar que a natureza contratual da responsabilidade era solução meramente *provisória* ou *necessária* naquele contexto.³⁹

É incontestável que apesar das críticas – ou até mesmo por conta delas⁴⁰ – a proposição da *culpa in contrahendo* impulsionou relevantes desenvolvimentos no Direito das Obrigações. Dentre eles, destaca-se aquele referente ao alcance da responsabilidade fundada na fase formativa, o qual foi acompanhado pelo igual desenvolvimento do *código binário* ora estudado.

³⁶ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 32.

³⁷ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 24.

³⁸ Em suma, pela *teoria da vontade* compreende-se que o elemento constitutivo do negócio seja a vontade interna do declarante de forma que, havendo divergência entre essa e a vontade declarada, deveria prevalecer a primeira. É o típico caso do exemplo da compra das caixas de charutos de Jhering, em que o erro não intencional era resolvido em favor do declarante *errante*. Como se sabe, porém, não é a *teoria da vontade* que chega ao BGB de 1900, embora fosse ele ainda dominante no contexto doutrinário do século XIX. Nesse contexto, costuma-se referenciar ao Código alemão como representante da *teoria da declaração*, em contraposição à solução francesa que, um século antes, conferia mais valor à vontade. Uma visão crítica sobre essas definições absolutas de tomadas de posição dos dois ordenamentos é realizada por Antônio Junqueira de Azevedo, que exemplifica justamente com a hipótese do erro invalidante – que se manteve no BGB – e parece mesmo centrar-se na teoria da vontade. Vide AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74 e sg.

³⁹ Thomas Ackermann considera que a concepção do interesse negativo se encontra fora do contrato (*außervertragliche Konzeption*), ainda que Jhering tenha expressamente referido a ela como contratual. (ACKERMANN, Thomas. *Der Schutz*..., pp. 27).

⁴⁰ Não é de menor importância notar que algumas das falhas do escrito de Jhering, ou mesmo algumas omissões de fundamentação, possam ter sido responsáveis pelo estrondoso eco que sua doutrina causou no Direito alemão. Assim afirma Paulo Mota Pinto, para quem os defeitos, “ou, até, justamente por eles”, o trabalho de Jhering é verdadeiro marco na doutrina jurídica. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual*..., vol. I, p. 180).

2.2 A proposição das noções de interesse contratual positivo e de interesse contratual negativo

Afirmada a existência de fundamento nas fontes romanas para responsabilidade civil por *culpa in contrahendo* – àquela altura definida como uma espécie de *culpa contratual* –, Rudolf von Jhering se voltou à definição da composição dos danos reparáveis. Foi exatamente aí que a noção de *interesse* veio à tona.

Ora, ainda que aplicável ao regime da responsabilidade contratual, não se poderia deixar de anotar a distinção fundamental existente entre a hipótese de *invalidação* do contrato e aquela de *descumprimento do contrato*. Em suma, o fato de haver um regime único não permitiria concluir que idênticos seriam os prejuízos reparáveis.

Sendo o contrato inválido, dele não se poderia extrair um dever de prestação ou de cumprimento, o qual restaria extinto com a decretação de invalidade. Seria, portanto, contrário à decretação de invalidade que a indenização respectiva recolocasse o lesado na situação de cumprimento do contrato invalidamente formado. Essa recondução somente seria cabível na hipótese de descumprimento de contratos válidos.

Foi, em essência, a partir a dicotomia entre *validade* vs. *invalidade* que se apresentou um duplo direcionamento dos danos: de um lado, poderia haver *interesse na manutenção do contrato*, ou seja, no *cumprimento*, o que pressupunha a existência e validade do pacto; por outro, poderia haver *interesse na não conclusão do contrato*, o qual se ligava à invalidade do contrato. Apenas por razões de síntese, o primeiro foi denominado *interesse contratual positivo* e, o segundo, *interesse contratual negativo*.⁴¹

A proposição surge para diferenciar os direcionamentos possíveis da reparação do *dano contratual*⁴², o qual não poderia mais ser entendido como dotado de um sentido unívoco. Outrossim, haveria um dano causado pelo descumprimento e outro, também contratual, causado pela *culpa in contrahendo*.

Da mesma forma, a imposição do dever de reparar, ainda que voltado à recondução do lesado à situação em que estaria se *não houvesse contratado*, serviria para equilibrar a

⁴¹ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo...*, pp. 12 e 13.

⁴² Conforme se infere da lição de Eduardo Tomasevicius Filho, “Jhering foi obrigado a criar esta distinção entre interesse positivo e interesse negativo, porque, para ele, o fundamento da *culpa in contrahendo* seria a responsabilidade contratual, e ele precisava modificar esta responsabilidade para os contratos que não se formaram”. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé*. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2007, p. 439).

invalidação do contrato, especialmente na hipótese de erro, impondo ao *errante* a não causação de danos à parte inocente, que confiou na sua validade.⁴³

No exemplo da venda das caixas de charutos, o dano indenizável corresponderia às despesas de porte e retorno das mercadorias que foram rejeitadas por não corresponderem à quantidade desejada, ou seja, ao *interesse contratual negativo*. Em que pese haver responsabilidade contratual, ela não abrangeria o lucro esperado com a venda das mercadorias, pois esse corresponderia ao *interesse contratual positivo*.⁴⁴

Abstraindo-se a discussão sobre o acerto da posição voluntarista no caso específico do *erro* – ao leitor brasileiro, as hipóteses tratadas por Jhering parecem não preencher o suporte fático do erro substancial invalidante e, certamente, não seriam conduzíeis à *nulidade* como no texto original⁴⁵ –, não se poderia negar que o dever de prestação não encontra, em princípio, fundamento em contratos nulos ou anuláveis.

A distinção vislumbrada por Jhering era, sem dúvida, bastante lógica. A existência de um dever de reparar nas hipóteses de *invalidade* ou de *validade* não poderia levar à conclusão de que os *danos reparáveis* em cada qual sejam idênticos. Resta, então, compreender de maneira mais especificada o alcance das expressões *interesse (contratual) positivo* e *interesse (contratual) negativo*.

⁴³ Há doutrina que entende a *culpa in contrahendo* como teoria autônoma àquela da *vontade*, sendo a diferença entre elas representada pelo fato de que a primeira admitiria a indenização do *interesse negativo*. Vide, por todos, ANDRADE, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. II. Facto jurídico, em especial negócio jurídico. Almedina: Coimbra, 2003, pp. 155-156.

⁴⁴ Voltando-se novamente ao Direito romano, Jhering indicava a existência desse duplo direcionamento na *actio redhibitoria*, em que a resolução do contrato delimitava a indenização ao interesse negativo e na *actio quanti minoris*, na qual a manutenção do contrato seria dirigida ao interesse positivo. (JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo..., p. 13).

⁴⁵ Como se sabe, o *erro* é hipótese de anulabilidade no Direito brasileiro (art. 138, CC, “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio). Embora a redação do dispositivo seja discutível – especificamente no que toca à ao sujeito da frase “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal” – não parece suscitar dúvidas de que o erro na indicação da quantidade de caixas de charuto que se pretendia adquirir não seja, em tese, um erro invalidante, pois causado por grande negligência da parte errante. Nesse caso, a recondução à reparação do *interesse negativo* no caso de erro não seria tão evidente pois, ao invés de permitir a invalidação com reparação de danos, o Direito brasileiro mostra-se mais tendente a não permitir a invalidação. Assim, por exemplo, o entendimento de José Carlos Moreira Alves em relação ao dispositivo, para quem “manteve-se a concepção subjetiva de negócio jurídico, não com o absolutismo do Código Civil, mas litigada, em que se leva em consideração, para efeito dos defeitos do negócio jurídico, a responsabilidade por parte daquele que declara a sua vontade e os aspectos de confiança daquele que recebe essa vontade.” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto do Código Civil. In: Revista CEJ, vol. 3. N. 9, set./dez. 1999, disponível em «<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>», acesso em 04.01.2016).

2.3 O sentido da fórmula de síntese: interesse, contratual e positivo/negativo

A proposição da nomenclatura *interesse contratual positivo e negativo* como *fórmula de síntese* não constituiu uma escolha terminológica meramente casual. Para bem elucidar seu conteúdo, imprescindível anotar que as expressões são compostas por três conceitos distintos, todos essenciais à definição: *interesse*, *contratual* e *positivo/negativo*.

Os dois últimos não parecem suscitar maiores controvérsias, especialmente quando estudados nos quadrantes do texto original da *culpa in contrahendo*.

Para Jhering, o qualificativo *contratual* fundamentava-se pelo caráter também contratual da *culpa in contrahendo*. Mas, mais do que isso, representava também o parâmetro de comparação do direcionamento *positivo e negativo* da reparação de danos, o qual é referenciado em relação ao *contrato*.

Exatamente por isso, a qualificação dos direcionamentos é facilmente compreendida. Na medida em que o *interesse contratual positivo* volta-se à situação de cumprimento do contrato, busca-se uma situação positiva em relação a ele; a mesma lógica é aplicável ao *interesse contratual negativo*, hipótese em que a recondução à situação anterior à formação do contrato equivale a uma situação relacional negativa.

Confirmando o que se expôs na abertura do capítulo, o ponto nodal à compreensão das expressões repousa justamente no alcance do termo *interesse*. É ele que confere essência à nomenclatura proposta por Jhering, devendo ser estudado com maior atenção.

E, diferente dos demais termos, que podem ser inferidos do texto original do jurista alemão – ou por expressa definição, ou por indução lógica – a escolha do termo *interesse* somente é compreendida em um aspecto conjuntural e, portanto, dependente de algumas considerações que circundam o ambiente de surgimento do texto de Jhering.

Antes de estudá-lo, contudo, é imprescindível anotar que, em causa, não está a noção de *interesse juridicamente tutelado* como *direito subjetivo*, teoria devida também a Rudolf von Jhering e resultado de frutuoso embate travado contra a teoria que o fundamentava na vontade, ou no “poder de querer” do sujeito.⁴⁶ Vem à tona, novamente, a impossibilidade de uma compreensão apriorística do termo.

⁴⁶ Vide, por todos, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 565, p. 234-235 e AUER, Marietta. Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds. In: AcP Bd. 208 (2008), p. 593 e sg.

Ao tempo da publicação do texto aqui analisado, não apenas essa compreensão não havia sido apresentada de forma definitiva pelo jurista⁴⁷, como também o termo *interesse* – frise-se, novamente, como mera *fórmula de síntese* para representar o direcionamento da indenização – foi utilizado para propor a solução de problemas pontuais de responsabilidade civil e não à definição do conceito de *direito subjetivo*.

Na precisa lição de Helge Dedek, não há no texto de Jhering a definição de *interesse*, mas, antes, um uso técnico do vocábulo na definição do dano reparável. Uma construção filosófica, aliás, sequer encontraria respaldo na teoria da *culpa in contrahendo*, ainda fortemente marcada pela construção pandectística de seu tempo.⁴⁸

Desfeita o que poderia ser uma compreensão apressada da noção de *interesse* e focalizando o conceito no âmbito da responsabilidade civil, há de se notar que, no contexto do século XIX, o termo vinculava-se à noção romana de *id quod interest*,⁴⁹ cuja exata compreensão pressupõe algumas considerações circundantes ao texto de Jhering.

A primeira delas, é o estudo de Friedrich Mommsen,⁵⁰ dedicado à noção de *interesse* a partir do *id quod interest* e publicado poucos anos antes da obra de Jhering. A partir dele, no que se convencionou chamar de *teoria da diferença*, o *interesse* passou a ser entendido como sinônimo de *dano indenizável*, obtido pela comparação entre uma situação real e uma situação hipotética à qual o lesado seria reconduzido.⁵¹

Disso decorre uma segunda constatação, pela qual se verifica que as expressões se referenciam a uma *fórmula comparativa*, tal como a proposição de *interesse* em Mommsen. Ora, as noções de *interesse positivo* e de *negativo* são naturalmente relacionais, pressupondo a comparação entre dois estados ou situações jurídicas.

⁴⁷ A construção do direito subjetivo como *interesse juridicamente relevante* foi formulada por Jhering no volume III de seu “Espírito do Direito Romano”, publicado originalmente em 1865, ou seja, quatro anos após o texto aqui comentado. Nele, conforme ensinam Manfred Wolf e Jörg Neuner – atualizadores e hoje únicos autores do famoso manual de Karl Larenz –, Jhering critica os acentos apostos ao momento volitivo nas construções que o antecederam (especialmente, em Savigny), para formular um objetivo prático do direito subjetivo, que seria então um *interesse juridicamente protegido*. (WOLF, Manfred e NEUNER, Jörg. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 10. Auflage. München: C.H Beck, 2012, p. 215).

⁴⁸ “O ‘interesse’ como conceito central da construção jusfilosófica de Jhering não é argumentação frutífera na construção Pandectística.” DEDEK, Helge. Negative Haftung..., p. 173 (em tradução livre).

⁴⁹ Em síntese, o *id quod interest* é aquilo que a parte lesada pode exigir ou, “como um advogado moderno diria, ‘perdas e danos’ (*damages*)”. (ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition. Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 824, em tradução livre).

⁵⁰ MOMMSEN, Friedrich. Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschweig, C.U. Schmeschte und Sohn, 1855.

⁵¹ Apesar de Jhering dirigir críticas a Mommsen, sua compreensão da fórmula *id quod interest, quanti mihi inter est*, vinculada à uma diferença patrimonial, é por ele adotada. (TURCO, Claudio. Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. Milano: Giuffrè, 1990, p. 81). No mesmo sentido afirma Helge Dedek, para quem a elucidação de diferentes parâmetros de recondução do lesado faz com que a construção de se ligue ao fundamento da teoria proposta por Mommsen. (DEDEK, Helge. Negative Haftung..., p. 167).

Não é por acaso que o verbete *id quod interest* no *Novissimo Digesto* é explicado por Emilio Betti mediante textual referência às expressões propostas por Jhering as quais, a partir da comparação entre duas situações patrimoniais, permitiriam distinguir duas figuras de interesse da parte contratante que sofre desilusão das suas expectativas.⁵²

Em outras palavras, é como se *interesse* em Jhering tivesse de ser lido como *id quod interest*; este, por sua vez, com sua definição no século XIX, ou seja, como representação do *dano indenizável*. As expressões foram cunhadas para representar o *dano* decorrente da validade do contrato (*interesse positivo*) ou da sua invalidade (*interesse negativo*). A simplicidade da afirmação, contudo, é apenas aparente.

2.4 A ambivalência das expressões em sua recepção posterior

Como visto acima, a conteúdo e a função das expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* desenvolvem-se no contexto da definição do dano reparável e, portanto, nos limites da responsabilidade civil. Não se poderia deixar de notar, contudo, que mesmo quando delimitado o seu contexto, os significados do termo são *ambivalentes*.⁵³

É recorrente, por exemplo a utilização das expressões no sentido de “*conceder o interesse negativo*” ou da afirmação da “responsabilidade pelo *interesse negativo*”, sublinhando a sua identificação ao *dano* (i.e., interesse = dano).⁵⁴ Não por acaso, a doutrina alemã costuma referir-se ao *código binário* como tipos de danos, ao lado de outras classificações duais, como *danos materiais* e *imateriais*.⁵⁵

Por outro lado, contudo, os conceitos são também reiteradamente utilizados em expressões como “*proteção do interesse negativo*” ou “*lesão ao interesse negativo*”⁵⁶,

⁵² Para Emilio Betti, *id quod interest* seria representativo de uma expectativa protegida pelo Direito, obtida pela comparação entre duas situações jurídicas, uma de carência e outra de satisfação. (BETTI, Emilio. Interesse..., p 133).

⁵³ As expressões, em tom bastante crítico, são encontradas em Claudio Turco, que também propõe a distinção de significados a partir das fórmulas *interesse-dano* e *interesse-situação jurídica*. (TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano). In: Rivista di Diritto Civile, 2007, p. 167).

⁵⁴ DEDEK, Helge. Negative Haftung..., pp. 16-17.

⁵⁵ Tratando a dicotomia *interesse positivo* e do *interesse negativo* como tipos específicos de danos vide, por todos, PALANDT/Christian Grüneberg. Bürgerliches Gesetzbuch. 74. Neubearbeitete Auflage, Munique: C.H. Beck, 2015, pp. 283-285 (comentários prévios ao § 249). A referência aos *interesses positivo* e *negativo* como espécies de danos é também encontrada em LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 428 e sg (§ 27, II) e, no Brasil, seguida a partir da menção à obra do autor alemão por GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 52.

⁵⁶ É o que se infere desde logo no título da exposição de Angelo Luminoso, que se refere à lesão do *interesse contratural negativo*: “La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile” (In: Contratto e impresa. Quarto Ano, Cedam: Padova, 1988).

sugerindo a existência fática de um *interesse* protegido.⁵⁷ Nesse último contexto, sobressai sua compreensão como *situação jurídica* (i.e., *interesse = situação jurídica tutelada*), ainda que mantendo a estreita ligação à noção de *dano*.

Essa ambivalência é notada, com maior clareza, em nomenclaturas utilizadas em substituição às expressões, tais como o “*interesse no cumprimento*”, para referenciar ao *interesse positivo*, e “*interesse na confiança*”, em substituição ao *interesse negativo*, cujos acentos são colocados na *situação protegida*; e em suas análogas expressões como *dano de cumprimento* e *dano de confiança*, com acentos na noção de *dano indenizável*.⁵⁸

Dito isso, permite-se afirmar que o texto de Jhering – e, com isso, o conteúdo das expressões em seu sentido original – aponta para a estreita ligação entre *interesse* e a noção de *dano*. Os desenvolvimentos desse diálogo, contudo, escapam aos estreitos limites de sua proposição, e devem ser elucidados à luz das teorias explicativas do dano.

3. Teorias explicativas do dano e o sentido da noção de “*interesse*”

O caráter *ambivalente* das expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, acima afirmado, nada mais é do que o reflexo de uma pluralidade em torno do vocábulo *interesse* na responsabilidade civil e, essencialmente, das diferentes teorias explicativas do *dano*, as quais dialogam de forma estreita com os conceitos ora estudados.

Consoante se demonstrou, a primeira noção de *interesse* inserta nas expressões – e compreendida nos limites do texto de Jhering – está intimamente ligada à noção de *dano* e à sua obtenção por uma fórmula comparativa. Na responsabilidade civil, essa opção corresponde essencialmente à chamada *teoria da diferença*, pela qual o *interesse* (i.e., o dano reparável) é o resultado de uma comparação entre duas situações jurídicas.

Por outro lado, e na medida em que se reconheça a existência de proteção ao *interesse positivo* ou ao *interesse negativo*, ambos deixam de ser compreendidos como *danos*, e passam a representar *situações juridicamente tuteladas*. Na responsabilidade civil, a opção corresponde à chamada *teoria do interesse*, pela qual o *interesse* (i.e., a situação juridicamente protegida) é o objeto de proteção da norma.

⁵⁷ DEDEK, Helge. Negative Haftung..., pp. 16-17

⁵⁸ Peter Schlechtriem e Martin Schmidt-Kessel referem-se a *dano de (in)cumprimento* e *dano de confiança*, para se referir ao *interesse positivo* e *negativo*, respectivamente. Como se verá na NR 369, Capítulo 3, contudo, os autores são críticos aos conceitos, embora os adotem. (SCHLECHTRIEM, Peter e SCHMIDT-KESSEL, Martin. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 114-116.

As teorias não se mostram mutualmente excludentes, como se poderia supor em uma primeira leitura. Elas são, ao contrário, complementares na definição do *interesse positivo* e do *interesse negativo*, razão pela qual devem ser estudadas tanto em um contexto geral como, essencialmente, à luz do Direito brasileiro.

3.1 A noção de *dano* como resultado da comparação entre situações jurídicas: teoria da diferença

Na proposição original de Jhering, as expressões *interesse contratual positivo* e *interesse contratual negativo* sintetizavam a comparação entre a situação real do lesado e aquela situação hipotética em que ele estaria não fosse a ocorrência do dano. Essa última, qualificada como *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato, é o que definiria o parâmetro aplicável à definição e quantificação do dano indenizável.

A recepção desse significado do termo *interesse* – “*inter-est*” que, etimologicamente, significaria “o que está entre” – é devida à já citada proposição de Friedrich Mommsen,⁵⁹ na qual se reconstruiu o sentido do *id quod interest* no Direito romano.⁶⁰ A partir dela, o *interesse* passou a ser definido como o resultado de *fórmula* ou simplesmente de uma *teoria da diferença*; e, assim, foi equiparado à noção de dano.

A *teoria da diferença* e o método comparativo por ela fomentado não são de todo desconhecidos no Direito nacional, malgrado o fato de que o termo *interesse* não seja costumeiramente referenciado ao *dano*. Em ao menos dois contextos bastante relevantes na responsabilidade civil, contudo, vislumbra-se o recurso à lógica subjacente à teoria.

O primeiro deles refere-se à definição e à quantificação do dano material ou das *perdas e danos*. É usual, por exemplo, que o *dano emergente* seja definido a partir de um critério diferencial, como na definição de Sérgio Cavalieri: “para tanto, a indenização pecuniária deve ser medida pela *diferença* entre a *situação real* em que o ato ilícito deixou o patrimônio do lesado e a *situação em que ele se encontrava* sem o dano sofrido (...)”.⁶¹

⁵⁹ Refere-se à já citada obra MOMMSEN, Friedrich. Beiträge...

⁶⁰ A interpretação do conceito de *id quod interest* é extremamente controversa, não sendo sequer possível chegar-se a resultado definitivo nas fontes, a não ser por aproximação. Para uma visão mais aprofundada do tema, remete-se à obra de Lilian C. San Martín Neira, na qual o *id quod* é definido como não unitário. (NEIRA, Lilian C. San Martín. La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012, pp. 52 e 139-142).

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 153. No mesmo sentido, vide Araken de Assis, para quem “O dano patrimonial consiste na perda, destruição ou deterioração de algum bem inserido no patrimônio de alguém. Ele decorre da comparação entre o estado patrimonial antes da ocorrência do ilícito e após sua prática.” (ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. In: Revista dos Tribunais n. 759/1999, p. 11-23, Jan/1999, acesso pela RTOOnline).

Em um contexto mais amplo, e ainda que de modo subliminar, encontra-se a lógica comparativa na reiterada afirmação de que o objetivo da reparação de danos é a recomposição de um *status quo ante*.⁶² Embora não expressa, está aí implícita uma comparação entre duas situações jurídicas, uma real e outra hipotética.

É certo que o Código Civil brasileiro não impõe um pensamento comparativo para definição do alcance da indenização. Esse é, contudo, depurado da função *compensatória* da responsabilidade civil, pela qual o lesado deve ser reconduzido à situação em que estaria sem o dano, obtida de acordo com os pressupostos do dever de reparar.

Em outros ordenamentos, por sua vez, a adoção da *teoria da diferença* vem expressada na própria legislação. É o que se passa, com evidência, nos arts. 562^{o63} e 566^{o64} do Código Civil português, os quais fundamentam não apenas um *princípio geral* da função da reparação de danos, como também definições pormenorizadas da forma de composição da relação jurídica de reparação do dano patrimonial, respectivamente.

Na Alemanha, berço do nascimento a *teoria da diferença*, nota-se a influência de Mommsen na adoção expressa do método comparativo na definição da extensão do dever de reparar pelo § 249 do BGB.⁶⁵ E, para além disso, é comum a menção à equiparação entre o vocábulo *dano* e à noção de *interesse*, tanto na doutrina de ontem⁶⁶ como de hoje.⁶⁷

⁶² É bastante usual na doutrina brasileira a referência da recomposição do *status quo ante* como a função da indenização. Somente a título exemplificativo, vide FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 4. Contratos. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 42.

⁶³ Código Civil português. Art. 562º (Princípio geral) Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.

⁶⁴ Código Civil português. Art. 566º (Indemnização em dinheiro) 1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. 2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos. 3. Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

⁶⁵ “§ 249. Natureza e extensão dos danos. (1) quem estiver obrigado pela reparação dos danos deve restituir o estado que existiria se a circunstância que obriga a indenizar não tivesse ocorrido. (2) Se o dano derivar de uma ofensa à pessoa ou a um bem, o lesado poderá demandar o equivalente pecuniário no lugar da restituição natural. Quando o dano for a um bem, a quantia monetária exigível por força do item (1) somente inclui o pagamento de impostos se e na medida em que esse realmente tenha ocorrido.” (em tradução livre).

⁶⁶ Assim afirma de formo expresso Franz LEONHARD: “Danos e interesse têm o mesmo significado”. (LEONHARD, Franz. Allgemeines Schuldrecht des BGB. Erster Band. München u. Leipzig: Verlag von Ducker & Humblot, 1929, p. 137).

⁶⁷ Vide, por exemplo, que no famoso Manual das Obrigações de Karl LARENZ (1987), o índice alfabético remissivo remete o leitor que procura pelo termo “*Interesse*” ao termo “*Schaden*”, ou seja, *danos*. No corpo do texto o jurista deixa claro, contudo, a existência de um duplo significado do conceito de interesse, que pode representar a relação entre o objeto e o sujeito titular (ligado ao *valor* do bem, ou ao que ele representa a seu titular) bem como a lesão patrimonial a ser calculada a partir do método da diferença (a fórmula de cálculo a que se refere). (LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 482, NR 9). Em outro texto, Larenz também liga *dano* e *interesse*: “o dano patrimonial, ou o interesse reparável” (LARENZ, Karl. Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs. In: Versicherungsrecht. 14. Jahrgang. 1. Januar 1963, Heft 1 (A), p. 01).

Note-se que se está a tratar de duas concepções diversas da chamada *teoria da diferença*. Em primeiro ponto, pressupõe-se a compreensão do dano indenizável mediante adoção de uma fórmula comparativa. Ela é, com efeito, bastante usual no Direito brasileiro. Em segundo ponto, essa mesma *teoria da diferença* propõe referenciar a noção de dano como *interesse*, a partir da expressão romana do *id quod interest*. Esse significado do termo *interesse*, por sua vez, é pouco usual no Brasil.⁶⁸

As expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* são compreensíveis por essa dupla identificação. Ambos são *interesses* porque referenciados à uma comparação entre duas situações jurídicas (uma real e uma hipotética, *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato) e, nessa mesma medida, são também referenciados à noção de dano. Foi, com efeito, a construção de Mommsen que fundamentou o uso do termo *interesse* por Jhering.

3.1.1 A teoria da diferença: críticas e perspectivas

Friedrich Mommsen dedicou-se ao estudo da expressão romana *id quod interest* – da qual o termo *interesse* provém – nela enxergando uma fórmula comparativa para a definição e obtenção do dano indenizável. Com isso, definiu *interesse* como a “diferença entre o patrimônio de uma pessoa em determinado momento, e a situação em que estaria o patrimônio neste mesmo determinado momento sem a ocorrência do evento danoso”.⁶⁹

Sua definição do *id quod* pressupunha não apenas uma fórmula comparativa, como também a representação exclusiva do *dano patrimonial*. Daí porque, em sua perspectiva originária, a *teoria da diferença* confundia-se com uma verdadeira *fórmula de cálculo*, pela qual se permitiria comparar duas grandezas de cunho matemático.

O dano identificado ao *interesse* seria, assim, as *perdas e danos* – rubricas do dano patrimonial passível de cálculo pela diferença patrimonial.

⁶⁸ Há menções ao sentido de *id quod interest* na doutrina brasileira. Elas são, porém, pontuais e não pertencem ao cotidiano forense. Dentre elas, destacam-se Pontes de Miranda, Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira. O primeiro deles, define o dano patrimonial como uma diferença de patrimônios, no momento em que ocorreu a ofensa, e “*mais* o que seria se o ato (ou fato) não houvesse ocorrido”, para concluir que isso é o *id quod interest*. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXII. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 208, § 2.722); já Orlando Gomes, embasado em Von Thur, define o dano (em geral) como a “diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não se tivesse produzido (*id quod interest*)” (GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil..., p. 75); e, por fim, Caio Mário da Silva Pereira liga o *id quod* à reparação pecuniária do dano patrimonial: “(...) o inadimplemento converte a prestação no *id quod interest*, isto é, torna-se o devedor obrigado a reparação das *perdas e danos*” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II. Teoria Geral das Obrigações. 21ª ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 371).

⁶⁹ MOMMSEN, Friedrich. Beiträge..., p. 3.

À semelhança do que se passou com a *culpa in contrahendo* de Jhering, inúmeras objeções foram feitas à formulação de Mommsen, especialmente no que diz respeito ao acerto da sua interpretação do Direito romano.⁷⁰ Colocou-se em dúvida a identificação do *id quod* a um cálculo matemático,⁷¹ bem assim a sua obtenção a partir da *subtração* e não *adição* de rubricas.⁷² O caminho percorrido por Mommsen teria sido equivocado.⁷³

Independente do acerto de sua transposição das fontes romanas – e abstraindo as relevantes críticas que essa recepção do *id quod interest* veio a sofrer – é essencial compreender a relevância de sua proposição à compreensão tanto do *par conceitual*, como da *responsabilidade civil*.⁷⁴ Para tanto, deve-se vislumbrar tanto o original da *teoria da diferença* como o seu (possível) sentido contemporâneo.

Entende-se haver uma concepção originária da *teoria da diferença* e outra contemporânea que, apesar de remeter também a Mommsen, não poderia ser lida nos seus estritos quadrantes. Isso permite olhar com maior cautela as críticas que lhes são usualmente referenciadas no Direito brasileiro.

Sob o ponto de vista da proposição original, a identificação do *interesse* a uma *fórmula matemática* deve ser compreendida de modo contextual. É indubitável que a formulação da *teoria da diferença* nasce vocacionada à reparação do *dano patrimonial*, restrição justificável dada a centralidade desse tipo de dano no século XIX.⁷⁵

Ao tempo de Mommsen, não apenas o sentido de dano era delimitado àquele de cunho *material*, como se mostrava adequado compreendê-lo como um *dano de cálculo*.

⁷⁰ Para referências mais completas sobre as críticas à construção de Friedrich Mommsen na interpretação das fontes vide, por todos, HONSELL, Heinrich. Herkunft und Kritik des Interessesbegriffs im Schadenersatzrecht. JuS 1973, Heft 2, pp. 70-75.

⁷¹ Para Brigitte Keuk, a questão não estaria em se entender o *id quod* como uma comparação entre duas circunstâncias, o que seria acurado com base nas fontes. A discussão centra-se na redução do conceito à fórmula matemática proposta por Mommsen. (KEUK, Brigitte. Vermögensschaden und Interesse. Ludwig Röhrscheid: Bonn, 1972, p. 16).

⁷² WILK, Burkhard. Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes. Duncker & Humboldt: Berlin, 1983, p. 63. No mesmo sentido MEDICUS, Dieter. Id quod..., p. 303.

⁷³ Parece-me que o equívoco é apenas parcial e, essencialmente, vinculado à redução da expressão a uma fórmula matemática de cálculo. Emilio BETTI, por exemplo, mesmo não se filiando à uma redução patrimonial do *interesse*, reconhece que a fórmula romana levava à uma comparação entre duas situações, uma de “carência” e a outra de “pagamento” ao trabalhar com a rubrica “*id quod interest*” no Novissimo Digesto Italiano. (BETTI, Emilio. Interesse..., p. 133).

⁷⁴ Nada impede, conforme reconhece Dieter Medicus, que se trabalhe com um sentido moderno de *interesse*, não sendo necessária a existência de uma equiparação absoluta em relação ao seu significado no Direito romano que, conforme destaca o autor, também comportava múltiplos significados. (MEDICUS, Dieter. Id quod..., p. 05).

⁷⁵ “(...) Só se pode falar em interesse quando a ocorrência tiver causado uma desvantagem patrimonial a determinada pessoa”. (MOMMSEN, Friedrich. Beiträge..., p. 05). Embora sem qualquer menção expressa, entendo que a noção de *interesse contratual positivo* e *negativo* em Jhering também tinha como pressuposto o dano patrimonial, pelo mesmo fundamento.

A ampliação do conceito de *dano indenizável* e, especialmente, a superação da sua identificação àquele *dano patrimonial* colocaram luzes sobre os limites da *teoria*. Isso porque danos *não patrimoniais* não podem ser adequadamente compreendidos (ou mensurados) desde a comparação entre uma situação patrimonial real e outra hipotética.

No Direito brasileiro, essa limitação é certamente a primeira e mais eloquente objeção à *teoria da diferença*, a qual imporia a limitação do dano àquele patrimonial.⁷⁶ Assim compreendida, não há dúvidas de que os resultados sejam incompatíveis à ordem jurídica brasileira, especialmente diante do disposto no art. 5º, X da Constituição Federal e da plena possibilidade de reparação de danos de cunho não patrimonial.⁷⁷

Não é essa, contudo, a única forma (e talvez nem sequer a mais adequada) de se enxergar a *teoria da diferença*. Há, com efeito, uma orientação contemporânea da construção impulsionada por Mommsen, extremamente útil e relevante à solução de problemas centrais da reparação de danos, colocando os acentos sobre a sua *função*.

As limitações da *teoria da diferença* existem e são defensáveis desde que a ela sejam referenciadas duas funções: em primeiro ponto, a função de *definição* do dano indenizável (ou do *interesse*) e, em segundo, a função de permitir *quantificar* esse mesmo dano indenizável (ou o *interesse*). É indubitável que, para Mommsen, sua teoria respondia adequadamente a ambas as finalidades, sendo nítida teoria explicativa do dano.

Veja-se, contudo, que a argumentação é circular: a *teoria da diferença* é limitadora do conceito de dano porque, ao defini-lo como o resultado da comparação entre duas grandezas patrimoniais, delimitaria o resultado apenas ao *dano patrimonial*, não abrangendo outros danos aos quais o ordenamento jurídico deva conferir proteção. A *teoria* serviria para delimitar – e restringir – o próprio conceito de dano indenizável.

Se, contudo, for possível deixar de enxergá-la como uma fórmula de definição do dano indenizável, a afirmada incompatibilidade à amplitude da responsabilidade civil deixa de ser relevante. E é esse, com efeito, o significado hodierno que se deve conferir ao termo *interesse*, especialmente no sentido que assume nas expressões ora estudadas.

⁷⁶ Vide, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. Comentários...2009, pp. 167-169.

⁷⁷ A afirmação localiza-se no atual estágio do Direito brasileiro. Com efeito, grandes doutrinadores brasileiros filiaram-se (ainda que sem expressa menção à *fórmula da diferença* ou à obra de Mommsen), à concepção patrimonialista do dano, entendido como o conceito estrito de prejuízo: “a rigor, não é possível falar em *dano extrapatrimonial*. Por definição, o *dano* é a lesão no patrimônio de alguém, contra a sua vontade” (GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil..., p. 75) e, também, Agostinho Alvim: “em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro”. (ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 171).

Tomando-se como paradigma os Códigos Civis alemão e português, nota-se que a *teoria da diferença* neles inserida não impõe, em absoluto, a limitação do conceito de dano àquele patrimonial. Isso permite afirmar que os supracitados § 249 BGB e o art. 562º do Código Civil português não se referenciam, *in totum*, à formulação de Mommsen: ali, não se define o *dano*, e sim a *função da reparação de danos*.

Ora, segundo o Código Civil alemão, a *extensão da reparação* deve ser obtida pela comparação entre dois *estados* ou duas *situações* (no original, *Zustand*). O lesado há de ser reconduzido à situação que existiria não fosse a *circunstância que obriga a indenizar*. Privilegia-se a restituição *in natura* e, em nenhum momento, delimita-se a comparação a situações *patrimoniais*, ao *dano patrimonial* ou ao *dano de cálculo*.⁷⁸

No Código Civil lusitano, por sua vez, a noção comparativa é admitida como *princípio geral* da obrigação de indenizar, impondo a restituição que recomponha a situação que existiria não fosse o *evento que obriga à indenização*. Da mesma forma que no BGB, em Portugal também se privilegia a restituição *in natura*, sendo a noção comparativa retomada quando do cálculo da indenização em dinheiro, que é secundária.⁷⁹

As menções em ambos os ordenamentos à restituição *in natura* não podem ser desconsideradas, pois importam um afastamento da noção estrita de *dano patrimonial* retirada da leitura original da teoria proposta por Mommsen. Isso porque a reparação não pecuniária é cabível mesmo quando nenhum *dano de cálculo* seja depurado, abrangendo a compensação do dano não patrimonial, por exemplo.

Essa visão menos restrita da *teoria da diferença* aproxima-se de uma concepção que, como acima se afirmou, é bastante usual na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Ora, ao se identificar a função da reparação à reposição do *status quo ante*, nada mais se faz do que se propor uma comparação entre a situação real do lesado e a situação em que esse estaria sem o *evento lesivo*. E, malgrado a inexistência de um mandamento legal expresso, esse pensamento é plenamente compatível ao Direito brasileiro.

Retomando o diálogo entre a concepção original de Mommsen e aquela contemporânea da *teoria da diferença*, é também imprescindível notar a vantagem do

⁷⁸ Existe uma restrição à reparação de danos imateriais no Direito alemão que, contudo, não se dá por força do § 249, BGB ou da sua (parcial ou suposta) adesão à *fórmula* de Mommsen. É nos termos do § 253, BGB que se justifica a limitação, o qual dispõe que a reparação pecuniária de danos não materiais somente é admitida apenas por previsão legislativa expressa. Note-se, contudo, que a reparação *in natura* dos danos imateriais é fundamentada, sem restrições, no § 249, I, BGB. Em outras palavras, a recondução a um *estado hipotético* também abrange danos não patrimoniais, o que se obsta é a reparação *in pecunia*, que dependerá de previsão legislativa expressa.

⁷⁹ Nos termos do também já citado art. 566º Código Civil português, vide supra NR 64.

pensamento comparativo para a definição mais ampla do *dano indenizável*. Nesse ponto específico, permite-se ler com outros olhos uma crítica usualmente referenciada à teoria.

Isso porque, no Direito brasileiro, é comum identificar a *teoria da diferença* a uma concepção naturalista de dano, ou seja, à noção de prejuízo em seu sentido material ou vulgar.⁸⁰ A partir dela, sustenta-se que a adoção ao método comparativo geraria inconsistências mesmo no âmbito dos *danos patrimoniais*, uma vez que não explicaria de modo adequado a perda de uma chance ou os lucros cessantes, por exemplo.⁸¹

A ligação da *teoria da diferença* a um conceito naturalista de dano não é, contudo, efetivamente necessária. Ao contrário, a concepção de *interesse* justifica uma definição *concreta* e não *abstrata* ou *naturalística* do prejuízo indenizável. Explica-se.

Não há dúvidas que o adequado conceito de *dano* não é *natural* e, sim, *normativo*. Na sempre relembrada lição de Clóvis do Couto e Silva, não são as leis da física que determinam o prejuízo indenizável e, sim, a norma jurídica.⁸² Trata-se de uma concepção que, conforme se infere de uma leitura contextual da afirmação feita pelo jurista, é plenamente compatível com o resultado obtido por aplicação da *teoria da diferença*.

Isso porque, ao analisar o sistema de reparação de danos no Direito alemão, especificamente a noção de restituição ao estado hipotético sem o dano, Clóvis do Couto e Silva afirmava que “seria, aliás, curial que nosso Código houvesse adotado os princípios constantes no Código Civil alemão”, denotando as vantagens extraíveis do conceito.⁸³

O alcance dessa afirmação pode ser elucidado na doutrina de Hans Fischer, bastante citada no Direito brasileiro por força de sua tradução ao português de 1938.⁸⁴ Para Fischer –

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2014, p. 104-105 e, no mesmo sentido, SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 141. Sobre o conceito de dano *naturalista*, por sua vez, ainda que sem referência à *teoria da diferença*, vide a recorrente definição de Clóvis do Couto e Silva: “A concepção de dano era, tradicionalmente, uma noção naturalista, vale dizer, considerava-se o dano que um bem determinado sofreu.” (COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997, p. 220).

⁸¹ Os exemplos são de Anderson Schreiber, para quem a associação entre o conceito jurídico de dano e uma noção de decréscimo matemático gera inconsistências no próprio âmbito do dano patrimonial. Tanto no caso da reparação pela *perda de uma chance* como por *lucros cessantes*, haveria dificuldades em se perceber uma diminuição econômica objetiva. (SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas..., p. 105). Entende-se, contudo, que a crítica poderia ser superada pela noção normativa do dano, que determinará a composição da situação hipotética.

⁸² COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito de..., p. 219.

⁸³ COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997, pp. 200-201.

⁸⁴ Menções à obra de Hans Fischer, em sua tradução para o português, são encontradas em vários dos doutrinadores aqui citados. Dentre eles, destacam-se, na bibliografia consultada: DIAS, José de Aguiar. Da

conforme lição até hoje predominante na Alemanha –, a construção da teoria da *diferença* é aclamada pela superação da visão estrita do prejuízo *natural*, o qual confundia o *damnum* com o prejuízo concreto sofrido por um bem específico.⁸⁵

Isso se daria porque a interferência sofrida no patrimônio do lesado pode ser bastante diversa da diminuição delimitada a um único bem, considerado isolada e abstratamente. O *interesse* que se identifica ao *dano* é, na *teoria da diferença*, tomado em uma concepção relacional entre o bem (objeto) lesado e a figura (subjativa) do lesado, e não a partir de uma visão puramente naturalista do prejuízo.

Daí porque o resultado da aplicação da “*fórmula matemática*” não seria construído de forma abstrata, mas tendo em consideração o que *para aquele lesado* o *evento lesivo* representou. Da mesma forma, e com especial relevância à construção aqui fomentada, a definição de que o *interesse* seja medido *positiva* ou *negativamente* em relação ao contrato – ou seja, à definição do *par conceitual* – pressupõe uma análise relacional.

A impossibilidade de se ler a *fórmula da diferença* como vinculada a uma noção abstrata ou naturalista de dano é algo que se depura de sua própria construção pois, em pelo menos um de seus termos, ela é necessariamente construída normativamente⁸⁶: a situação hipotética à qual o lesado deve ser reconduzido será sempre dependente de uma definição normativa, não sendo delimitada pela perda objetiva sofrida por um bem isoladamente considerado, mas, antes, no *interesse* daquele credor específico.

Não se pretende aqui defender a adoção da *teoria da diferença* no Direito brasileiro, e muito menos rediscutir de forma especificada as críticas que lhes são dirigidas. Entende-se, contudo, incontestemente que a proposição de comparação entre duas situações jurídicas é relevante na definição do alcance do dever de reparar.

Tal dever não apenas decorre de forma natural dessa *teoria*, bem como seu pensamento subjacente é admitido no Brasil, conferindo um especial sentido à noção de *interesse*. Há, agora, de se delimitar o espaço ocupado pelo termo na definição do *interesse positivo* e do *negativo*

responsabilidade civil. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 819 e sg; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio..., p. 141 e sg. e ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., pp. 171-172.

⁸⁵ “A ideia de «interesse» corresponde, pois, a um momento superior, mais avançado e mais perfeito, em comparação com o conceito de dano concreto ou individual” (FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no Direito Civil. Tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938, pp. 26-27).

⁸⁶ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 544.

3.1.2 A utilidade do método comparativo e os *interesses positivo e negativo*: a quantificação do dano

Pelo exposto, não há dúvidas de que a *teoria da diferença*, lida na perspectiva de sua formulação original, é incapaz de explicar a reparação da multiplicidade de danos hoje reconhecidos. Suas limitações diante desse *direito vivo*⁸⁷, embora não tenham sido suficientes para levar ao seu abandono, certamente incentivaram uma releitura que culminou na sua compreensão de suas perspectivas contemporâneas.

Não mais vista como uma fórmula de definição e delimitação do que venha a ser o *dano* reparável, a *teoria* fundamenta um princípio vetor da reparação de danos e de sua função compensatória, pela qual a indenização deve recompor uma *situação hipotética* sem o dano. Trata-se de concepção plenamente adequada à experiência brasileira.

O acerto da afirmação é depurado por um duplo motivo. Em primeiro, porque as críticas a ela existentes na doutrina brasileira, acima expostas de maneira exemplificativa, não se voltam à noção de comparação entre duas situações jurídicas, mas, antes, à inviabilidade de definir o dano apenas como uma diferença matemática ou patrimonial.

Em segundo ponto, por sua vez, porque a utilidade do método comparativo à quantificação dos danos patrimoniais é destacada mesmo dentre os seus críticos.⁸⁸ Destaca-se, nesse contexto, a lição de Bruno Miragem, para quem a substituição da *teoria da diferença* pela *teoria do interesse* não significaria abandonar a utilidade da primeira na quantificação do dano patrimonial, devendo-se distinguir a função da teoria no que toca à definição do dano e aquela voltada à sua quantificação.⁸⁹

Isso importa uma conclusão intermediária, necessária ao prosseguimento do trabalho: a *teoria da diferença* é, no mínimo, adequada à definição e quantificação do *dano patrimonial* no Direito brasileiro e, em um contexto mais amplo, adequada à definição da função compensatória da responsabilidade civil.

⁸⁷ A expressão é de Judith Martins-Costa, ao referir-se à responsabilidade civil: “Talvez mais que em outro qualquer campo do espaço civil se pode aqui trabalhar com o *direito vivo*, aquele que é tecido cotidianamente no canteiro de obras da jurisprudência, a verdadeira artifice desse riquíssimo instituto que, através da história, responde à questão de saber a quem devem ser imputadas as consequências desfavoráveis de um dano injustamente causado a outrem”. (MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para um a sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. In: Revista dos Tribunais, vol. 867, p. 11, Jan/2008, acesso pela RTOonline).

⁸⁸ Conforme Paulo de Tarso Sanseverino, a adequação da teoria do interesse “nem por isso retira a utilidade da teoria da diferença, que continua a desempenhar um importante papel no ressarcimento de parcela expressiva dos danos materiais”. E, em outra passagem, defende a função compensatória da responsabilidade civil como voltada a “recolocar o lesado, ainda que de forma apenas aproximativa, na situação em que se encontraria caso o ato danoso não houvesse ocorrido” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio..., p. 145 e 34).

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 335

Assim considerado, questiona-se: qual o sentido da ligação das expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* à noção de uma fórmula comparativa?

Como visto, esse *par conceitual* representa o parâmetro da reparação de danos, obtido *em relação ao contrato*. É neles implícita a necessidade de comparação entre a situação real do lesado e aquela em que ele estaria: a) se o contrato houvesse sido adequadamente cumprido (*interesse positivo*) e b) se o contrato não houvesse sido sequer cogitado pela parte lesada (*interesse negativo*).

A adoção dessa comparação coloca em dúvida o acerto da afirmação de que a função compensatória da responsabilidade civil volta-se à recomposição do *status quo ante*. Isso é verdade no que diz respeito ao *interesse negativo*, porém não no que diz respeito ao *interesse positivo*, que se volta a um *status ad quem*.⁹⁰

Mostra-se mais correto e mais adequado, portanto, referir-se à recomposição da *situação hipotética* em que o lesado estaria não fosse o *evento lesivo*. Nesse sentido, por exemplo, a afirmação de Antunes Varela: “note-se que a lei (art. 562º) manda reconstituir, não a situação *anterior* à lesão, mas a situação (hipotética) que existiria, se não fora o facto determinante da responsabilidade”.⁹¹ É, com efeito, essa construção comparativa que define a noção de *interesse* subjacente às expressões aqui trabalhadas.⁹²

Ocorre, porém, que a construção da relação de reparação, se *positiva* ou se *negativa* em relação ao contrato, pressupõe uma escolha de direcionamento que lhe é anterior, e que conforma a sua configuração. Para tanto, a *teoria da diferença* não oferece uma solução adequada, sendo meramente um instrumento aplicado *a posteriori*.

Vem à tona, então, o carácter ambivalente do *interesse* vez que, no Direito brasileiro, é comum contrapor à *teoria da diferença* a chamada *teoria do interesse*, em que o vocábulo

⁹⁰ RENGIER, Hans-Bernhard. Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 15. Note-se, porém, que a noção de recondução a uma situação *ad quem* pode ser admitida mesmo fora dos limites do contrato. É o que destaca Claus Wilhelm-Canaris, ao propor o que chamou de tutela positiva da confiança, voltada a recolocar o lesado na situação em que estaria se a situação na qual confiou efetivamente tivesse ocorrido, e que poderia ser exemplificada nas manifestações da teoria da aparência, fora do limite do contrato. O tema será melhor trabalhado abaixo, item 4.1, Capítulo 2.

⁹¹ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. I. 10ª edição, revisa e actualizada. Coimbra: Almedina, 2005, p. 905.

⁹² Referindo-se indiretamente à tutela do cumprimento do contrato como um *status ad quem*, vide a lição de Judith Martins-Costa, ao tratar sobre os deveres de proteção: “por não concernirem ao *status ad quem*, a ser obtido pelo cumprimento da obrigação, mas à proteção do *status quo* (...) os deveres de proteção apresentam *graus escalonados de intensidade* conforme o dinâmico desenrolar da relação obrigacional (...)”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado... 2015, p. 225). E, na doutrina portuguesa: “o próprio contrato é a dinâmica modificativa da realidade jurídica mediante a conformação de uma *ordo privada* e a orientação para um certo *status ad quem*”. (FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2007, p. 666).

assume um sentido um tanto diverso, vinculado ao objeto de proteção da norma. Resta, então, voltar os olhos para essa segunda teoria explicativa do dano.

3.2 Dano como violação a um interesse juridicamente tutelado: teoria do interesse

Diferentemente da *teoria da diferença*, que identifica o *interesse* ao conteúdo do dever de reparar, a perspectiva que o define como violação a um *interesse juridicamente tutelado* coloca os acentos em momento anterior: o *interesse* é objeto de proteção e a sua violação é pressuposto do dano. É o que se refere sob o título de *teoria do interesse*.

A ambivalência do termo *interesse* é, mais do que nunca, colocada em evidência. Ora, o vocábulo pertence tanto à *teoria da diferença* – no qual é entendido a partir de uma *diferença (inter-est)* – como à *teoria do interesse*. Aqui, contudo, sua etimologia é entendida como “*in-re-est*”, ou seja, “aquilo que está na coisa”, assumindo o sentido de uma situação relacional entre o *sujeito* e a *situação jurídica*.⁹³

Não há dúvidas de que essa última compreensão do termo *interesse* seja mais usual no Direito brasileiro em comparação com aquela que o identifica ao *dano*. Isso se dá malgrado a inexistência da definição legal da proteção ao *interesse jurídico*,⁹⁴ e, em grande medida, justamente por não haver uma definição legal de *dano*.⁹⁵

3.2.1 A lesão ao interesse como substrato do dano

Em célebre trabalho, Francesco Carnelutti expôs críticas à compreensão tradicional de dano, então entendido como o aniquilamento ou a diminuição, ainda que parcial ou temporária, de um bem da vida. Para o jurista italiano, embora exata, a definição poderia ser

⁹³ Essas duas compreensões do *id quod* são trabalhadas por Heinrich Honsell, apontando duas formas de compreendê-lo: “*inter-est*” was *dazwischen liegt* (aquilo que está entre) e “*in-re-est*” was *daran liegt* (aquilo que está). HONSELL, Heinrich. *Herkunft...*, p. 69.

⁹⁴ Há ao menos duas exceções, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor e, antes dele, a Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) a qual se refere a “interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, VI). Consoante Bruno Miragem, o CDC adotou posição salomônica, prevendo a tutela tanto de *direitos* como de *interesses*, uma vez que nem sempre a existência de um *direito subjetivo* é facilmente identificável. (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 663-664).

⁹⁵ A inexistência de uma definição legal de dano é opção ora aplaudida, ora criticada pela doutrina brasileira. Considerando “desconcertante o fato de que jamais contamos com uma definição legal de dano”, vide SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p. 104. Considerando, por outro lado, que agiu bem o legislador, dado o caráter fluido de dano, cite-se a opinião de FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230.

reescrita com maior exatidão e brevidade. Apresentou, então, sua difundida definição de “dano como lesão a um interesse”.⁹⁶

O termo *interesse* era, nesse contexto, entendido a partir de uma noção relacional, ou seja, como *situação jurídica tutelada* estabelecida entre uma pessoa e um bem.⁹⁷ Em assim sendo, o objeto de proteção jurídica não é o bem jurídico mas, antes, a situação particular do sujeito em relação a ele: “é o próprio interesse, assim entendido, que é considerado como objeto de tutela jurídica e de dano em sentido jurídico”.⁹⁸

Da mesma forma que o Direito seleciona fatos relevantes à produção de efeitos jurídicos, também faz a seleção de interesses tuteláveis. Uma vez lesionados, abre-se ensejo à responsabilidade civil. Compreende-se, então, o *dano* como fato jurídico, sendo função da responsabilidade civil conferir uma resposta frente à sua ocorrência.⁹⁹

A substituição do termo *bem jurídico* pelo termo *interesse* é, *in abstracto*, ampliativa do objeto de proteção da norma jurídica, permitindo a investigação do objeto da lesão, ou seja, do “interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor”, para qualificá-lo como merecedor ou não de tutela.¹⁰⁰

Da mesma forma, ela permite afastar-se de um conceito *naturalista* de prejuízo – ainda subjacente à concepção de *bem jurídico* –, pois o prejuízo indenizável não se confunde com a lesão a um objeto externamente apreensível. Por ela, afasta-se de uma compreensão de *bem* vinculada ao patrimônio, dogmaticamente questionável.¹⁰¹

Em linhas gerais, essas características fazem com que relevante doutrina brasileira defenda que a *teoria do interesse* permite suplantiar as deficiências supostas – e aqui não corroboradas – da *teoria da diferença*, anteriormente analisadas.¹⁰²

⁹⁶ “Não creio que o dano possa ser definido de forma mais precisa do que essa”. (CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Casa Editrice Dott., 1926, pp. 10-14).

⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Il danno...*, p. 12. No mesmo sentido BETTI, Emilio. *Interesse...*, p. 838.

⁹⁸ DE CUPIS, Adriano. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Seconda Edizione. Vol. I, Milão: Giuffrè, 1966, p. 39.

⁹⁹ DE CUPIS, Adriano. *Il danno...*, pp. 07-08

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas...*, p. 109.

¹⁰¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Adimplemento e Extinção das Obrigações*. In: *Coleção biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. Coordenação Miguel Reale e Judith Martins-Costa. V.6, São Paulo: RT, 2007, p. 151

¹⁰² Assim, por exemplo, a defesa que faz MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, 2009, p. 169.

3.2.2 A adoção da teoria do interesse no Direito brasileiro e a ampliação do conceito de dano

O caráter subversivo da *teoria do interesse* é naturalmente dependente do alcance dado à noção de *interesse tutelado*, sendo sua definição obtida no tempo e no espaço.¹⁰³ Com efeito, a substituição da afirmação da proteção do *bem jurídico* pela noção de *interesse tutelado* é meramente semântica se não acompanhada de efetivo alargamento do objeto de proteção da norma, algo cabível mesmo sem alteração da nomenclatura.¹⁰⁴

A pedra de toque reside, portanto, na definição do que venha a ser um *interesse juridicamente tutelado*, ou seja, daquilo que determinada comunidade considera digno de tutela e que se reflete de modo imediato no alcance do conceito de dano.¹⁰⁵

Elucida tal compreensão o fato de que a noção do dano como violação ao interesse é defendida na França¹⁰⁶, na Itália¹⁰⁷ e no Brasil¹⁰⁸, e que nem por isso as noções de *interesse juridicamente protegido* devam ser consideradas idênticas nesses ordenamentos.

Especificamente em relação ao Direito brasileiro, vislumbra-se não apenas a admissão do conceito de dano como violação a um *interesse*, como o efetivo alargamento do seu âmbito protetivo, admitindo-se a reparação de uma série de danos que não se confundem com aqueles de cunho patrimonial. Sem maiores controvérsias, pode-se afirmar que o dano é a lesão a um *interesse* e esse é o objeto de proteção da norma.

Contribuem para esse ambiente plural a ausência de uma definição legal de dano, assim como o fato de que o sistema de responsabilidade civil brasileiro embasa-se em cláusulas gerais, cuja construção é deixada à jurisprudência e à doutrina. Há, por assim dizer,

¹⁰³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Adimplemento..., p. 153.

¹⁰⁴ Note-se que mesmo utilizando-se a clássica definição de dano como lesão a um bem jurídico seria possível uma operação de alargamento do objeto de proteção, exemplificada pela afirmação de Agostinho Alvim, de que “dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Em seguida, o jurista delimita a concepção estrita de dano, que seria apenas o prejuízo patrimonial: “em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e o patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro” (ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 171).

¹⁰⁵ “E o ‘interesse jurídico’ é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, considera-se digno de tutela, haverá imediato reflexo no conceito de dano”. (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: Revista dos Tribunais. Ano 90. Volume 789. Julho de 2001, p. 22).

¹⁰⁶ “O prejuízo é a lesão a um interesse” (VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. Les conditions de la responsabilité. Traité de Droit Civil. Jacques Ghestin. 3ª ed. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 13 e sg).

¹⁰⁷ Na afirmação de Renato Sconamiglio, não há dúvida de “que o dano coincida em qualquer caso com a lesão a um interesse, ou por alteração (*in pejus*) do bem apto a satisfazê-lo, ou pela perda da disponibilidade e gozo de um bem que permanece inalterado (por exemplo, a hipótese de subtração da posse).” (SCONAMIGLIO, Renato. Risarcimento del danno. In: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. XVI. Vnion Tipografico – Editrice Torinsense, p. 7).

¹⁰⁸ A função da indenização é a recomposição dos *interesses* lesados, afirmava COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito..., p. 220.

uma liberdade maior do aplicador e do intérprete do Direito na definição do dano *in concreto*, o que corresponde justamente a uma premissa para aplicação das potencialidades da *teoria do interesse* na responsabilidade civil.

3.2.3 O interesse protegido e os interesses positivo e negativo: o fundamento da reparação

Ao contrário da perspectiva da *teoria da diferença*, reiteradamente criticada no Brasil, mas subjacente às expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, a chamada *teoria do interesse* percorre caminho inverso: é adotada com tranquilidade no Direito brasileiro, mas não parece ser de plano compreensível no *código binário*.

A vinculação das expressões à noção de *situação juridicamente tutelada* foi realizada na doutrina italiana por Claudio Turco, cuja compreensão há de ser estudada. Para o jurista, ambas seriam objetos de proteção, e não meras *fórmulas de cálculo*.¹⁰⁹

Por essa perspectiva, seria inadequado reduzir seus significados à noção de *perdas e danos* como, ao mesmo tempo, se permitiria uma reconstrução positiva do *interesse negativo*, sublinhando sua diferença direcional, e não qualitativa em relação ao *interesse positivo*, também visto como uma *situação juridicamente tutelada*. Explica-se.

A elucidação do *interesse* tutelado dependeria da espécie de dever descumprido e do momento de sua ocorrência: a violação do *interesse negativo* corresponderia à infração de um dever pré-contratual de boa-fé, enquanto que a violação do *interesse positivo* à infração de um dever contratual de prestação.¹¹⁰ Diferenças que, no contexto do texto de Jhering, seriam obtidas na contraposição entre a *invalidade* e a *validade* do contrato.

É, sem dúvida, sedutora a tese proposta, especialmente porque confere um significado usual ao termo *interesse*, visto como objeto de proteção da norma.¹¹¹ A conclusão por ela obtida, contudo, somente seria aceitável na medida em que suas premissas fossem sempre verificáveis de forma necessária.

¹⁰⁹ TURCO, Claudio. Interesse negativo..., p. 48.

¹¹⁰ TURCO, Claudio. L'interesse negativo..., p. 176.

¹¹¹ Esse caráter “indubitavelmente interessante” da reconstrução de Turco é salientado por Paulo Mota Pinto que, contudo, nega sua aplicabilidade, ao menos no contexto português. Para Mota Pinto, a proposição não corresponderia às exigências do Direito positivo de Portugal, que não contém fundamento autônomo de obrigação de reparar pela violação de um interesse. Salienta, contudo, que a tese é compreensível no contexto italiano – e, acrescentaria, também no brasileiro – “em que a noção de interesse é autonomizada desde há muito como *situação jurídica tutelada* e *objecto do dano*”. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 517).

Ou seja, haveria de se admitir que a violação contratual reconduzisse necessariamente à reparação e à proteção do *interesse positivo* e que a violação pré-contratual, por sua vez, à reparação e à proteção do *interesse negativo*. Note-se que as expressões deixam de definir o *dano*, para definir algo que é a ele anterior.

Conforme a própria *teoria do interesse* deixa entrever, há uma ligação indissociável entre o *interesse* lesado e a composição da relação jurídica de reparação, já que a tutela ressarcitória “por sua natureza reintegrativa ou sub-rogatória, é necessariamente modelada pela situação jurídica a qual se refere”.¹¹² A afirmação é indubitável, e merece ser aqui sublinhada.

Ponto é, contudo, que a identificação entre conteúdo do *interesse reparável* e a relação jurídica contratual ou pré-contratual violada não parece ser absoluta. O próprio Claudio Turco reconhece-lhe alguns *desvios* – referindo-se a aplicações “autônomas” dos conceitos¹¹³ –, como se pode verificá-los na generalidade da doutrina que se dedica ao *código binário*, tanto italiana¹¹⁴, como alemã¹¹⁵ e portuguesa.¹¹⁶

Em outras palavras, não se poderia aprisionar a forma conceitual da relação contratual e pré-contratual à ofensa a um único *interesse* e, aliás, sequer se mostraria adequado defini-la pela consequência lesiva que dela decorre.

É natural que o reconhecimento de tais *desvios* ao Direito brasileiro dependerá de se colocar à prova a aplicação dos conceitos. Mas, diante dos perigos de afirmações absolutas, entende-se preferível compreender a função de *interesse juridicamente tutelado* a partir de outra perspectiva.

Com efeito, não basta compreender o que acontece quando da ocorrência do dano – ou seja, a recondução do lesado a uma situação hipotética positiva ou negativa, marca da *teoria da diferença* –, mas, antes, determinar quando e por qual razão a tutela recairá sobre o *interesse positivo* ou *negativo*. Isso diz respeito, essencialmente, à compreensão da *situação jurídica tutelada*, o qual se confunde com o *interesse protegido* em cada caso.

Em outras palavras, a percepção do problema à luz da noção de *interesse* como objeto de proteção da norma não coloca os acentos sobre a questão da consequência reparatória,

¹¹² TURCO, Claudio. Interesse negativo..., p. 87 (em tradução livre).

¹¹³ TURCO, Claudio. Interesse negativo..., p. 260.

¹¹⁴ Exemplificativamente, LUMINOSO, Angelo. La lesione ..., pp. 794-797.

¹¹⁵ MEDICUS, Dieter. Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen? In: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992. Stuttgart, Berlin, Bonn: Verlag W. Kohlhammer, 1992, p. 539.

¹¹⁶ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 518.

especificamente não serve à sua quantificação, e sim no *fundamento do dever de reparar*, algo que se mostra tão relevante quanto a primeira concepção do termo.

3.3 Perspectivas de complementariedade dos sentidos de *interesse* na compreensão do *par conceitual*

Consoante referido, as *teorias da diferença* e *teoria do interesse* são comumente contrapostas pela doutrina brasileira. A afirmação é adequada na medida em que ambas sejam vislumbradas como teorias definidoras do dano. Não o é, contudo, quando operada uma cisão de suas funções, como se pretendeu estabelecer na sua apresentação.

Nesse contexto, é oportuno anotar que os desenvolvimentos das teorias não se mostram tão díspares como uma leitura inicial faria supor. Sem preconcepções rígidas, percebe-se que os caminhos de reconstrução de uma visão contemporânea da *teoria da diferença*, e aquela propugnada pela *teoria do interesse*, são em verdade próximos.

Como advertiria António Pinto Monteiro, os *problemas não conhecem fronteiras*.¹¹⁷ É natural que os desafios dos *novos danos* tenham impulsionado releituras tanto nos ordenamentos vinculados à noção de *diferença*, como naqueles que definem o dano a partir da lesão ao *interesse*. De certa forma, e desde que respeitadas peculiaridades próprias de cada ordenamento, seus desenvolvimentos mostram-se convergentes.

Isso se mostra patente, por exemplo, na tendência do Direito alemão em alargar o âmbito da responsabilidade obrigacional, operada em uma cláusula aberta (§ 241, 2 BGB)¹¹⁸, para nela abranger a proteção de *interesses* não abrangidos nas hipóteses tipificadas de responsabilidade extracontratual (§ 823, 2 BGB)¹¹⁹; a tendência de “*fuga para o contrato*”, como visto, já era demonstrada do texto de Jhering.¹²⁰

Enquanto a responsabilidade aquiliana é tipificada no BGB, aquela contratual abrange a proteção de “direitos, interesses legais e outros interesses da parte”, nos termos do

¹¹⁷ PINTO MONTEIRO, António. Prefácio. In: STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

¹¹⁸ “§ 241 Deveres decorrentes da relação obrigacional. (1) Por força da relação obrigacional, o credor tem direito a exigir o cumprimento da prestação pelo devedor. A prestação pode também consistir em uma abstenção. (2) Uma obrigação também pode, a depender do seu conteúdo, obrigar as partes à observância de direitos, interesse jurídicos e outros interesses da outra parte.” (em tradução livre).

¹¹⁹ “§ 823 Dever de reparação. (1) Aquele que por intenção ou negligência ofender contra a lei a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito específico de outrem, é obrigado a reparar o dano decorrente da violação.” (em tradução livre).

¹²⁰ Refere-se ao fato de que Jhering teve de qualificar a responsabilidade por *culpa in contrahendo* como contratual a fim de permitir a sua reparação, uma vez que a tipificação da responsabilidade delitual existente no Direito romano não permitiria o seu tratamento no âmbito aquiliano. Vide item 2, *supra*.

§ 241 (2), sendo nitidamente bastante ampla. Nela, como se vê, adere-se a uma noção compreensiva de *interesse juridicamente tutelado*.

E eis o paradoxo: apesar dessa compreensão, a reparação de danos no Direito alemão continua sendo referenciada à *teoria da diferença*. O § 249 BGB, base legal dessa definição, aplica-se indistintamente à reponsabilidade obrigacional e aquiliana e é o fundamento, naquele país, do princípio da reparação integral.¹²¹ Como trabalhar em conjunto dois conceitos, em tese, inconciliáveis?

Ora, a ligação da *hipótese da diferença* ao princípio da reparação integral – também existente no Direito português por força do *método comparativo*,¹²² – denota que sua função não é limitar o conceito de dano reparável, e sim permitir que, uma vez definida a responsabilidade, componha-se adequadamente a relação jurídica de reparação.

A definição do fundamento do dever de indenizar, prévia à construção da relação de reparação, não é respondida adequadamente pela *teoria da diferença*, mas sim pela definição da violação a um *bem jurídico*, a um *direito subjetivo* ou, especialmente, a um *interesse*. Ambas as teorias são duas faces de uma exata mesma moeda.

Quer-se com isso anotar que a *teoria da diferença* é relevante à *construção da relação jurídica de reparação*, em atenção à função compensatória da responsabilidade civil. Ela se mostra apenas instrumental à relação de reparação, cuja exata delimitação pressupõe a infração a um interesse, marca da *teoria do interesse*.

Especificamente no que toca à indenização do dano patrimonial, sua aplicação permitirá uma adequada definição do *quantum* indenizável por um método comparativo; a compreensão do *interesse* patrimonial violado, contudo, escapa à sua função.

Aplicando a depuração à noção de *interesse positivo* e de *interesse negativo*, a relação de reparação poderá ser construída tanto para reconduzir o lesado à situação de cumprimento do contrato quanto à situação existente antes de sua formação. Mas, essencialmente, o que define esse direcionamento é o *fundamento do dever de reparar*, ou seja, a definição de qual seja o *interesse juridicamente tutelado*.

Uma distinção entre esses dois momentos na responsabilidade civil – e que, portanto, se liga tanto à *teoria da diferença*, como a *teoria do interesse* –, é intuitivamente encontrada na doutrina, tanto brasileira como estrangeira.

¹²¹ PALANDT/Christian Grüneberg. Bürgerliches..., p. 283(comentários prévios ao § 249).

¹²²“Do confronto do artigo 562.º, com o n.º 1 do artigo 566.º, ambos do Código Civil, resulta o primado da reparação in natura, competindo à seguradora a prova da excessiva onerosidade, susceptível de afastar tal princípio (...)” (Tribunal da Relação de Coimbra. Apelação n. 153/11.2TJCBR.C1, Data do Acórdão 09.01.2012).

Em certa medida, a distinção de compreensões é reconhecida a partir do vocábulo *dano*. Conforme Gisela Sampaio Cruz Guedes, ele pode traduzir duas acepções: ora é representativo da lesão a um interesse (o dano é a lesão a um interesse), ora como a consequência desta lesão, ou o *quantum* reparável (o dano é o *quantum* indenizável).¹²³

Idêntica afirmação pode ser feita no que toca a *teoria do interesse* e a *teoria da diferença*, com a peculiaridade de que, em ambas, utiliza-se o vocábulo *interesse* em sentidos específicos e diversos. Esse, por sua vez, ora será o *interesse tutelado* ou será o *interesse indenizável*, em uma ligação causal bastante evidenciada.

Note-se, por exemplo, que Geneviève Viney e Patrice Jourdain definem o dano como a lesão a um interesse, afirmação que abre a seção de seu *Traité de Droit Civil* intitulada “*comparação entre as situações anterior e posterior ao evento causador do dano*”.¹²⁴ Ou seja: o dano é a lesão a um *interesse*, mas a função da reparação civil é recompor a situação hipotética que haveria sem essa lesão (uma *diferença*, portanto).

Nas palavras dos juristas franceses, o lesado deve ser reconduzido a uma situação hipotética, a qual não se confunde necessariamente com a situação existente antes da ocorrência do dano. Em verdade, a recondução volta-se à situação que provavelmente existiria não fosse o evento lesivo,¹²⁵ corroborando a afirmação anteriormente realizada.

Insiste-se: a responsabilidade civil tem como função primordial – não única, porém – a recomposição da situação hipotética que existiria não fosse o *evento lesivo*. E, nessa definição, tanto a *teoria da diferença* com a *teoria do interesse* dão luz à função compensatória voltada à satisfação dos *interesses* lesados.

Não há, portanto, uma necessária contraposição entre ambas as teorias, desde que lidas em momento diversos da composição da responsabilidade civil. A noção de *interesse* como objeto de proteção delimita a obtenção do fundamento da reparação, isto é, o *evento lesivo* que atinge um *interesse* protegido. Já sua definição como objeto da reparação, ou como as *perdas e danos* reparáveis, define o seu *quantum*.

Essa cisão denota a possibilidade de se afirmar a *reparação do interesse* (positivo ou negativo) bem como a *proteção do interesse* (positivo ou negativo), cada qual colocando acentos em um momento do processo dinâmico da reparação de danos.

¹²³ GUEDES, Gisela Sampaio Cruz. Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51

¹²⁴ VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. Les conditions..., p. 15.

¹²⁵ A distinção pode ser bastante sutil. O exemplo apresentado é o de viúva que, após o acidente mortal do marido, consegue emprego que lhe confere o mesmo *status* financeiro que era por ele prestado. Para os Tribunais franceses, ainda assim a viúva teria direito à reparação da perda patrimonial pela morte do marido. (VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. Les conditions..., pp. 14-15).

E, mais do que isso, a percepção coordenada de ambos os significados do termo *interesse* também corrobora a compreensão de que, na comparação entre duas situações jurídicas, leva-se em consideração uma situação relacional ao *sujeito* lesado, considerado concretamente e não apenas de forma abstrata. É, com efeito, o *seu* interesse lesado que será satisfeito e, portanto, a sua *situação hipotética* que comporá a relação de reparação.

É essa a razão pela qual Pontes de Miranda afirma que “a indenização não é segundo o valor comum, mas pelo valor que em verdade tem para o lesado o bem que se destruiu ou a perda que sofreu”, ao que completa com a afirmação de que a função da indenização é recompor o “estado pessoal em que estaria” o lesado.¹²⁶ Uma análise concreta, e não abstrata, é que permite efetivamente recompor o *interesse* lesado.¹²⁷

No mesmo sentido a doutrina de Massimo Bianca que, defendendo a concepção do dano como lesão a interesse, não deixa de fazer referência expressa à *teoria da diferença*, para nela apontar não uma fórmula matemática de definição do dano, mas uma ferramenta para que se levem em consideração os efeitos econômicos sofridos concretamente pelo lesado, cuja reparação se busca mediante a responsabilidade civil.¹²⁸

Essa relação de complementação – embora não seja de todo incompatível com a definição original dos conceitos em Rudolf von Jhering –, corresponde a uma percepção mais ampla de sua proposição e, essencialmente, à sua compreensão contemporânea. Resta, então, estudá-los a partir do Direito brasileiro ainda que, por ora, de forma meramente introdutória e aproximativa.

4. Os conceitos de *interesse positivo* e do *interesse negativo* e o Direito brasileiro

Apresentado o relacionamento entre os sentidos de *interesse* subjacentes às expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, deve-se então adequar o quanto exposto à realidade brasileira, com a finalidade de propor, ainda que de forma aproximativa, uma conceituação aos componentes do *par conceitual*.

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p. 183. No mesmo sentido a lição de Antunes Varela, ao afirmar que a prestação de todo o interesse positivo deve conferir a indenização do prejuízo concretamente sofrido pelo credor. (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações..., vol. II, p. 93).

¹²⁷ O que, conforme já se afirmou, significa levar em consideração particularidades individuais e subjetivas, e não apenas o valor comum ou de troca de determinado bem. É a lição de FISCHER, Hans Albrecht. A reparação..., p. 39.

¹²⁸ BIANCA, Massimo. Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229. Seconda Edizione. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1979, pp. 246-247.

Nesse caminho, imprescindível localizar o tratamento do tema à luz da responsabilidade civil, bem como referenciar a adequação da função compensatória instrumentalizada pelos conceitos aqui apresentados.

4.1 A função compensatória da responsabilidade civil

Sem descurar de outras funções que se têm conferido à responsabilidade civil no Direito brasileiro – refere-se, especificamente, às discussões em torno da função *preventiva* e *punitiva*, – pode-se ainda afirmar que sua função primeira é, na trilha da afirmação de Clóvis do Couto e Silva, a recomposição dos interesses lesados.¹²⁹

O principal instrumento com o qual se produz esse resultado é a reparação dos danos, o que se obtém pela reconstituição do *interesse* como forma de apagar as consequências danosas.¹³⁰ Ora, se o dano é definido com a lesão a um interesse, parece lógico concluir que é ele que determinará o dano indenizável.¹³¹

Refere-se à função *compensatória* da responsabilidade civil, pela qual a reparação do dano deve recompor a situação que existiria não fosse o *evento lesivo*. Utilizam-se vários termos para designar a forma pela qual isso pode ser realizado, como indenização, reparação, restituição ou ressarcimento, por exemplo. Não se pretende realizar uma distinção apurada entre elas que, de modo geral, acabam por ser usadas indistintamente.¹³²

A reparação do dano pode se dar tanto pela restituição natural, ou *in natura*, como pela indenização em pecúnia, ou pelo equivalente. No primeiro caso, busca-se recompor a situação mediante a eliminação do próprio *evento lesivo*. Já, no segundo caso, converte-se o resultado lesivo em uma soma pecuniária, cujo pagamento *equivale* à compensação dos danos sofridos, apresentado uma função substitutiva e indenizatória.

¹²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. O conceito..., p. 220).

¹³⁰ Essa forma de compreensão do sentido da indenização adequa-se a inúmeros casos, inclusive àqueles em que a reconstrução é meramente aproximativa, como se passa com a indenização (*rectius*, compensação) pecuniária dos danos não materiais ou morais. A impossibilidade de se indenizar o dano imaterial ou moral é o que justifica a utilização da expressão *compensação*, preferida por grande parte da doutrina. Vide, exemplificativamente, a lição de BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Renovar: Rio de Janeiro, 2003, p. 144.

¹³¹ *In verbis*: “(...) a noção de dano, entre nós, repousa na ideia de interesse juridicamente protegido. Ele determinará o dano indenizável”. ASSIS, Araken. Dano positivo e dano negativo na resolução do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 60, março 1994, p. 121.

¹³² Assim afirmam, por exemplo MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011, p. 658 e FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 247.

Independente da forma pela qual a reparação vem a atuar, seu objetivo será sempre atingido de modo meramente aproximativo, considerando o caráter abstrato de uma recondução à situação hipotética sem o dano.¹³³ Nem mesmo o mandamento de que a reparação deve ser medida pela extensão do dano (art. 944 CC)¹³⁴ é suficiente para desconsiderar que a reparação é uma forma ficcional de reconstituir o *interesse* lesado.¹³⁵

A afirmação aplica-se tanto à responsabilidade decorrente do *contrato* ou do *negócio jurídico*, como aquela aquiliana.

4.2 A noção de “situação hipotética sem o dano” e a possibilidade de definição aproximativa do código binário

Na medida em que a recomposição dos interesses violados é o objetivo buscado pela reparação, então o lesado deverá ser reconduzido à situação em que estaria não fosse a ocorrência do evento lesivo. A afirmação, contudo, não importa em concluir que a indenização deva necessariamente restituir a situação existente *antes* da lesão ou, como não raro se encontra na doutrina e jurisprudência brasileiras, o *status quo ante*.

Não se trata de mero jogo de palavras. O lesado deve ser reconduzido à situação hipotética em que estaria não fosse a ocorrência do evento danoso, cuja definição depende tanto da depuração de qual venha a ser o *evento lesivo*, como das regras de responsabilidade civil aplicáveis, especialmente aquelas de causalidade.

Esta situação pode ser uma situação *a quo*, como também pode ser uma situação *ad quem*. Nos termos do *par conceitual* aqui apresentado, será uma *negativa* ou *positiva* em relação ao contrato, respectivamente. Ou, conforme elucida Adriano Vaz Serra, “hipótese diferencial é, não só abstractiva, mas aditiva”.¹³⁶ Veja-se o exemplo do dano contratual.

À parte lesada na sua expectativa de cumprimento do contrato é conferido o direito a obtê-lo, *in natura* ou pelo equivalente. A recondução, portanto, não se pauta à situação *a*

¹³³ Daí porque, para Judith Martins-Costa, não se deveria interpretar o termo indenização a partir da etimologia *in demne*, ou seja, sem dano. Seu significado seria aproximativo ou conjectural. MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 143.

¹³⁴ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

¹³⁵ Assim Paulo de Tarso Sanseverino, ao apresentar o princípio da reparação integral. (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio..., pp. 48-49).

¹³⁶ VAZ SERRA, Adriano. Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e remoção. In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 84, março de 1959, p. 72.

quo, mas sim *ad quem* à ocorrência do dano.¹³⁷ Com efeito, recoloca-se o contratante na situação em que estaria se houvesse cumprimento do contrato, e não na situação em que estava anteriormente à ocorrência do descumprimento.

A partir daí, pode-se conceituar ambos os componentes desse *código binário* como situações hipotéticas às quais o lesado será reconduzido, as quais compõem um dos polos da relação jurídica de reparação. A definição de qual seja a situação de recondução dependerá do *interesse* lesado que, de modo natural, é também o *interesse* indenizável.

É essa a proposição de Paulo Mota Pinto, em Portugal – “a nosso ver, o ‘interesse’ a que se referem estas expressões é a situação em que estaria o lesado sem o evento lesivo”¹³⁸ – e, dentre nós, que se extrai implicitamente de Judith Martins-Costa, ao definir o *interesse negativo* como “a situação em que o credor estaria se não tivesse celebrado o contrato ou entrado em negociações (...)”.¹³⁹ São, ambos, *situações hipotéticas*.

Veja-se que essa definição não pretende limitar um ou outro *interesse* a hipóteses de aplicação pré-concebidas. É justamente a impossibilidade de assim o fazer que justifica a adoção de uma definição pautada pelo *resultado* da sua aplicação e não pelo seu *conceito* que, do ponto de vista metodológico, poderia suscitar cabíveis críticas.

Em suma, justifica-se a inversão aqui proposta por uma série de argumentos que serão elucidados no decorrer da tese. Em essencial, a opção de estudar previamente as hipóteses de aplicação tornaria ainda mais complexo o estudo do tema, pois o faria depender de uma ampla e exaustiva análise de casos para, somente após, definir-se o sentido de expressões que não pertencem ao cotidiano forense ou acadêmico brasileiros.

Mas, mais essencial que isso, é anotar que o estudo do desenvolvimento teórico do *par conceitual* em ordenamentos jurídicos estrangeiros – o qual compõe o objeto de estudo do Capítulo 2 – aponta para o fato de que a delimitação dos conceitos à luz das hipóteses de aplicação foi responsável por erguer verdadeiros *dogmas*, não condizentes com transformações necessárias à manutenção de sua utilidade do Direito das Obrigações.

Foi o que se passou, apenas a título exemplificativo, quando se vinculou o *interesse negativo* à invalidade do contrato e o *interesse positivo* à sua validade, a partir da leitura

¹³⁷ Tecnicamente, no caso de cumprimento *in natura*, não se pode falar em indenização a qual, se existente, restará limitada aos danos moratórios. Essa se abre, contudo, quando a restituição é realizada *in natura* ou pelo equivalente. Ao tema voltar-se-á adiante, no item 2.1, Capítulo 4.

¹³⁸ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 842.

¹³⁹ Enquanto que o interesse positivo seria “o que resultaria, para o credor, do *cumprimento exato do contrato*” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, pp. 480-482).

estrita o texto de Jhering, desconsiderando que há uma diversa gama de *eventos lesivos* que podem se enquadrar em uma e outra hipótese.

Essa tentativa de delimitação *apriorística* do sentido das expressões e o âmbito de sua aplicação fez com que, paulatinamente, fossem criadas exceções ou subdivisões dentro da, já complexa, configuração do *código binário* ora trabalhado.¹⁴⁰ De tudo, contudo, manteve-se o seu sentido *finalístico*, vocacionado à compreensão da recondução do lesado a uma situação *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato.

É, portanto, intencional que se prefira lidar com críticas metodológicas à definição proposta – as quais, em parte, espera-se terem sido mitigadas pela exposição supra –, do que se inverter a ordem de exposição dos resultados. Esses, por sua vez, correspondem ao caminho que se passa a trilhar nos próximos capítulos. Tendo isso em mente, como se poderia conceituar o *interesse positivo* e o *interesse negativo*?

4.3 Interesse positivo e situação hipotética de cumprimento do contrato

Tomada a expressão *interesse positivo* como efetiva *fórmula de síntese* voltada à qualificação e à quantificação da situação hipotética sem o dano, pode-se defini-la como *a situação hipotética patrimonial na qual o lesado estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido*. É esse o sentido do adjetivo *positivo*.

A indenização do *interesse positivo*, o que equivale a dizer, a composição da relação jurídica de reparação, pressupõe a recolocação do lesado em um estado que se poderia chamar aqui de *ad quem*. Na lição de Paulo Mota Pinto, isso é realizado pela *adição* de um elemento que deveria ter ocorrido, e não ocorreu (*i.e.*, o cumprimento do contrato).¹⁴¹

Em síntese, realiza-se a determinação do dano a partir da comparação entre a situação real do lesado e aquela em que ele estaria se o contrato ou negócio jurídico houvesse sido

¹⁴⁰ É o que faz, exemplificativamente, Carten Nickel ao propor um terceiro conceito ao lado do par aqui trabalhado, o qual chama de *interesse contratual em sentido amplo*. O autor define interesse positivo como “o dano decorrente da falta de cumprimento ou do cumprimento imperfeito de uma obrigação” e o interesse negativo como aquele derivado da confiança na validade ou na existência do poder de representação do procurador. Exatamente porque há casos em que estas definições levariam a resultados não desejados pelo ordenamento jurídico, propõe então a figura do *interesse positivo em sentido amplo*, em que se teria a reparação pelo interesse positivo ainda que não se possa vislumbrar a violação a um dever de prestação ou mesmo descumprimento do contrato. Para esta conclusão, fundamenta-se na chamada *proteção positiva* da confiança, que é devida à Claus-Wilhelm Canaris, e que será abaixo estudada (item 4.1, Capítulo 2, ao qual se remete o leitor). (NICKEL, Carsten. Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo. Duncker & Humblot: Berlin, 2004, pp. 37-47).

¹⁴¹ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I., p. 842.

adequadamente cumprido. É esse o parâmetro comparativo que permitirá o exercício da função compensatória da responsabilidade civil.

Note-se, contudo, que a definição aqui adotada não se confunde com a afirmação de que o *interesse positivo* é devido apenas em caso de descumprimento do contrato. O alerta é de todo relevante. Se é certo que a hipótese de descumprimento, tendencialmente, leva à reparação do *interesse positivo*, isso não importa assumir esse direcionamento como necessário. Eis o que justifica a definição do conceito pelo seu *resultado* –, e não pelas hipóteses em que é aplicável – cuja depuração compõem o restante da tese.

4.4 Interesse negativo e situação hipotética de inexistência de contatos negociais

O *interesse negativo*, por sua vez, também lido como *fórmula de síntese*, pode ser aproximativamente concebido como a *situação hipotética de recondução do lesado, representada pela a situação patrimonial em que ele estaria se nem sequer houvesse cogitado do contrato, ou seja, se não houvesse iniciado contatos negociais*.¹⁴²

Construída a relação jurídica de reparação voltada ao *interesse negativo*, a reparação corresponderá à reconstrução de uma situação hipotética *a quo*, fundamentalmente obtida pela abstração de algo que aconteceu, ou seja, de um elemento *negativo* (i.e., a inexistência do contrato ou do início das tratativas).¹⁴³

Faz-se, contudo, o mesmo alerta acima referenciado. A definição do *interesse negativo* pela consequência de sua aplicação não significa dizer que ele somente seja aplicado nas hipóteses de não formação do contrato, embora sejam essas tendencialmente direcionadas à sua reparação. Novamente, a definição das hipóteses de aplicação escapam por completo essa definição aproximativa, e serão buscadas ao longo do trabalho.

¹⁴² Não se acolhe, aqui, a definição do conceito trazida por Pontes de Miranda que, aliás, parece mesmo contraditória ao sentido da indenização defendido pelo tratadista, *in verbis*: “o interesse negativo consiste no que teria sido a atuação do indenizando, se a manifestação de vontade do indenizante tivesse entrado no mundo jurídico tal como esperara o indenizando, ou tivesse entrado e tivesse sido válida, tendo-se cumprido, numa ou noutra espécie, as obrigações resultantes”, ao que se contrapõe a definição realizada logo a seguir, “vê-se bem que o interesse negativo exclui positivities: o indenizante não é obrigado a prestar o que o indenizando teria tido, se o ato, em que confiou, tivesse entrado no mundo jurídico, ou tivesse entrado e valesse; o a que é obrigado é a reparar o que o indenizando perdeu, por ter confiado na juridicidade, ou na juridicidade e validade do ato” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, pp. 90 e 91, § 383).

¹⁴³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I., p. 842.

5. Delimitação do âmbito de aplicação dos conceitos e da tese proposta

Antes que se prossiga o caminho de elucidação do *fundamento do dever de reparar* bem como da definição do *quantum* reparável nas hipóteses de proteção (e reparação) do *interesse positivo e negativo*, contudo, mostra-se imprescindível delimitar o campo de aplicação dos conceitos e, portanto, da tese que aqui se propõe.

Em grande medida, essa operação é intuitivamente depurada do percurso até aqui realizado, e por ora sintetizada: afinal, quais são os problemas indenizatórios resolvidos pela dicotomia entre *interesse positivo* e *interesse negativo*?

5.1 Responsabilidade civil negocial ou pré-negocial

Na medida em que o *interesse positivo* e *interesse negativo* representam situações hipotéticas sem o dano qualificadas *em relação ao contrato*, respectivamente, é intuitivo concluir que seu âmbito de aplicação desenvolve-se na responsabilidade advinda do rompimento do contrato ou da relação jurídica pré-contratual. Afasta-se, portanto, sua utilidade na responsabilidade aquiliana ou extranegocial.

Sem descer à relevante discussão sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro, prefere-se distingui-la da responsabilidade que repousa na violação a um *dever absoluto*, designada aqui como responsabilidade aquiliana “pura”, em que não está em evidência uma *relação mais estreita* entre as partes.

É essa a razão pela qual se prefere a adoção das expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, sem adjetivação como *contratual*. Embora o termo pudesse ser compreendido como o termo de comparação “*em relação ao contrato*”, é certo também que poderia se confundir com a qualificação da responsabilidade respectiva.

De toda sorte, e isso bem posto, é bastante evidente que, havendo a violação a um dever absoluto, não há sentido em se distinguir a recondução do lesado a uma situação positiva ou negativa em relação ao contrato. Essas hipóteses escapam à lógica do *par conceitual* ora apresentado, sendo antes voltadas à recomposição do *status quo ante*.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Conforme afirmam Dieter Medicus e Stefan Lorenz, “nos danos delituais é em regra claro o que se deve prestar como reparação de danos à luz do § 249 I: deve-se restituir a circunstância que teria lugar sem a ocorrência do delito”. O duplo direcionamento possível da reparação de danos surge para além dele, na responsabilidade de âmbito obrigacional (negocial ou pré-negocial). (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. München: C.H.Beck, 2008, p. 365). Em sentido contrário, por sua vez, entendendo haver aplicação da noção de *interesse negativo* na responsabilidade delitual, exatamente porque ambos são dirigidos a um retorno ao *status quo ante* (com o que não se concorda), vide PALANDT/Grüneberg. Bürgerliches..., p. 1382, Rn. 17 (comentários prévios ao § 249). A afirmação não se confunde com defesa do

E, assim, aderindo à lição de Hans Fischer, pode-se delimitar o campo de aplicação da tese às hipóteses em que “a indemnização de perdas e danos tem exteriormente a sua causa na celebração dum negócio jurídico”.¹⁴⁵ A menção às *perdas e danos* corresponde à segunda delimitação necessária dos conceitos.

5.2 Responsabilidade por danos patrimoniais (*perdas e danos*)

A aplicação dos conceitos é também delimitada à ocorrência de danos patrimoniais, as chamadas *perdas e danos*, não encontrando aplicação fora de seus limites. São, em suma, três os argumentos interligados que permitem realizar a afirmação.

O primeiro deles repousa na distinção supra referida, que definiu o campo da responsabilidade negocial e pré-negocial como o *locus* de aplicação da distinção proposta. Não há dúvidas de que, conquanto não se negue a ocorrência de dano não patrimonial nestas hipóteses, a centralidade do termo *obrigação* mantém-se vinculada ao seu conteúdo econômico ou patrimonial, sendo este o conteúdo de seus danos mais frequentes. É ele, com efeito, que justifica diversos sentidos “*em relação ao contrato*”.

Em segundo ponto, e ainda que a lógica comparativa depurada da aplicação dos conceitos seja aplicável a qualquer hipótese de dano, é também verdade que sua função na *quantificação* do dano só se releva útil em relação ao dano patrimonial. Com efeito, somente a comparação de grandezas patrimoniais é que resulta em um *quantum*.

Ora, o *código binário* desenvolve-se em torno da indenização de danos ou da restituição do lesado à situação hipotética sem o dano. A compensação de interesses não patrimoniais não se volta a uma dualidade possível de *situações hipotéticas*, sendo sempre (aproximativamente) pautada em um *status quo ante*.¹⁴⁶

E, por fim, último argumento repousa na própria etimologia do *interesse* que, consoante visto, confunde-se com o *dano* e, mais especificamente, com as *perdas e danos*. Ele tem conteúdo primordialmente patrimonial, o que não importa negar a existência de

conteúdo delitual da responsabilidade pré-negocial, encontrada, exemplificativamente, na lição de Mario Júlio de Almeida Costa, para quem essa qualificação levaria à conclusão de que os conceitos não se mostram de todo irrelevantes na responsabilidade extracontratual. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações..., p. 598). Nesses casos, porém, não se trataria de uma responsabilidade delitual *pura*.

¹⁴⁵ FISCHER, Hans Albrecht. A reparação..., p. 104.

¹⁴⁶ Conforme lição de Bruno Miragem, os danos extrapatrimoniais não são suscetíveis de reparação, tanto assim que sua liquidação é feita por arbitramento judicial. Fala-se, então, de *compensação*. (MIRAGEM, Bruno. Direito Civil..., p. 335).

outros danos indenizáveis. Assim, por exemplo, a lição de Adriano Vaz Serra: “dano patrimonial é, pois, o *interesse patrimonial* ou, apenas *interesse (id quod interest)*”.¹⁴⁷

5.3 *Interesse positivo, interesse negativo e interesse na integridade*

A delimitação do campo de aplicação do *par conceitual* deve ser complementada por uma delimitação que, *in abstracto*, não é tão facilmente compreendida. Refere-se ao fato de que a distinção entre o *interesse positivo* e *negativo* somente será aplicável (*i.e.*, somente será útil à resolução de problemas) se fundamentada a reparação na violação de dever que repercuta, direta ou indiretamente, no dever de prestação. Explica-se.

Como se reconhece no Brasil, desde ao menos a proposição da obrigação como processo por Clóvis do Couto e Silva,¹⁴⁸ a relação jurídica obrigacional é composta por uma variedade de deveres que, formando um corpo unitário, compõe o seu conteúdo complexo. Dentre esses eles distinguem-se aqueles vinculados à prestação, também referidos como deveres principais, e os deveres decorrentes da boa-fé.

Em relação aos primeiros, não há dúvidas de que sua violação é abrangida pelo *par conceitual* aqui proposto, pois se coloca em evidência um parâmetro comparativo *em relação ao contrato*. A controvérsia surge nos chamados deveres que decorrem do princípio da boa-fé, – também referenciados como deveres laterais de conduta, deveres de proteção ou deveres acessórios ou simplesmente deveres de boa-fé.¹⁴⁹

Exatamente porque não fundamentados na autonomia privada, diferentemente dos primeiros, esses deveres podem nascer antes mesmo da formação do vínculo contratual. Abrangem, portanto, também a responsabilidade pré-negocial.¹⁵⁰

A sua *ubiquidade* faz com que as consequências de sua violação não possam ser tratadas como uniformes. Com efeito, é possível que sua violação repercuta no *dever de prestação* ou, ao contrário, seja totalmente desvinculada da finalidade do contrato.

¹⁴⁷ VAZ SERRA, Adriano. Obrigação de..., p. 11.

¹⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: FGV, 2007.

¹⁴⁹ A nomenclatura a eles conferida não é homogênea. Entende-se que, independente daquela que se adote, o relevante é diferenciar a sua estrutura e função em relação aos deveres de prestação. Para além das citadas no texto, é também usual referenciá-los como *deveres laterais de conduta*, cuja qualificação como lateral tem o condão de qualificar sua colocação ao lado dos deveres de prestação. A nomenclatura, conquanto bastante lógica, somente faz sentido quando referenciada a deveres ligados ao vínculo contratual. Sobre ela, vide LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: Revista dos Tribunais ano 94, v. 832, fev. 2005. São Paulo: RT, 2005, p. 104.

¹⁵⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. A boa-fé na formação dos contratos. In: Revista de Direito do Consumidor. vol. 3. p. 78. Jul/1992, acesso pela RTOonline.

Ora, a ruptura injustificada de negociações afeta a expectativa de conclusão do contrato da parte, àquela altura ainda não formado; a violação da boa-fé no curso do contrato também pode, preenchidos determinados pressupostos, levar à sua resolução e, com isso, atingir o dever de prestação. Em ambos os casos, viola-se um dever de boa-fé e, reflexamente, alguma expectativa (*positiva* ou *negativa*) em relação ao contrato.

Diferentemente, contudo, se passa na violação a deveres de conduta que sejam absolutamente desvinculados do conteúdo negocial. A parte que, no curso das tratativas, causa dano ao patrimônio ou à pessoa do partícipe contratual, por eles responde independente de ter violado a prestação; da mesma forma se este dano for causado no curso do cumprimento do contrato já formado, por *violação positiva do contrato*.

Na doutrina de Karl Larenz, essas violações são reconduzidas ao conceito de *interesse na integridade*, encontrando lugar nas hipóteses de violação a direito ou bem jurídico, bem como de violação a um dever de proteção contratual.¹⁵¹ O termo, embora não seja usualmente referenciado na doutrina brasileira, é bastante compreensivo.

Nesses casos, a responsabilidade decorrente é muito mais próxima daquela *aquiliana* do que das responsabilidades negocial e pré-negocial. A afirmação é confirmada com a constatação de que sua reparação é indissociável da existência do contrato, podendo ser buscada nas regras gerais de responsabilidade civil.

Independentemente do regime de responsabilidade que lhes seja aplicável, fato é que a reparação do dano causado a tais *interesse na integridade* não se mede por uma recondução *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato.¹⁵² Essa comparação, aliás, não se mostra *ab initio* útil à resolução do problema indenizatório.

Trata-se de hipótese de dano patrimonial negocial ou pré-negocial que, contudo, não se adequa aos limites do presente texto e à dicotomia apresentada.¹⁵³ Em outras palavras,

¹⁵¹ LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 431.

¹⁵² Contra o aqui defendido, Hans Grigoleit e Thomas Riehm defendem a possibilidade de tratamento dos chamados *interesses na integridade* conjuntamente ao *interesse negativo*, uma vez que em ambos o interesse do lesado se volta à abstração de algo (a situação em que o lesado estaria sem o contrato). (GRIGOLEIT, Hans Christoph e RIEHM, Thomas. Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht. In: Archiv für die zivilistische Praxis. Band. 203 (2003). Mohr Siebeck, p. 752).

¹⁵³ Nesse ponto específico, permite-se discordar em parte da afirmação feita por por Luiz Edson Fachin, ao trabalhar o descumprimento da função social do contrato como hipótese de descumprimento contratual. Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a caracterização da violação como contratual permitiria afirmar que “é o caso de violação do interesse positivo, emergindo danos do não cumprimento do contrato pela não observância ou desaproveitamento da função social”. Não se discorda da premissa e nem da qualificação conferida à respectiva violação. Ocorre que o parâmetro de comparação ao contrato nem sempre se fará necessário nestes casos, à semelhança do que se passa com os deveres decorrentes da boa-fé. Somente aqueles que atinjam também o *núcleo* do contrato é que são resolvidos pelo *par conceitual*. Nos demais casos, a indenização é indiferente da recondução do lesado a uma situação positiva ou negativa em relação ao contrato. Em outras palavras, não é a qualificação do descumprimento como contratual ou a aplicação desse regime que,

não basta se estar diante de um prejuízo material depurado do *iter* negocial para que, sem maior discussão, se possa lançar mão do *interesse positivo* e do *negativo*.

6. Sequência

Demonstrado o sentido do vocábulo *interesse* e sua centralidade na compreensão dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* –, o que se fez diante de uma dualidade insuperável de significados do termo, ora como uma *diferença patrimonial*, ora como *interesse juridicamente tutelado* – já se tem substrato suficiente ao prosseguimento da exposição dos conceitos propostos por Rudolf von Jhering.

Esse caminho dirige-se à recepção posterior do *par conceitual*, cujos desenvolvimentos são bastante profundos na doutrina estrangeira, máxime na Alemanha, mas também na Itália, em Portugal e, ainda que sob diferentes pressupostos, também no *common law*. Da simples dicotomia entre *validade* e *invalidade*, encontrada no texto original, parte-se para a reformulação teórica da distinção no próximo capítulo.

inconteste, faz surgir o direito à reparação do *interesse positivo*. (FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade por dano de cumprimento diante do desaproveitamento da função social do contrato. In: ANDRADE NERY, Rosa Maria e DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 319).

CAPÍTULO 02 – INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DISTINÇÃO –

Por mais que os conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo* possam ser compreendidos no contexto de seu surgimento, é bastante natural que seus desenvolvimentos posteriores não podem ser limitados à compreensão original de Rudolf von Jhering. E, considerando que sua proposição não é usual no Direito brasileiro, mostra-se adequado traçar o panorama desse desenvolvimento à luz de experiências estrangeiras.

É exatamente esse o sentido do presente capítulo que, sem pretender fundamentar a aplicabilidade do *par conceitual* no Brasil, tem como objetivo demonstrar o percurso, convergente ou divergente, que os conceitos tiveram em diferentes ordens jurídicas. Os acentos são colocados no Direito comparado, portanto, mas na medida em que o percurso possa fomentar a compreensão dos conceitos na experiência nacional.

1. A fundamentação teórica da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo*

A compreensão aproximativa dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*, supra realizada (item 4, Capítulo 1), permitiu depurá-los como duas *situações hipotéticas* distintas de recondução do lesado, mediante a adição ou subtração de determinado acontecimento. Focou-se, portanto, no resultado por eles proporcionado.

Nesse contexto, e sem descer às vicissitudes da aplicação desses conceitos que compõem um verdadeiro *par conceitual*, é plenamente compreensível a distinção fática por eles fomentada. Com efeito, reconduzir o lesado à situação de cumprimento do contrato (*interesse positivo*) é abstratamente diverso do que o reconduzir à situação existente antes mesmo da formação do vínculo (*interesse negativo*).

Em um plano igualmente aproximativo – tal com as definições dos conceitos até então propostas –, a distinção não suscita maiores controvérsias. Da mesma forma, e ainda que não aplicável de forma reiterada no Direito brasileiro, é, ao leitor brasileiro, bastante compreensível – não se mostrando incompatível, de plano, com o ordenamento nacional.

Um estudo aprofundado e adequado dos conceitos, contudo, não poderia se limitar ao reconhecimento da distinção fática entre os sentidos *positivo* e *negativo* de conformação da relação jurídica de reparação, conquanto essa seja essencial. Foi exatamente na busca de parâmetros seguros de aplicação do *interesse positivo* e do *interesse negativo* que a distinção dos conceitos foi realizada no Direito estrangeiro.

Em outras palavras, e para além do reconhecimento da nítida distinção entre ambos do ponto de vista do *resultado* proposto – algo que, como visto no Capítulo 1, foca-se na aplicação de um *método comparativo* ínsito à noção de *interesse* – o desenvolvimento do *par conceitual* se deu em torno dos *fundamentos reparatórios*.

Sobre eles, buscou-se depurar quais as hipóteses de proteção (e indenização) do *interesse positivo* e do *interesse negativo*, algo que se mostrava patente desde a formulação original de Jhering, então dividida entre a validade e a não perfeição do contrato, mas que veio a marcar profundamente a história desses conceitos.

Essa história é marcada por inúmeras discontinuidades, por vezes divergentes ou convergentes em diferentes ordenamentos jurídicos. Antes de estudá-la, contudo, convém traçar algumas considerações prévias que justificam o caminho da exposição que segue.

1.1 A operacionalidade da distinção: a premissa quanto ao reconhecimento da força vinculante do contrato

A existência de uma dupla direção possível de composição da relação jurídica de reparação, uma *positiva* e outra *negativa* em relação ao contrato, somente se compreende na medida em que seja possível pressupor a tutela jurídica conferida ao vínculo contratual.

É bastante evidente que essa distinção se coloca apenas quando possível contrapor a existência do *contrato* à circunstância de sua *inexistência*. Com efeito, sem o reconhecimento da exigibilidade que decorre do *contrato* ou do *negócio jurídico*, cairia por terra a possibilidade de reconduzir o lesado à situação *ad quem* de cumprimento.

O *código binário* é, assim, compreendido em ordenamentos jurídicos que reconheçam o contrato como fonte de vinculação. A conclusão poderia ser lida em sentido inverso, para se afirmar que, reconhecida a força vinculante do contrato, é natural supor que sua tutela tenha notas distintivas em relação ao parâmetro indenizatório aplicável.

A existência da distinção entre *interesse positivo* e *negativo* é reconhecida na generalidade dos sistemas jurídicos, ainda que sem uma designação específica, como de certa forma, se passa no Direito francês.¹⁵⁴ Conforme relata Paulo Mota Pinto, os conceitos

¹⁵⁴ Não se poderia afirmar, de modo peremptório, que a distinção não seja aplicável no Direito francês. E isso por um duplo fundamento. Primeiramente, porque não se propôs uma leitura verticalizada da doutrina francesa o que, contudo, não significa que ele não tenha sido de todo consultada. Em segundo ponto, porque mesmo sendo discutível a aplicação dos conceitos na França, é verdade que vozes mais recentes têm rememorado a distinção proposta por Jhering, o que tornaria a sua negação sujeita a temperamentos críticos. Vide, por todos, THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Nullité, restitutions et responsabilité. Préface de Jacques Ghestin. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

são aplicáveis nos Direitos alemão, austríaco, suíço, holandês, italiano, espanhol, inglês, norte-americano, brasileiro, japonês e também em experiências internacionais, como os *Principles of European Contract Law* (PECL), os Princípios UNIDROIT e a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).¹⁵⁵

O reconhecimento da premissa de operacionalidade da distinção entre o *interesse positivo* e *negativo*, localizada no reconhecimento da força vinculante do contrato, mostra-se essencial à viabilidade da tese proposta. É, contudo, uma afirmação ainda bastante superficial, e que não responde à solução da lacuna doutrinária que se pretende colmatar no Direito brasileiro, ainda que confirme que se “*pisa em solo firme*”.¹⁵⁶

O problema central em torno deste par de conceitos diz respeito à definição de qual seja o *interesse* reparável (ou protegido) nas múltiplas patologias verificáveis na relação obrigacional. Em outras palavras, é dependente da *configuração do dever de reparar*, algo que somente se pode adequadamente obter *in concreto*.

1.2 Os diferentes desenvolvimentos teóricos em torno do *par conceitual*

Ultrapassada a constatação da existência fática de dois direcionamentos diversos, a depuração dos conceitos pressupõe a análise da solução concreta construída em determinado ordenamento jurídico. E, nesse contexto, muito embora a resposta a ser obtida deva ser temporal e geograficamente localizada, desenvolvimentos em experiências estrangeiras contém uma constante: observa-se a tentativa reiterada de defini-los de forma apriorística, à luz das hipóteses de sua aplicação.

Em certa medida, essa busca é encontrada já no texto original de Jhering, que os estabilizou entre as hipóteses de *validade (interesse positivo)* e de *não formação perfeita do contrato (interesse negativo)*; ela se mantém perceptível, contudo, nos estudos posteriores que acabaram por vinculá-los à dicotomia *cumprimento (interesse positivo)* e *confiança (interesse negativo)* para, em uma leitura contemporânea, denotar-se a tendência de compreensão dessas definições apriorísticas como meramente parciais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ A constatação é de Paulo Mota Pinto, que indica a existência da distinção nos Direitos alemão, austríaco, suíço, holandês, italiano, espanhol, inglês, norte-americano, brasileiro, japonês e também em experiências internacionais, como os *Principles of European Contract Law* (PECL), os Princípios UNIDROIT e a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Vide, com inúmeras referências bibliográficas, MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2008, pp. 849-854.

¹⁵⁶ Toma-se aqui por empréstimo a expressão utilizada por Jhering para se referir à existência da distinção de dois interesses diversos nas *fontes*, já mencionada na NR 23.

¹⁵⁷ A congruência entre *interesse positivo* e *cumprimento* e *interesse negativo* e *confiança* não é absoluta, conquanto bastante frequente. Vide, dentre outros, HANAU, Peter e WACKERBARTH, Ulrich. Positives und

Ora, é bastante evidente que o *par conceitual* não tem relevância autônoma, na medida em que sua função e aplicação somente são vislumbradas na solução de problemas reparatórios *in concreto*, em diálogo com os quais deve ser estudado. Isso faz com que a história de seu desenvolvimento confunda-se com a história do desenvolvimento do próprio Direito das Obrigações, e de suas transformações fundamentais.

Não por acaso, muitas das objeções formuladas aos conceitos fundaram-se nas dificuldades de determinação de sua aplicação, sendo especialmente existentes nos primeiros anos de desenvolvimento teórico da distinção.¹⁵⁸

Se a função dos conceitos é instrumentalizar o parâmetro indenizatório em situações patológicas ocorrentes entre a fase formativa do contrato e o exaurimento de sua finalidade, é bastante natural que, alargado o alcance da obrigação, igualmente alargado seja o seu *locus* de aplicação. Isso agrega complexidade às hipóteses em que os conceitos incidem, e coloca em dúvida a possibilidade de sua delimitação apriorística.

Exemplos bastante simples permitem confirmar o acerto da afirmação. As demandas de cumprimento específico e de resolução do contrato são fundamentadas na ocorrência do inadimplemento contratual, mas cada qual impõe conformações diversas da situação de recondução da parte lesada. Da mesma forma, a proteção contra o rompimento de tratativas é diversa daquela que pressupõe o comportamento voltado à formação válida do contrato, ainda que ambas estejam localizadas no momento da formação do contrato.

Diante desse contexto, seria mesmo pouco provável que situações heterogêneas pudessem ser adequadamente reduzidas em uma classificação estanque. Mais do que isso, seria desconsiderar a sua multiplicidade intentar defini-las por suas consequências reparatórias, o que poderia conduzir a resultados indesejados.

Em que pese a constatação, foi exatamente isso se que se buscou no Direito estrangeiro, de forma mais evidente no Direito alemão, mas, a partir dele, com influência direta em outros ordenamentos, como o português e o italiano.

Não é casual que a busca pela fundamentação da distinção tenha reconduzido à adoção de nomenclaturas substitutivas àquela aqui adotada, o que se deu tanto em diferentes

negatives Interesse. In: Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung. Festschrift für Hyung-Bae Kim. Ducker & Humblot: Berlin, 1995, p. 205.

¹⁵⁸ Em 1907, poucos anos após a entrada em vigor do BGB, afirmava Carl Amberg que as críticas à existência dos interesses, especificamente do *interesse negativo*, fundavam-se em seu caráter pouco prático e na impossibilidade de resposta à questão de quais danos levariam a sua reparação. Vide, com referências, AMBERG, Carl. Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im BGB. Anton Kämpfe: Jena, 1907, p. 41.

tradições jurídicas¹⁵⁹ como dentro de um mesmo ordenamento. O recurso às noções de *interesse no cumprimento* e *interesse na confiança* é, aliás, bem ilustrativo da tentativa de vinculá-los às hipóteses lesivas nos quais são aplicáveis.¹⁶⁰

A história do *interesse positivo* e *negativo* acabou sendo, contudo, marcada por uma linha descontínua entre tentativas de reconstrução dos conceitos em torno das hipóteses de sua aplicação, e a posterior e consequente desconstrução dessas perspectivas diante de seu caráter relativo. Em larga medida, esse movimento pendular justifica parte da complexidade em torno da compreensão dos conceitos, pois classificações foram erigidas a “dogmas” que, posteriormente, foram suplantados.

Há, portanto, um nítido *problema*. Os conceitos não são úteis de forma isolada ou meramente abstrata, devendo ser trabalhados em vista às situações reparatórias por eles recobertas. Ao mesmo tempo, contudo, a pluralidade de tais formulações impede uma definição apriorística de suas hipóteses de aplicação, a qual deve ser depurada *in concreto*, afastando a possibilidade de defini-los à luz dessas hipóteses.

A constatação poderia colocar em dúvida tanto a utilidade de aplicação dos conceitos, como a viabilidade de recurso aos desenvolvimentos havidos em experiências estrangeiras. Sem qualquer contradição, contudo, entende-se que ambos os caminhos se revelam úteis ao estudo proposto, desde que lidos com algumas cautelas.

De maneira bastante geral, o enfrentamento do tema no Brasil pode ser qualificado pelo que se propõe chamar de *aparente* ou *ambígua* dificuldade.

1.3 A “ambígua dificuldade” do tema no Direito brasileiro e a justificativa de recurso aos desenvolvimentos estrangeiros

Embora as expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* não sejam desconhecidas do Direito brasileiro, é certo que o tratamento a elas conferido não é central. Em geral, pode-se dizer que os conceitos vêm mencionados quando do estudo de hipóteses específicas, especialmente quando ligados à resolução do contrato e à responsabilidade pré-contratual, mas neles ocupando lugar nitidamente acessório.¹⁶¹

¹⁵⁹ No *common law*, desde a obra de Fuller e Perdue utilizam-se as expressões *expectation interest* e *reliance interest* para representar, respectivamente, o interesse positivo e negativo. (FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages. In: 46 Yale L.J. 52 1936-1937, pp. 52 e ss.).

¹⁶⁰ Como já afirmado, na Alemanha é comum a identificação do interesse positivo ao interesse no cumprimento (*Erfüllungsinteresse*) e do interesse negativo ao interesse na confiança (*Vertrauensinteresse*).

¹⁶¹ Menções específicas à doutrina brasileira serão feitas ao longo da tese e especificamente na Parte II. Por ora, afirma-se encontrá-las, no que diz respeito à resolução em ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. 5ª edição. São Paulo: RT, 2014 e AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção dos contratos por

Com efeito, desconhece-se a existência de um tratamento verticalizado das expressões ou de sua fundamentação teórica, o que somente poderia ser realizado de forma adequada a partir do estudo do relacionamento entre ambos os componentes desse *código binário*. Há, assim, um nítido espaço a ser preenchido na doutrina brasileira.

Em parte, o preenchimento dessa lacuna pressupõe uma exposição analítica dos conceitos, a qual não encontraria a mesma utilidade (*rectius*, necessidade) em outros ordenamentos. Foi o que justificou, por exemplo, o capítulo de abertura da tese, em que se vislumbrou o sentido do termo *interesse* subjacente às expressões.

Se de um lado denota-se uma natural dificuldade na apresentação de um tema definido por Araken de Assis como *obsuro* e *inusitado*,¹⁶² por outro, contudo, percebe-se a vantagem possibilitada pelo estudo dos acertos e dos erros havidos no desenvolvimento da distinção na experiência estrangeira.

Sem pretender transportar soluções jurídicas ou mesmo trabalhar com o Direito comparado, a verdade é que as teorias explicativas da distinção do *interesse positivo* e *negativo* mostram-se extremamente relevantes à compreensão da utilidade do tema no Direito nacional, desde que não se dê a elas a mesma natureza de dogmas que lhes foi conferida em seus ordenamentos de origem.

Em outras palavras, o estudo (ainda que panorâmico) de tais desenvolvimentos é capaz de fomentar o preenchimento da fundamentação do *interesse positivo* e *negativo* e, ao mesmo tempo, de propiciar que não se cometam equívocos que, em grande medida, agregaram ainda mais complexidade a um tema naturalmente complexo.

Mais do que isso, e na medida em que o *locus* de desenvolvimento da fundamentação teórica da distinção é aquele da complexidade obrigacional e das múltiplas patologias e remédios cabíveis frente a elas, é evidente que o caminho a ser percorrido confunde-se com o estudo das circunstâncias que levam à indenização.

As dificuldades de compreensão dos desenvolvimentos havidos na experiência estrangeira são bastante minoradas pelo fato de que essas circunstâncias lesivas são há muito

incumprimento do devedor. Resolução. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004 e, no que toca à responsabilidade pré-contratual em ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade...; POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. 1ª ed. (ano 2001), 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011 e CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. São Paulo: Lejus, 1997.

¹⁶² Ao expor o tema, chamando o *par conceitual* de dano positivo e dano negativo, Araken de Assis iniciava por se desculpar: “de saída, rogando larga tolerância pelo título obscuro e inusitado da presente conferência, almejo situá-lo”. (ASSIS, Araken. Dano positivo e dano negativo na resolução do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 60, março 1994, p. 121).

estudadas no Direito brasileiro: em discussão estão temas centrais de responsabilidade contratual e pré-contratual.

Denota-se, dessas duas percepções, o caráter ambíguo da dificuldade acima afirmada. Não apenas não há *dogmas* a ser desconstituídos no Direito brasileiro, como a compreensão do *par conceitual* dialoga de forma estreita (e complementar) a temas há muito trabalhados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

Tem-se, assim, bem justificado o recurso ao tratamento da *construção* e *desconstrução* de alguns dogmas erguidos em torno dos conceitos à luz de experiências estrangeiras. O caminho, mais do que depurar o sentido da distinção, o que por si já o tornaria bastante útil, também permite a exata compreensão dos conceitos apresentados, abrindo espaço ao preenchimento da lacuna identificada no Direito brasileiro.

Para tanto, realizada uma prévia depuração de conveniência e oportunidade, permite-se apresentar essa história de desenvolvimento a partir de três distintas fases, cada qual representada por uma polarização de fundamentos distintivos.

Apesar de identificadas no âmbito do trabalho como *fases*, contudo, haveria de se anotar que o seu desenvolvimento não é puramente cronológico ou subsequente, sendo a divisão realizada meramente didática e realizada mediante um amplo recorte. Não se pretende, naturalmente, realizar um histórico depurado da distinção.

Aliás, reconhecendo com Paulo Mota Pinto que o tema tenha suscitado verdadeiro *fascínio* da doutrina desde o momento em que apresentado por Jhering, e nos mais diferentes ordenamentos jurídicos,¹⁶³ é natural concluir a impossibilidade de se pretender traçar uma linha evolutiva ininterrupta – o que, aliás, seria mesmo discutível ante o caráter dinâmico desse desenvolvimento, tal qual ocorre em geral na história de teorias jurídicas.

2. A primeira fase de desenvolvimento do *par conceitual*: da proposição de Jhering à parcial acolhida no BGB

Como demonstrou no capítulo anterior (item 2.2, Capítulo 1), a denominação *interesse positivo* e *interesse negativo* é devida a Rudolf von Jhering. Seu texto original, até hoje festejado e bastante influente, foi também responsável por introduzir o primeiro sentido da distinção, polarizada entre a existência e inexistência de um contrato válido.¹⁶⁴

¹⁶³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I., pp. 1-8.

¹⁶⁴ É indubitável a atualidade do texto de Jhering, o que não importa negar a necessidade de sua leitura contextual. Há quem afirme que os problemas discutidos pelo jurista alemão seriam exatamente os mesmos de hoje, como Francesco Benatti, “diferentemente do que se poderia supor, a teoria do interesse negativo não teve

Essa, que se pode dizer “primeira fase” do desenvolvimento dos conceitos, vai desde a publicação do trabalho sobre *culpa in contrahendo* por Jhering, em 1861, até a edição do Código Civil alemão de 1900, o qual o recepcionou de forma bastante tímida.

2.1 A formulação dos conceitos e a *culpa in contrahendo*

A proposição de um par de conceitos antagônicos, *interesse positivo* e *interesse negativo*, ao menos quando lida no contexto de sua apresentação, é indissociável da proposição da *culpa in contrahendo*. O conceito, conforme elucidado no capítulo anterior, foi utilizado para designar a responsabilidade na fase formativa, vinculando-se às hipóteses de não perfeição do contrato decorrente da *culpa* de um dos contratantes.¹⁶⁵

Essencialmente, havendo culpa de um dos contratantes pela invalidade do contrato, a parte culposa deveria responder pelos danos causados àquela inocente. Para Jhering, e eis a inovação da sua *culpa in contrahendo*, a pretensão de responsabilidade não seria atingida pela decretação de invalidade, diferentemente do direito à prestação.¹⁶⁶

Ainda que em ambos os casos fundada na culpa, a reparação teria direcionamentos diversos. No primeiro caso, da *culpa contractual*, a reparação seria dirigida ao *interesse positivo*; no segundo, da *culpa in contrahendo*, ao *interesse negativo*.¹⁶⁷

A distinção operava-se pelo fato de que a pretensão ao *interesse positivo* dependeria da validade do contrato e a reparação do *interesse negativo*, por sua vez, limitava-se à

nenhum progresso desde quando foi primeiramente formulada, e os problemas até hoje debatidos na doutrina são os mesmos que foram observados por Jhering”. (BENATTI, Francesco. La responsabilità precontrattuale. Collana: Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino, 50. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 145). Outros, por sua vez, entendem que a teoria *jheringiana* começa por dar os primeiros sinais de envelhecimento, quase 150 anos após a publicação do “*Culpa in contrahendo*” (GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. In: Rivista di Diritto Civile. 2004, I, p. 488). Embora não se concorde integralmente com nenhuma das afirmações, fato é que ambas ainda recorrem à formulação original de Jhering.

¹⁶⁵ A exata compreensão da influência e da importância do texto original de Jhering na formulação dos conceitos aqui trabalhados é dependente de uma leitura conjuntural, exposição realizada Capítulo 1, item 2, ao qual se remete o leitor.

¹⁶⁶ Essa conclusão é encontrada em boa parte da doutrina que esse dedica ao estudo do texto de Jhering. Destaco, dentre outros, a afirmação de Dieter Medicus: “a nulidade do contrato extingue a pretensão ao cumprimento em si, mas não a pretensão de reparação de danos por *culpa* (...)”. (MEDICUS, Dieter. Zur Entdeckungsgeschichte..., p. 181).

¹⁶⁷ Conforme Helge Dedek, a força da nomenclatura *interesse negativo* é tão intensa que a sua ligação à noção de *culpa in contrahendo*, fundamento de responsabilidade, acabou sendo fundida em uma unidade no pensamento jurídico geral. (DEDEK, Helge. Negative Haftung..., p. 161). O mesmo se retira da lição de Menezes Cordeiro, que define a *c.i.c.* a partir do *interesse negativo*: “pode considerar-se que, para Jhering, a *culpa in contrahendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 533).

invalidade.¹⁶⁸ A partir daí compreende-se a afirmação de Francesco Benatti, no sentido de que a distinção entre os *interesses* não suscitava maiores dificuldades em seu contexto original, pois fundada na dualidade entre *validade* e *invalidade*.¹⁶⁹

É, com efeito, recorrente a afirmação de que a polarização proposta encontrava-se entre contratos válidos e inválidos, tanto na doutrina alemã como estrangeira.¹⁷⁰ Embora não haja dúvidas que a proposição se aplique textualmente a essa dicotomia, ela somente se mostra verdadeira se o termo validade for compreendido de modo contextual.¹⁷¹

A casuística da *culpa in contrahendo* em Jhering era composta também por contratos não formados, exemplificados nas hipóteses de revogação da oferta entre ausentes, da morte do proponente antes da aceitação, em contratos entre ausentes, e da revogação de uma proposta ao público.¹⁷² Nesses exemplos, melhor seria falar-se em contratos “não chegados à perfeição”, para contrapô-los aos contratos validamente formados, como o próprio subtítulo do texto de Jhering deixava entrever.

Em outras palavras, a *culpa in contrahendo* repousava também na não conclusão do contrato por uma circunstância ligada à pessoa do proponente, em que não haveria invalidade propriamente dita.¹⁷³ A dicotomia entre *Gültigkeit* e *Ungültigkeit*, nos termos originais em alemão, ao mesmo tempo em que se permite ser compreendida como validade vs. invalidade, também admitiria significado que designe outras formas de obstáculo à vigência e à eficácia do pacto, todos abrangidos pela *culpa in contrahendo*.

¹⁶⁸ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 13.

¹⁶⁹ BENATTI, Francesco. *La responsabilità*..., p. 146. A afirmação é seguida, no Brasil, por ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade*..., p. 152.

¹⁷⁰ Na doutrina alemã, vide Hans Fischer: “É a invalidade do acto ou contrato que determina sempre casualmente os danos indenizáveis que se compreendem no conceito de ‘interesse contratual negativo’” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação*..., p. 105). E, na doutrina italiana, dentre outros, TURCO, Claudio. *Interesse negativo*..., p. 48, referindo-se ao binômio *interesse positivo e negativo* como situações jurídicas relacionadas à validade (*Gültigkeit*) e invalidade do pacto (*Ungültigkeit*). No Brasil, Régis Fichtner Pereira considera que foi Gabrielle Faggella, em 1906, o primeiro jurista a alargar o âmbito da *culpa in contrahendo* para além da invalidade, nota que, por sua vez, seria característica da obra de Jhering. (PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 129).

¹⁷¹ Há quem como Paulo Mota Pinto, considera imprecisa a vinculação do *código binário* à dicotomia validade e invalidade, exatamente porque não havia essa necessária delimitação o texto de Jhering. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual*..., vol. I., p. 178).

¹⁷² A casuística corresponde à segunda parte do texto de Jhering, no qual o jurista propunha grupos de casos de aplicação da sua teoria. Em alguns deles, especificamente no exemplo da morte do proponente antes da aceitação, o fundamento a *culpa* invocado é bastante curioso: o proponente responderia por ter preferido contratar entre ausentes do que se deslocar até o suposto contratante, “em vez do meio mais seguro da comunicação oral pelo próprio, se socorrer a um outro mais inseguro, expondo o adversário ao perigo” (JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 73).

¹⁷³ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 69.

É justamente a ligação entre “contratos não chegados à perfeição” e a *culpa in contrahendo* que merece ser destacada, e da qual se retira a importância do texto de Jhering nos desenvolvimentos que lhe seguiram. Com efeito, e no contexto do seu surgimento, não há *culpa in contrahendo* sem *interesse negativo* e vice-versa.

Em outras palavras, a própria noção de *culpa in contrahendo* nasce vinculada ao *interesse negativo* de forma umbilical. O texto do jurista alemão, com efeito, é muito mais uma exposição do sentido da indenização devida *in contrahendo*, do que a depuração especificada dos deveres surgidos na fase de negociações pré-negociais.

É natural a compreensão de que a doutrina que lhe seguiu tenha focado o *par conceitual* a partir dessa ligação.¹⁷⁴ Àquela altura, o *interesse positivo* não suscitaria grandes controvérsias, servindo muito mais para definir, por mera contraposição direcional, o *interesse negativo* – este sim objeto de inúmeras discussões.

2.2 A primeira aproximação do *interesse negativo* à confiança em Windscheid

O problema proposto por Rudolf von Jhering revestia-se de importância prática incontestada e reclamava aprofundamento não encontrado nos limites do texto original. Com efeito, embora sua teoria estivesse centrada na *culpa*, não se extraem dali subsídios claros para definição do *fundamento* da indenização pelo *interesse negativo*.

Em suma, mesmo reconhecendo a vinculação do *interesse negativo* à *culpa in contrahendo*¹⁷⁵, a proposição soava vaga. Embora possível identificá-la em alguns dos exemplos originalmente propostos, nem sempre se mostrava possível ou mesmo desejável imiscuir-se em tal aspecto subjetivo para definição do dever de reparar.

Mesmo nos estreitos limites do texto de Jhering, o recurso à *culpa* não soaria sempre de todo adequado. O jurista alemão defendia, por exemplo, a responsabilidade por *culpa in contrahendo* em caso de morte do proponente antes da aceitação, a qual se fundaria no

¹⁷⁴ Sobre a ligação dos conceitos de *c.i.c* e o *par conceitual*, que posteriormente foi revista, vide António Pinto Monteiro: “quem não se lembra, igualmente, da “descoberta”, por Rudolf von Jhering, da doutrina da culpa *in contrahendo*, hoje generalizadamente acolhida no contexto da responsabilidade pré-contratual? E dos estudos que a esse respeito (e não só) se vêm fazendo sobre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo relativamente ao dano a indemnizar em tais hipóteses de responsabilidade civil?” (PINTO MONTEIRO, António. Interpretação e o protagonismo da doutrina. In: Revista Fórum de Direito Civil. – RFDC, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 291-307, set./dez. 2015, p. 304).

¹⁷⁵ É o que faz MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 531.

abstrato “no facto de, em vez de meio mais seguro da comunicação oral pelo próprio, se recorrer a um outro mais inseguro, expondo o adversário em perigo”.¹⁷⁶

Não se tratava, com efeito, de uma compreensão bastante segura de *culpa*, e sim de um artifício argumentativo para confirmar a hipótese então prevista. Impulsionada pela necessidade de complementar a formulação de Jhering e, assim, movendo-se nas *falhas* da proposição da *culpa in contrahendo*, a busca por uma diversa fundamentação encontrou abrigo na noção jurídica da confiança, ainda que em sentido não técnico.¹⁷⁷

Uma das primeiras ligações entre a responsabilidade pelo *interesse negativo* à noção de confiança foi realizada ainda no século XIX por Bernhard Windscheid, teórico responsável por solidificar o caminho percorrido pelo *interesse negativo* até o BGB.¹⁷⁸

O jurista tratou a aplicabilidade do *interesse negativo* quando do estudo da revogação da proposta, bem como da responsabilidade pela impossibilidade originária do objeto. A fundamentação encontrada na *culpa in contrahendo* – ou seja, a obrigação da parte de evitar uma culpa na formação do contrato – seria, nesses casos, insuficiente.¹⁷⁹

Foi proposta, então, uma responsabilidade desvinculada do elemento voluntário, encontrando abrigo na lei e, também, no princípio da *boa-fé*¹⁸⁰: “a obrigação de ressarcimento pelo autor da declaração de vontade [no caso de revogação da oferta] não se funda na sua vontade, mas sim na imposição do Direito sem a sua vontade”.¹⁸¹

Windscheid não propôs, contudo, um verdadeiro *interesse de confiança*, nem edificou uma teoria da confiança autônoma, como posteriormente viria a se firmar na Alemanha. A remissão a esse elemento, contudo, corresponde à primeira desvinculação do *interesse negativo* da *culpa in contrahendo* em seu sentido mais estreito,¹⁸² essencialmente por afastá-la de uma leitura restrita ao elemento *culpa*.

¹⁷⁶ JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo*..., p. 73.

¹⁷⁷ A expressão *dano de confiança* já era anotada como parte da doutrina alemã em 1918 por SIMONIUS, August. Über den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens». In: *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 37/1918, p. 230.

¹⁷⁸ Conforme reconhece a doutrina alemã, Bernhard Windscheid teria sido o primeiro a colocar em pauta o *topos* da confiança. Cf. DEDEK, Helge. *Negative Haftung*..., p. 177.

¹⁷⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Traduzione dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Volume Secondo. Torino: Editrice Torinese, 1930, § 307, p. 187, NR 5.

¹⁸⁰ Segundo Thomas Ackermann que até a 5ª edição de seu Manual, Windscheid fundamentava a responsabilidade em uma assunção tácita de garantia (*stillschweigende Garantieübernahme*) e, a partir da 6ª edição, passa a fundamentá-la independentemente da existência de vontade, socorrendo-se também da *bona fides* (ACKERMANN, Thomas. *Der Schutz*..., pp. 37 e 38).

¹⁸¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*..., § 307, p. 188, NR 5.

¹⁸² A conclusão, embasada em vasta bibliografia, é trazida por MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual*..., vol. I, p. 192.

Em assim sendo, a confiança passou a corresponder também ao fundamento da responsabilidade pela conclusão de contratos inválidos ou não chegados à perfeição, diferentemente de sua concepção original por Jhering.¹⁸³ A recepção de hipóteses de *culpa in contrahendo* no BGB de 1900, contudo – diretamente influenciada por Windscheid – demonstraria que o *interesse negativo* manteve-se a ela vinculado.

2.3 A recepção do *interesse negativo* no Código Civil alemão (BGB)

O furor acadêmico propiciado pelo texto de Jhering não encontrou o mesmo eco no Código Civil alemão de 1900. Com efeito, a redação original do BGB¹⁸⁴ não continha uma cláusula geral de *culpa in contrahendo*, preferindo seu tratamento parcelar.¹⁸⁵ As expressões *interesse positivo* e *interesse negativo*, por sua vez, nunca foram legisladas.¹⁸⁶

Seria apressado supor que essa opção tenha impedido o desenvolvimento dessas três figuras. Tanto a *culpa in contrahendo* como o *código binário* encontraram seu espaço na doutrina e jurisprudência alemãs do século XX, sendo largamente reconhecidas e estudadas no Direito alemão e, para além dele, por sua influência direta.

O estudo aprofundado das soluções propostas pelo BGB ou mesmo de seus desenvolvimentos posteriores, extrapolaria por completo aos limites desse texto. Um sobrevoo sobre as soluções ali encontradas, contudo, justifica-se para demonstrar como as diversas situações de aplicação dos conceitos tomaram corpo na legislação alemã.

Em ao menos três hipóteses o legislador do BGB tratou do problema da reparação de danos decorrentes da invalidade pelo *interesse negativo*. Eram elas, na redação original do

¹⁸³ Para compor a fundamentação da reparação nessas hipóteses, o autor remete às considerações traçadas quando do tratamento da revogação da oferta. Em outras palavras, também à confiança. (WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette...*, § 315, p. 223, NR 7).

¹⁸⁴ Em 2002, o BGB sofreu a maior reforma desde sua entrada em vigor, em 1900. A Lei de Modernização do Direito das Obrigações (26.11.2001), impulsionada especialmente pela necessidade de adaptação a diretivas do Direito comunitário europeu. A oportunidade foi aproveitada para se fazer pontuais e estruturais alterações no corpo da lei, adequando-a a algumas construções consagradas ao longo do século XX. Dentre elas, a *culpa in contrahendo*. O § 311 (2) do BGB passou a expressamente prever a formação de uma relação jurídica com deveres de proteção [estes fundamentados no § 241, (2)] desde o momento de início das tratativas contratuais. O que antes era conformado pela doutrina e pela jurisprudência em uma relação obrigacional pautada por deveres de boa-fé e, portanto, na *confiança*, passou a ter exposto fundamento e respaldo legal.

¹⁸⁵ MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. 18. Auflage. C.H.Beck: München, 2008, p. 54.

¹⁸⁶ Alguns dispositivos do BGB utilizam-se do termo *interesse*, mas não qualificado como *positivo/cumprimento* ou *negativo/confiança*. Segundo Paulo Mota Pinto, há edições do BGB que continham uma epígrafe não oficial ao § 307, na qual se encontrava a única menção ao *interesse negativo* constante da legislação alemã. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual...*, vol. I., p. 198). No Brasil, a tradução do BGB realizada por Souza Diniz (1960) parece utilizar-se desta epígrafe não oficial, como se denota do texto citado por ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade...*, p. 152.

texto legal, a invalidação por *erro* ou pela *declaração não séria* (§ 122, BGB)¹⁸⁷, a responsabilidade do representante sem poderes de representação (§ 179, BGB)¹⁸⁸ e a impossibilidade originária do objeto, que conduzia à nulidade (§ 307, BGB).¹⁸⁹

No que diz respeito às duas primeiras, *erro* e *declaração não séria* e conclusão de contrato sem poder de representação, o Código alemão imputa ao *errante* e ao *representante sem poderes* – esse último desde que não conheça o vício na representação – a responsabilidade pela indenização de danos, na medida que o impedimento à validade não fosse conhecido (ou não pudesse ser conhecido) da outra parte.¹⁹⁰

A responsabilidade prevista é direcionada aos danos decorrentes da *confiança* na validade da declaração, no primeiro caso, e na *confiança* quanto à existência dos poderes de representação, no segundo. Repara-se o *interesse negativo*, que, contudo, não decorre necessariamente da culpa. Em ambos, as perdas e danos devidas não podem exceder o que o lesado obteria se o contrato fosse válido ou eficaz, ou seja, o *interesse positivo*.

É ainda hoje discutido se os dispositivos poderiam ser reconduzidos à *culpa in contrahendo* de Jhering.¹⁹¹ De plano, percebe-se que o legislador alemão se afastou daquela proposição original em ao menos dois pontos: primeiramente, por prescindir da *culpa* e fundar a responsabilidade na *confiança*; em segundo, por delimitar o *interesse negativo* ao

¹⁸⁷ “§ 122 Reparação de danos pela parte que invalida o negócio. (1) Se uma declaração de vontade é nula por força do § 118 ou anulável em razão dos §§ 119 e 120, então o declarante, se sua declaração deveria ter sido realizada a outra pessoa, responder por perdas e danos a essa pessoa ou, se não for esse o caso, pelas perdas e danos sofridas pela outra parte ou por terceiros como resultado de terem confiado na validade da declaração; as perdas e danos não deverão exceder o montante do interesse que a parte ou o terceiro tinham em caso de validade da declaração. (2) Não há dever de reparar quando o destinatário da declaração conhecia a razão de nulidade ou de anulabilidade ou, em razão de sua negligência, deixou de conhecer (devendo conhecer).” (em tradução livre).

¹⁸⁸ “§ 179 Responsabilidade pelo representante sem poderes. (1) A pessoa que entra em um contrato como representante, se não fornecer prova de seu poder de representação, é obrigada perante a outra parte, que poderá escolher entre o cumprimento do contrato ou o pagamento de perdas e danos, se a parte representada recuar-se à sua ratificação. (2) Se o representante não sabia da falta de poderes de representação, ele é obrigado a reparar apenas os danos causados pela parte por ter confiado na existência dos poderes de representação; as perdas e danos não deverão exceder o montante do interesse que a parte ou o terceiro tinham em caso de efetividade do contrato. (3) O representante não será responsável se a outra parte soubesse ou devesse saber da falta de poderes de representação. O representante também não será responsável se tiver capacidade limitada ao contrato, a não ser que tenha agido com o consentimento de seu representante legal.” (em tradução livre).

¹⁸⁹ O § 307 BGB foi alterado pela Reforma, e não é mais vigente na sua redação original, a qual determinava a nulidade do contrato em caso de impossibilidade originária do objeto.

¹⁹⁰ No caso específico do representante que, sabendo do vício em seu poder de representação, ainda assim conclui o contrato, o legislador alemão previu que o lesado poderia optar entre a exigibilidade do cumprimento do contrato ou a reparação de danos pelo *interesse negativo* (§ 179, I, BGB).

¹⁹¹ A recondução das hipóteses legisladas no BGB à *culpa in contrahendo* é bastante discutida. Por todos, vide BENATTI, Francesco. La responsabilità..., p. 150 e, de maneira bastante contundente, a afirmação de Karl Larenz, para quem sequer seria discutível o fato de que o § 122 não se trata de hipótese de culpa na formação do contrato e sim de uma responsabilidade pela confiança “pura”. (LARENZ, Karl. Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’. In: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975. Ducker & Humblot: Berlin, 1975, p. 418).

interesse positivo, o que não se encontrava em Jhering, o qual reconhecia que o *interesse negativo* poderia ser igual ou mesmo superior ao *positivo*.¹⁹²

Somente na hipótese de impossibilidade originária do objeto (na redação originária do § 307 BGB) é que se previa uma responsabilidade do contratante que *sabia* ou *deveria* saber da impossibilidade vinculada, portanto, à sua *culpa*. Hoje, contudo, a nova redação do § 275 (1) BGB¹⁹³ não distingue mais entre impossibilidade originária ou superveniente, ambas passíveis de recondução à falta de cumprimento (se existente a imputação), deixando de haver invalidade por impossibilidade do objeto.¹⁹⁴

Essas três hipóteses suscitaram relevantes discussões na doutrina alemã, especialmente quanto ao acerto da limitação do *quantum* reparatório ao montante do *interesse positivo*. Foi para além delas que o tema verdadeiramente se desenvolveu.

Ora, sendo expressa a determinação normativa do sentido da indenização, a aplicação da distinção entre o *interesse positivo* e *interesse negativo* mostrava-se bastante clara nas hipóteses legisladas. O mesmo, contudo, não se poderia dizer naquelas outras patologias que poderiam atingir a formação dos contratos, certamente não limitadas às hipóteses tipificadas, e que reclamavam uma solução indenizatória adequada.

Após a entrada em vigor do BGB colocar-se-ia em pauta a possibilidade do reconhecimento da *culpa in contrahendo* e da responsabilidade pela indenização do *interesse negativo* para além dos casos expressamente previstos na legislação. E, na medida em que ambos estavam ligados de modo indissociável, a discussão abrangeria também a ampliação da indenização do *interesse negativo* para além dos casos legislados.

Essa evolução posterior, como se pode desde logo notar, chega com bastante força ao Direito brasileiro, no qual se reconhecem variadas hipótese de responsabilidade pré-

¹⁹² “O interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante do positivo”. (JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo...*, p. 16).

¹⁹³ “§ 275 Exclusão do dever de prestação. (1) A exigibilidade da prestação é excluída na medida em que o cumprimento é impossível ao devedor ou a qualquer outra pessoa” (em tradução livre).

¹⁹⁴ Conforme já se teve oportunidade de afirmar: “A unificação das diferentes impossibilidades em torno de um conceito e momento temporal únicos, a par da aparente simplicidade, implica modificação das consequências jurídicas daí advindas. Se antes da Reforma o devedor respondia frente ao credor pela contratação de obrigação originalmente impossível, responsabilidade fundada no interesse contratual negativo ou de confiança, hoje a questão deixa de ser resolvida no plano da validade para implicar responsabilidade contratual por interesse contratual positivo ou de cumprimento. A impossibilidade da obrigação não conduz, em qualquer circunstância, à invalidade do negócio jurídico. Tanto assim que, com lógica e propriedade, pode-se falar [no Direito alemão] em efetiva falta de cumprimento em decorrência de prestação originalmente impossível”. (STEINER, Renata C. *Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no Direito das Obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão* In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 720).

negocial. Ela se reflete aqui, contudo, de modo apenas parcial, já que enfocada muito mais na identificação do *fundamento da reparação* do que na elucidação de seu *quantum*.

Denotando já a confirmação da *ambígua dificuldade* que acima se afirmou (item 1.3), não se pode afirmar que pertença ao senso comum do jurista brasileiro o fato de que a responsabilidade pré-contratual dirija-se à indenização do *interesse negativo*. Na Alemanha, por sua vez, desde Jhering até o BGB, a afirmação é bastante arraigada.

2.4 Síntese do primeiro “dogma”: contratos válidos vs. contratos não chegados à perfeição

De todo o exposto, e no que se poderia chamar de primeira fase de desenvolvimento dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*, nota-se que a busca por um fundamento distintivo repousava na dicotomia entre contratos *válidos* e contratos *inválidos* ou *não chegados à perfeição*, respectivamente.

Esse “dogma” – cuja leitura contextual poderia ser estabelecida entre a validade e a invalidade – compõe-se por duas constatações indissociáveis, as quais acompanham a formulação dos conceitos no século XX: a primeira, de que o *interesse negativo* somente é reparável nas hipóteses de *culpa in contrahendo*; a segunda, de que as hipóteses de *culpa in contrahendo* vinculam-se à não formação válida dos contratos.

3. A segunda fase de desenvolvimento do par conceitual: a ampliação da tutela pré-negocial e o recurso à boa-fé

Ao que se poderia qualificar como tímido desenvolvimento da *culpa in contrahendo* e do *par conceitual* desde sua formulação por Jhering até a edição do BGB – o que não importa dizer que os conceitos não tenham sido estados (e criticados) nesse íterim –, contrapõe-se a ampla evolução dos conceitos no século XX, verdadeiro palco das transformações havidas no Direito das Obrigações.

Esse cenário é profundamente impulsionado pelas perspectivas da responsabilidade civil pré-contratual, cujo desenvolvimento é perceptível nas principais ordens jurídicas continentais, ainda que com naturais peculiaridades distintivas. Naquelas marcadas pela influência alemã, seu desenvolvimento confunde-se com a paulatina desvinculação da *culpa in contrahendo* da proposição original de Jhering.

Na medida em que se demonstrou que a noção de *interesse negativo* foi construída em vinculação à *culpa in contrahendo*, é natural supor que a alteração do conteúdo desta

venha a colocar em xeque também a identificação dos conceitos e, mais especificamente, a sua delimitação à hipótese de não formação válida do contrato.

É nesse caminho que se percebe uma segunda fase no desenvolvimento do *par conceitual*, ainda centralizado no *interesse negativo*, mas que procura estabelecer novos fundamentos da distinção, para além da dicotomia *validade v. não formação válida*.

3.1 O conceito alargado de obrigação e a centralidade do princípio da boa-fé

Poucos temas de Direito Civil suscitaram tanto interesse como a responsabilidade na fase formativa do contrato. A *culpa in contrahendo* pode ser seguramente identificada como um dos principais fatores de desenvolvimento do princípio da boa-fé.¹⁹⁵ Esse, por sua vez, não raro é qualificado como o verdadeiro *topos subversivo* do Direito das Obrigações.¹⁹⁶ Em conjunto, os temas mostram-se indispensáveis à compreensão contemporânea das perspectivas deste ramo do Direito Civil.

O acento colocado no estudo da fase formativa do contrato acabou por elucidar a existência de deveres obrigacionais que não se confundem com aqueles de prestação, o que viria a conferir significado à proposição da obrigação como processo, complexidade ou organismo.¹⁹⁷ Com efeito, os deveres de comportamento nascem antes e são independentes da existência do contrato,¹⁹⁸ alargando a noção de vinculação obrigacional.

O caminho que se percorre até a *naturalização* dessa percepção no Direito das Obrigações, contudo, não é tão pacífico como a sua afirmação contemporânea poderia fazer crer. Em alguns ordenamentos, como no Direito alemão, ele dependeu da subversão de fundamentos arraigados à compreensão de vinculação obrigacional; em outros, dentre os quais se poderia mencionar o Brasil, a amplitude das regras de responsabilidade civil permitiu maior maleabilidade, sem com isso retirar seu caráter igualmente inovador.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Como se vê da construção verticalizada por MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 525 e sg.

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado... 2000, p. 409.

¹⁹⁷ Referindo-se a *estrutura* ou *processo*, vide LARENZ, Karl. Lehrbuch..., pp. 486-487; a *organismo* ZEPOS, Panajiotis. Zu einer 'gestalttheoretischen' Auffassung des Schuldverhältnisses. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 155 (35. Band der neuen Folge). Tübingen: Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck), p. 486 e STOLL, Heinrich. Haftung für das Verhalten während der Vertragshandlungen. In: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Nr. 19/20. XVII Jahrg. Leipzig, 1923 e a processo, no Brasil, COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação ..., 2007.

¹⁹⁸ A afirmação encontra abrigo em texto fundamental de Claus Wilhelm-Canaris, infelizmente pouco difundido no Brasil: CANARIS, Claus-Wilhelm. Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtige Verträgen. In: JuristenZeitung, 1965, p. 475 e sg.

¹⁹⁹ Não é despidendo notar que a incidência da boa-fé na fase pré-contratual é reconhecida no Direito brasileiro mesmo antes da inserção da cláusula geral de boa-fé no art. 422 do Código Civil e, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, mesmo na ausência de previsão expressa de sua aplicação também à fase formativa. Não

A adequada compreensão do tema, inclusive à luz do Direito brasileiro, pressupõe considerar de maneira mais analítica essa dualidade de desenvolvimentos.

Como se sabe, o esquema de responsabilidade civil aqui adotado é bastante próximo à divisão do *Code Civil*, estabilizado em cláusulas gerais aplicáveis às responsabilidades contratual e aquiliana.²⁰⁰ A noção de obrigação, contudo, bem assim o amplo desenvolvimento nela havido por força da boa-fé, chegam ao Direito brasileiro por influência, direta ou indireta, das construções alemãs.²⁰¹

Veja-se, por exemplo, que a noção de obrigação como processo, introduzida pela pena de Clóvis do Couto e Silva²⁰², é ainda hoje referenciada pelas perspectivas inovadoras de compreensão do fenômeno obrigacional. Seu caminho, por sua vez, é fundamentalmente marcado pelos desenvolvimentos em torno do § 242 do BGB.²⁰³

Nada obstante o *esquema* da responsabilidade civil brasileira ser diverso do alemão, as potencialidades em torno do princípio da boa-fé certamente foram responsáveis pela aproximação das soluções admitidas em ambos os ordenamentos, ainda que nem sempre pelo mesmo fundamento contratual encontrado na Alemanha.²⁰⁴

Exemplo elucidativo refere-se justamente à reformulação do dever de indenizar na fase pré-contratual à luz do princípio da boa-fé. Superando a concepção restrita da *culpa in contrahendo*, o princípio foi a ponte que ligou de forma definitiva a fase das negociações contratuais ao conceito de confiança. Especificamente no Direito alemão, foi o que permitiu a sua desvinculação dos grupos de casos inseridos textualmente no BGB; no Direito

se pretende afirmar essa constatação à luz da amplitude das regras de responsabilidade civil adotadas pelo Código Civil, mas é certo que essas contribuem para uma maior flexibilização no preenchimento das hipóteses que levam à reparação de danos.

²⁰⁰ A ponto de Antônio Junqueira de Azevedo afirmar que a teoria responsabilidade civil brasileira seja inteiramente francesa. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 594).

²⁰¹ Diretamente, pela leitura imediata das fontes alemãs; indiretamente, em especial pela leitura da doutrina portuguesa e italiana que, com bastante competência, costumam tratar dos temas aqui mencionados à luz dos desenvolvimentos havidos na Alemanha. Não se poderia ainda deixar de anotar a precisa consideração feita por Otávio Luiz Rodrigues Junior, em texto dedicado ao estudo a influência do BGB no Direito brasileiro. Nele, destaca o jurista uma dupla influência portuguesa na recepção do Direito alemão, seja pela aplicação de leis portuguesas no Brasil, seja pela relevante contribuição na tradução de textos jurídicos ainda que, no que diz respeito a esses, deva-se anotar os perigos de uma leitura descontextualizada da evolução das compreensões alemãs (havendo diferentes *ondas de recepção*), bem apontada no texto. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. *A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 938/2013, p. 79, Dez / 2013, acesso pela RTOOnline).

²⁰² COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, 2007.

²⁰³ “§ 242 Cumprimento pela boa-fé. O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé objetiva, com atenção aos costumes do tráfego” (em tradução livre).

²⁰⁴ A partir da experiência da boa-fé nos Direitos italiano e português, Cristiano Zanetti afirma que se denota ali a desnecessidade de que o recurso à função integrativa do princípio seja necessariamente acompanhado da qualificação de tais deveres como contratuais, com especial atenção à responsabilidade na fase formativa do contrato. Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade...*, p. 262.

brasileiro, o que permitiu trabalhar a categoria da responsabilidade pré-negocial de forma especificada, depurada do contexto geral da responsabilidade civil.

Exatamente por isso, e como se reconhece com tranquilidade no Direito brasileiro, as hipóteses de responsabilidade pré-negocial não se limitam à *invalidade* do contrato, sendo, aliás, muito mais desenvolvidas no contexto da *inexistência* do pacto. A ampliação do conceito de *culpa in contrahendo* afastou-a em definitivo da *não formação válida do contrato*, vinculação essa existente desde em Rudolf von Jhering.

O reconhecimento da incidência de deveres de boa-fé na fase pré-contratual – sendo ou não reconhecidos como deveres obrigacionais –, permitiu vislumbrar múltiplas formas de responsabilidade na fase formativa. O recurso à noção de confiança irá alterar o aparente equilíbrio da distinção apriorística entre *interesse positivo* e *negativo*, até então fundado na violação de contratos válidos e na sua *não perfeição*, respectivamente.

3.2 A culpa in contrahendo no Direito alemão e a aproximação definitiva à noção de confiança

A história da *culpa in contrahendo* no Direito alemão até a Reforma do Direito das Obrigações em 2002²⁰⁵, pela qual se inseriu no BGB a previsão geral de responsabilidade civil pré-contratual²⁰⁶, não é resumível em poucas linhas. Alguns de seus aspectos, contudo, são intimamente ligados ao desenvolvimento das noções de *interesse positivo* e *interesse negativo*, o que justifica a realização de um amplo recorte temático.

Como se viu, o Direito das Obrigações alemão inicia o século XX marcado pelo *dogma* de que a *culpa in contrahendo* levaria sempre à reparação do *interesse negativo*, o que também poderia ser compreendido pela via reversa, ou seja, o *interesse negativo* somente seria reparável (ou mesmo existente) nas hipóteses de *culpa in contrahendo*.

A essa compreensão somava-se, ainda, o fato de que o BGB regulava as hipóteses de responsabilidade na fase formativa de maneira pontual, em nítida preferência à exposição de grupos de casos em detrimento da adoção de uma cláusula geral de indenização (item 2.3,

²⁰⁵ Sobre a Reforma, remete-se o leitor à NR 184. Adiante no texto a menção será feita simplesmente à *Reforma*.

²⁰⁶ Sobre a inserção da *culpa in contrahendo* no BGB, especificamente negando a possibilidade de uma definição compreensiva de suas perspectivas, vide LORENZ, Stefan e RIEHM, Thomas. Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. C.H.Beck: München, 2002, pp. 185-196. A inserção do § 311, dispondo que uma relação obrigacional pode surgir mesmo antes do contrato e, na sua alínea (3), mesmo entre parte que não são potencialmente contratantes, é referenciada por Luiz Edson Fachin como representativa da *relatividade dos efeitos relativos* das obrigações. A afirmação é relevante justamente por sublinhar que, ao menos no Código alemão, referencia-se agora a uma obrigação pré-negocial. (FACHIN, Luiz Edson. Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25).

supra). Não se pode perder de vista que, conforme já visto (e diferentemente do Direito brasileiro), o Direito alemão não contém uma cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana.

Os desenvolvimentos subsequentes em torno da *culpa in contrahendo* – e, reflexamente, do *par conceitual* – foram profundamente marcados pela necessidade de superar tais visões limitativas. Assim se desenvolveram relevantes doutrinas e importante e sólida jurisprudência, cuja importância transcende o espaço jurídico alemão.

A sua leitura somente é adequadamente realizada, contudo, na medida em que se tenha em mente que o alargamento da *culpa in contrahendo* e a sua remissão à tutela contratual era imprescindível para permitir superar os estritos limites da tipificação legal das hipóteses de responsabilidade civil aquilina, conforme o § 823 BGB.²⁰⁷

Nesse contexto, destaca-se o importante e pioneiro texto de Heinrich Stoll²⁰⁸, no qual se vislumbravam hipóteses de responsabilidade no período formativo para além dos casos de invalidade, abrangendo a formação de contratos válidos, porém com conteúdo desvantajoso, ou mesmo a violação a deveres de integridade não vinculados à prestação, exemplificada no famoso caso dos *rolos de linóleo*.²⁰⁹

A tripartição sugerida por Stoll é um dos primeiros passos da compreensão ampla da *culpa in contrahendo*. Não é de menor relevância o fato de o jurista não acolher a nomenclatura de Jhering – embora sejam ambos mencionados já no início da exposição –, propondo, antes, uma responsabilidade por *comportamento durante as tratativas contratuais*, desvinculada do elemento subjetivo *culpa*.²¹⁰ Refere-se aí, de forma mais concreta, à proteção e à reparação de um *interesse na confiança*.

A vinculação definitiva da *culpa in contrahendo* à noção de confiança, contudo, é usualmente referenciada à formulação de Kurt Ballerstedt, publicada em meados do século

²⁰⁷ O dispositivo foi transcrito na NR 119, Capítulo 1.

²⁰⁸ STOLL, Heinrich. Haftung..., p. 533. É nesse mesmo texto que se expôs a importante compreensão de que a fase pré-contratual funda uma relação obrigacional composta por deveres de proteção, sintetizada na qualificação da obrigação como *organismo*, fundamental ao desenvolvimento evolutivo da obrigação e sua complexidade interna.

²⁰⁹ Trata-se de sentença paradigmática ao reconhecimento dos deveres de proteção no ordenamento alemão, proferida pelo *Reichsgericht*, na qual se discutia a responsabilidade dono de uma loja de departamentos por ato de seu empregado que, ao atender uma senhora interessada na compra de um tapete, deixou um dos rolos do tecido desprender-se e atingi-la, causando danos pessoais. Para o Tribunal, haveria responsabilidade pelo incidente, porquanto tivesse melhor acondicionado os rolos, o dano não teria sido causado. Especificamente no contexto alemão, a decisão mostra-se relevante por ultrapassar um obstáculo à reparação de danos encontrada nas regras de delito, e que se refere à responsabilidade por ato de terceiro.

²¹⁰ Em todas elas afirmava-se a existência de uma relação jurídica pré-contratual. Cf. STOLL, Heinrich. Haftung..., p. 547. Heinrich Stoll afirmava a existência de uma relação jurídica pré-contratual com fundamento comum a todas as hipóteses.

XX.²¹¹ Isso porque, ainda que vislumbrada em Stoll, a existência de deveres de proteção em seu escrito estava ainda vinculada à eficácia do contrato que viria a ser firmado, e não à noção de confiança como fonte de responsabilidade.²¹²

É a partir do texto de Ballerstedt que se direciona e focaliza o fundamento da *culpa in contrahendo*: uma confiança específica e sua proteção.²¹³ A relação pré-contratual surge como relação fundada na confiança, a qual prescinde da declaração de vontade para sua formação.²¹⁴ Sua violação, naturalmente, importaria também a causação de um dano de confiança ou, vista sob outro ângulo, a proteção ao *interesse na confiança*.

A confiança começa então a tomar um sentido jurídico específico, em contraposição a sua referência menos técnica, presente desde Jhering, incluída nos dispositivos do BGB supramencionados (item 2.3) e referenciada em textos doutrinários que marcaram a literatura jurídica em língua alemã nos primeiros anos do século XX.²¹⁵ Nesse momento, a confiança surge como fundamento autônomo de responsabilidade civil, uma *terceira via*, ao lado da responsabilidade negocial e aquiliana, portanto.²¹⁶

Acompanhando, sendo influenciada e incentivando os amplos desenvolvimentos doutrinários, a jurisprudência alemã foi também responsável por construir grupos de casos de aplicação da *culpa in contrahendo*, afastando-se tanto dos limites da literalidade do BGB, como da própria dicotomia entre validade e não perfeição ou invalidade.

Exemplificativamente, admite-se a configuração de *culpa in contrahendo* nas hipóteses de violação a deveres de integridade (não vinculados à prestação), ruptura injustificada ou abusiva de tratativas, atraso na formação do contrato, chamamento de propostas sem a intenção de contratar, formação de contratos inválidos ou mesmo a formação de contratos válidos, porém com conteúdo desvantajoso.²¹⁷

²¹¹ LARENZ, Karl. *Bemerkungen...*, p. 397. A referência é também facilmente encontrada em manuais de direito das obrigações. Vide, por todos, LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. 6. Auflage. Carl Heymanns Verlag, München, 2009, 63.

²¹² Como o próprio Ballerstedt afirma, contudo, essa conclusão não é expressamente feita por Heinrich Stoll. Cf. BALLERSTEDT, Kurt. *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*. In: *Archiv für civilistische Praxis*. 151 (1951), p. 504.

²¹³ A conclusão e afirmação são de Karl Larenz que, contudo, em dúvida este fundamento da vinculação pela confiança, afirmando que se trata de um importante sentido da *culpa in contrahendo*, mas não o seu único. *Bemerkungen zur Haftung für 'culpa in contrahendo'*. LARENZ, Karl. *Bemerkungen...*, pp. 397-399.

²¹⁴ BALLERSTEDT, Kurt. *Zur Haftung...*, p. 507.

²¹⁵ Como, por exemplo, o paradigmático texto de RABEL, Ernst. *Der sogenannte Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht*. In: *Gesammelte Aufsätze* (Hrsg. Hans G. Leser). Tübingen, 1965, pp. 147-177.

²¹⁶ A expressão terceira via é empregada, no contexto alemão, por CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*. C.H.Beck: München, 1971 e, em Portugal, por FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma 'terceira via' no Direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

²¹⁷ Os grupos de casos foram retirados de PALANDT/Grüneberg. *Bürgerliches...*, p. 495, Rn 29 e sg (comentários ao § 311).

A variedade das hipóteses e seu reconhecimento é o que permite afirmar que, entre a designação atual de *culpa in contrahendo*, ainda amplamente admitida, e aquela proposta por Jhering, haveria apenas o recurso à nomenclatura comum.²¹⁸ Essa, contudo, não poderia ser lida em termos literais, pois a *culpa* deixava de ser fundamental.

Esse longo percurso poderia ser adequadamente resumido na Lei de Modernização do Direito das Obrigações (2002). Disciplinando soluções antes não legisladas, reconheceu-se expressamente no Código Civil alemão a existência de uma relação de vinculação na fase anterior à formação do contrato, fundada na boa-fé. A ela, denomina-se a relação jurídica obrigacional legal ou sem deveres de prestação (§ 311, 2, BGB).²¹⁹

Nos termos do § 241 II BGB²²⁰, já na redação que lhe foi conferida pela Reforma, as partes contratuais devem guardar observância aos direitos, bens e *interesses* do partícipe, desde o momento em que iniciam as tratativas contratuais. No contexto alemão, a previsão de uma observância geral a *interesses* não é irrelevante: com ela, afasta-se a tipicidade das hipóteses de responsabilidade aquiliana, previstas no § 823 BGB.

É natural que esse desenvolvimento reflita-se no *código binário*, colocando novas luzes sobre a compreensão da distinção e de sua ligação à *culpa in contrahendo*. Ela importa, especificamente, no ressurgimento do *interesse positivo* – anteriormente relegado à mero facilitador de compreensão do *interesse negativo*. Afinal, a necessária correspondência entre *interesse negativo* e *culpa in contrahendo* cai por terra.

Em algumas hipóteses dessa alargada responsabilidade pré-contratual, como no citado caso dos *rolos de linóleo* (e outros análogos poderiam ser citados, como o *caso da casca de banana*),²²¹ a violação a *interesses de (proteção) à integridade* escapa por completo à distinção entre *interesse positivo* e *negativo*. Tais danos, aliás, mostram-se muito próximos à responsabilidade extraobrigacional, sendo nitidamente excluídos do campo de aplicação dos conceitos aqui estudados – como já se delimitou no item 5.3, Capítulo 1.

²¹⁸ MEDICUS, Dieter. Zur Entdeckungsgeschichte..., p. 169. Para o autor, a “porta de abertura” para a compreensão de outras concepções diversas àquela originalmente propostas por Jhering decorre do fato de que o título de sua obra foi muito mais aclamado do que o subtítulo, que o definia: “indenização por contratos nulos ou não chegados à perfeição”, e que é pouco referenciado. (*Idem*, p. 175).

²¹⁹ “§ 311 Relações obrigacionais e relações análogas. (2) Um relação obrigacional com deveres de acordo com o § 241 (2) também pode se fundar: a) no início de contatos negociais” (em tradução livre).

²²⁰ Dispositivo transcrito na NR 118, Capítulo 1.

²²¹ O *caso dos rolos de linóleo* foi transcrito na NR 209, *supra*. O *caso da casca de banana* (há ainda o *caso da folha de alface*) é análogo, referindo-se a clientes que se machucaram em casas comerciais, por escorregarem no chão que não estava adequadamente limpo. Para Karl Larenz, no que parece mesmo adequado, esses casos sequer poderiam ser reconduzidos à confiança. Cf. LARENZ, Karl. Bemerkungen..., p. 401.

Em outras, por sua vez, a violação pré-contratual deveria conduzir à reparação do *interesse positivo* e não mais do *interesse negativo*. É o que se passa no caso de contratos válidos, mas de conteúdo desvantajoso, nos quais desde Heinrich Stoll já se denotava discussão sobre qual o *interesse* reparável.²²²

Acabou-se, contudo, por adotar em substituição à dicotomia entre contratos *válidos* e *não chegados à perfeição*, a denominação do *interesse negativo* como *interesse na confiança* e do *interesse positivo* como *interesse no cumprimento*. A identificação, embora não seja absoluta, tem o condão de sublinhar que é a vinculação à confiança que legitima a configuração do ato ilícito, e não a *invalidade* ou a *não perfeição* do contrato.

O problema da vinculação tanto do *interesse negativo* à *culpa in contrahendo* como desta à responsabilidade pela não formação de contratos perfeitos estava, por fim, desfeito: o *interesse negativo* nada mais é do que aquele que tem por finalidade a recomposição da *confiança* lesada, máxime aquela violada na fase pré-negocial.

Não é difícil perceber que os problemas de compreensão do alcance das figuras persistiriam, ainda que sob nova nomenclatura, especialmente considerando o caráter fluído da remissão à *confiança*. Antes de verticalizar essas considerações, contudo, convém estudar como a compreensão alemã reverberou para além dos seus limites geográficos, especialmente nos sistemas da tradição romano-germânica.

3.3 A responsabilidade na fase pré-contratual nos sistemas romano-germânicos

A responsabilidade civil na fase formativa do contrato é reconhecida em diversos sistemas romano-germânico, aqui destacados alguns mais próximos à experiência brasileira – especificamente o francês, o italiano e o português. Em que pese a afirmação, os desenvolvimentos havidos nestes ordenamentos são bastante heterogêneos.

A distinção começa logo no reconhecimento da notável influência do Direito alemão nas construções dos Códigos português e italiano, e da reduzida importância que esses estudos representaram na construção da jurisprudência francesa e da interpretação do *Code Civil*. A mesma sorte se passa no que toca ao *código binário*.

Nos dois primeiros casos, Itália e Portugal, encontram-se na legislação civil cláusulas gerais de responsabilidade na fase formativa do contrato, a qual é vinculada ao princípio da boa-fé. No Direito francês, por sua vez, coube essencialmente à jurisprudência reconstruir o

²²² STOLL, Heinrich. Haftung..., pp. 537-538.

sentido da noção de *falta*, para nela abarcar hipóteses de falta pré-contratual (*faute précontractuelle*²²³) reconduzindo-as à responsabilidade aquiliana.

Não se desconhece que tanto a proposição de Jhering, como a distinção entre *interesse positivo* e *negativo* tenham chegado a conhecimento da doutrina francesa.²²⁴ É fato incontestado, contudo, que não encontraram ali o mesmo desenvolvimento e importância havidos no Direito alemão – ainda que isso não importe na conclusão de que não sejam aplicáveis e defensáveis também no Direito francês.

Destaca-se, nesse contexto, a opinião doutrinária de Catherine Thibierge-Guelfucci, no sentido de que, apesar de a expressão *interesse negativo* não ser mencionada, a indenização pelo dano pré-contratual na França seria regida pela mesma lógica.²²⁵ O que não se vislumbra, certamente, na França – o mesmo se podendo dizer em relação ao Direito brasileiro – é a necessária edificação de *dogmas* quanto à aplicação dos conceitos, na medida em que sua compreensão como tais não é verticalizada.

Na síntese de Menezes Cordeiro, contribuem para a inexistência de um “espaço real” de desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual na França tanto a rigidez do princípio contratual, bem como a manutenção estreita de recurso à *faute*.²²⁶ Ambos também justificariam o estreito desenvolvimento das potencialidades do princípio da boa-fé, até mesmo porque a responsabilidade pré-contratual não foi nela embasada.²²⁷

²²³ Conforme Dário de Moura Vicente, o sentido de *faute* no Direito francês congrega tanto a noção de ilicitude como de culpa (elementos objetivo e subjetivo, portanto), os quais, como se sabe, são usualmente autonomizados nos Direitos romano-germânico. (VICENTE, Dário Moura. Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 303).

²²⁴ Já nas primeiras décadas do século XX, por exemplo, encontra-se menção crítica aos conceitos de *interesse positivo* e *negativo* na obra de Marcel Planiol e Georges Ripert (1930), especificamente quando do tratamento da hipótese de anulação por *erro*. Ali, os juristas colocavam-se contrários tanto à inexistência da *faute* para configuração do dever de indenizar pelo *errante*, bem como ao próprio fundamento da anulação encontrado em Jhering, e que prescindia da aferição do conhecimento do *erro* por parte do declarante - Em outras palavras, negavam a própria ocorrência do evento que levaria, em tese, à reparação do *interesse negativo*. Cf. PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome VI. Obligations. Première Partie. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930, p. 252. Muito antes disso, porém, o tema do *interesse negativo* já era tratado por Raymon Saleilles quando do estudo da responsabilidade civil pré-negocial, considerando ressarcíveis as despesas havidas na confiança quanto à celebração do contrato, bem assim eventuais ganhos obstados pela perda de oportunidades (nesse ponto divergindo do italiano Gabrielle Faggella, o qual não via um liame adequado de causalidade para a reparação dessa rubrica). (SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tome Sixième. 1907, pp. 722-723).

²²⁵ THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Nullité..., pp. 95-96.

²²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 565.

²²⁷ O Direito francês não desconhece a criação de deveres de conduta com base no princípio da boa-fé. A sua identificação, contudo, é certamente mais tímida do que aquela havida no Direito alemão – e, portanto, daquela que chega ao Direito brasileiro. Conforme demonstra Judith Martins-Costa, esses desenvolvimentos partiram especificamente do problema dos vícios de consentimento, mas tem sido paulatinamente objetivados pela doutrina francesa. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado... 2000, pp. 499-502. Em obra mais recente, a jurista vincula os deveres de conduta pré-negocial desenvolvidos no Direito francês ao art.

Assim, por exemplo, após reconhecer ser inconteste a existência de responsabilidade pela ruptura de negociações, Jacques Ghestin afirma a insuficiência do critério ao princípio da boa-fé e da formação de uma obrigação a ela referenciada.²²⁸ Há um nítido apartamento tanto da doutrina como da jurisprudência francesas em relação à concepção alemã de *culpa in contrahendo*.

A responsabilidade pré-negocial no Direito francês é regida pelas regras gerais de responsabilidade civil, estabilizadas nos arts. 1.382 e 1.383 do *Code Civil*.²²⁹ Neles, Raymond Saleilles vislumbrou fundamentos para consagração de uma responsabilidade “muito próxima da tese de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*”.²³⁰ Porém, ao se recorrer à *falta*, seu sentido passou a ser contraposto ao desenvolvimento do Direito alemão.

Em grande medida, o caminho percorrido pelo Direito francês seria bastante natural à experiência brasileira – já que em ambos se pode facilmente reconduzir o tratamento da falta pré-negocial à responsabilidade aquiliana dada a sua forma bastante ampla. Some-se a isso, ainda, o fato de que os problemas enfrentados pelos alemães eram bastante pontuais, fundamentados em algumas limitações legais que não encontram fundamento na França, ou no Brasil.²³¹

Em que pese a semelhante ordenação da responsabilidade civil no Brasil e na França, a verdade é que os desenvolvimentos em torno da boa-fé e, especialmente, de sua função criadora de deveres de conduta, fazem com que os sistemas brasileiro e francês se afastem nesse ponto específico. Nesse ponto, é nítida a influência da construção alemã.

A isso Menezes Cordeiro chamaria de “emancipação” da leitura restrita francesa, por ele afirmada em relação aos Direitos italiano e português.²³² Não por acaso, em ambos se desenvolve com bastante força a vinculação da fase contratual ao princípio da boa-fé, bem

1.382, ou seja, ao fundamento geral do dever de reparação. (MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado... 2015, p. 176).

²²⁸ GHESTIN, Jacques. La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparles em Droit français. In: Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond national systems. Londres: British Institute for International and Comparative Law, 2007, pp. 437 e 445-446.

²²⁹ “Artigo 1382: Todo e qualquer ato do homem que cause um dano a outrem obriga aquele por cuja culpa este (o dano) ocorreu, a o reparar” e “Artigo 1383: Cada indivíduo é responsável pelo dano que causou não apenas por um ato seu, mas também pela sua negligência ou pela sua imprudência” (em tradução livre).

²³⁰ SALEILLES, Raymond. De la responsabilité..., p. 726.

²³¹ A afirmação, no que diz respeito ao Direito francês, é feita por VICENTE, Dário Moura. Da responsabilidade pré-contratual..., p. 256.

²³² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 565. Em um contexto mais amplo, não apenas no que diz respeito à potencialidade da boa-fé, Otávio Luiz Rodrigues Jr. refere-se a uma *germanização* do Direito português no final do século XIX e início do século XX, especialmente por obra de Guilherme Alves Moreira. (RODRIGUES JR, Otávio Luiz. A influência..., acesso pela RTOnline).

como a sua identificação à noção de confiança. Daí decorre, de maneira também natural, a identificação do *interesse negativo* ao *interesse na confiança*.

Em Portugal, a compreensão de relação jurídica *legal* ou *sem deveres de prestação* é largamente aceita.²³³ Aliás, o Código Civil português contém cláusula geral de boa-fé voltada às negociações contratuais (art. 227º²³⁴) muito antes da alteração do Código alemão. Com ela, quebrou-se a rigidez de modelos legislativos antigos, ligando a responsabilidade pré-contratual à boa-fé objetiva, ou seja, a uma norma de conduta.²³⁵

O dispositivo refere-se não apenas à ruptura de tratativas, como também à violação de outros deveres de comportamento, abrangendo naturalmente a hipótese de responsabilidade pela invalidação do contrato, típica aplicação da *culpa in contrahendo* desde Jhering, assim como a formação de contratos válidos, porém desvantajosos.²³⁶ Em outras palavras, abrange um sentido bastante amplo do conceito.

Conquanto persista relevante discussão quanto à natureza jurídica dessa responsabilidade, havendo vozes que se colocam a favor da tese *delitual*²³⁷, *obligacional*²³⁸ e, ainda, quem se poste a favor de uma *terceira via*²³⁹, ou mesmo de uma responsabilidade *mista* ou *híbrida*²⁴⁰, não há maiores controvérsias de que a relação jurídica pré-negocial se volta à tutela da confiança legítima dos partícipes contratuais.

É o que justifica que, também em Portugal, a vinculação do *interesse negativo* à *confiança* tenha encontrado amplo abrigo – e por razões muito próximas àquelas encontradas na Alemanha. Em suma: aceita a premissa de que o *interesse negativo* vincula-se à *culpa in contrahendo*, a reconstrução desta à luz da noção de confiança fez com que o fundamento da reparação do *interesse negativo* fosse também alterado.

Não é ocasional que a doutrina portuguesa refira-se à “infração de deveres de consideração pela confiança da outra parte, surgidos entre os intervenientes em negociações

²³³ “Desde que a própria lei, no artigo 227º, impõe às partes o dever (jurídico) de agir de *boa fé* no período das negociações, nenhuma razão há para não considerarmos legal (*ex lege*) a *relação* jurídica que se estabelece entre as partes, antes da conclusão do contrato, logo que elas iniciam as relações tendentes à sua preparação”. Cf. ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações..., vol. I, p. 27.

²³⁴ Código Civil português: “Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos). 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498º.”

²³⁵ É o quanto afirma ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações. 11. Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 304-306.

²³⁶ VICENTE, Dário Moura. Da responsabilidade pré-contratual..., p. 263.

²³⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Coimbra, 1984, pp. 97-98.

²³⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações..., vol. I, pp. 271-272.

²³⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Uma ‘terceira via’...

²⁴⁰ VICENTE, Dário Moura. Da responsabilidade pré-contratual..., p. 274.

contratuais”,²⁴¹ ou especificamente ao *dano negativo* ou *de confiança* (“*in contrahendo*”).²⁴² Nessas manifestações, é bastante claro o recurso a *Vertrauensschaden* dos alemães, explicada pela ampliação das hipóteses de *culpa in contrahendo*.²⁴³

A influência dos desenvolvimentos havidos no espaço germânico é também sentida no Direito italiano, especificamente com a edição do Código Civil de 1942.

À semelhança do ordenamento português, o *Codice Civile* reconheceu uma norma geral de conduta no momento que antecede a formação do contrato (art. 1.337).²⁴⁴ Ao lado dela, previu ainda uma norma específica para as hipóteses de invalidade contratual, especificada no art. 1.338²⁴⁵, o qual imputa à parte que conhecia, ou deveria conhecer a causa de invalidade, o dever de indenizar a parte lesada em sua *confiança*.

Os dispositivos do art. 1.337 do Código italiano e do art. 227º do Código português diferenciam-se na medida em que o primeiro não prevê a sanção ao descumprimento do dever de boa-fé, enquanto que o segundo expressamente imputa a reparação de danos.²⁴⁶ A aparente lacuna no sistema italiano é resolvida pela interpretação dos arts. 1.337 e 1.338, os quais preveem a indenização de danos, em uma relação *gênero* e *espécie*.²⁴⁷

A relação jurídica pré-contratual, fundada na incidência do princípio de boa-fé, corresponde ao que os italianos chamam de deveres de *correttezza*, que poderiam ser, no Direito brasileiro, compreendidos desde o sentido objetivo do princípio.²⁴⁸ A partir dele, é natural que se chegue à noção de confiança (*affidamento*), usualmente referenciada.

A título exemplificativo, nas três hipóteses de responsabilidade pré-contratual depuradas por Vincenzo Roppo – ruptura das tratativas, formação de contratos inválidos ou ineficácias e formação de contratos válidos, porém desvantajosos – opera-se o recurso à

²⁴¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão da posição contratual. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 350.

²⁴² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações..., p. 598.

²⁴³ PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005, p. 167.

²⁴⁴ “Art. 1337. Tratativas e responsabilidade pré-negocial. As partes devem, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, comportar-se segundo a boa-fé” (em tradução livre).

²⁴⁵ “Art. 1338 Conhecimento da causa de invalidade. A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não deu notícia sobre ela à outra parte, deve ressarcir o dano causado pela outra parte ter confiado, sem sua culpa, na validade do contrato.” (em tradução livre).

²⁴⁶ Menção essa festejada por Antunes Varella, para quem a lei portuguesa “aponta concretamente a sanção aplicável à parte que, sob qualquer forma, se afasta da conduta exigível” (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações..., vol. I, p. 270).

²⁴⁷ É o que se aponta como doutrina e jurisprudência dominante. Cf. SAGNA, Alberto. Il risarcimento del dano nella responsabilità precontrattuale. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 243.

²⁴⁸ ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Milano: Giuffrè, 2001, p. 176.

violação da confiança depositada pelo lesado. Para o jurista, há nelas uma *relação qualificada* por deveres de proteção a interesses diversos daqueles de prestação.²⁴⁹

Uma aproximação das soluções alemãs neste contexto específico, ainda que parte da doutrina italiana a ela se refira como *inconsciente transposição* de soluções jurídicas,²⁵⁰ introduziu também na Itália a noção, por muito aceita, de que a responsabilidade pré-contratual vincular-se-ia necessariamente ao *interesse negativo*, e vice-versa.

É o que se infere, contextualmente, da leitura de vários textos que, propondo a superação de tal “*dogma*”, sugerem a inexistência de uma vinculação necessária entre a responsabilidade pré-negocial e a indenização do *interesse negativo*.²⁵¹

3.4 Síntese do segundo “dogma”: violação ao cumprimento vs. violação à confiança

Ainda pautada na vinculação necessária entre *culpa in contrahendo* e reparação do *interesse de confiança*, a segunda fase de desenvolvimento dos conceitos alargará o âmbito da responsabilidade na fase formativa, para além das hipóteses de invalidade ou de não perfeição do contrato. Assim se faz pelo recurso à boa-fé objetiva e, especialmente, pela depuração de uma relação de *confiança* fundada antes mesmo do contrato.

A partir dela, identifica-se a relação pré-contratual à noção jurídica de *confiança* e, de forma consequente, vincula-se a indenização do *interesse negativo* à sua ofensa. O conceito deixa de estar limitado às hipóteses de *não perfeição do contrato* – especialmente quando compreendida à luz da *invalidade* – e passa a fundamentar um verdadeiro *interesse na confiança*, cuja ofensa seria substrato da sua indenização.

À repaginação do *interesse negativo* como *interesse na confiança*, contrapõe-se o *interesse no cumprimento*, designação alterativa ao *interesse positivo*, vinculado à existência de uma relação jurídica obrigacional voluntária contratual ou negocial e à situação patológica de descumprimento do dever principal que lhe compõe.

Na designação alemã, à relação jurídica obrigacional voluntária liga-se o *interesse no cumprimento*, enquanto que àquela *relação legal* ou *sem deveres de prestação*, o *interesse na confiança*. Eis o segundo “dogma” sobre o qual se ergueu a distinção de fundamentação entre os *interesses positivo* e *negativo* e que, consoante já de observou, não tardou a falhar.

²⁴⁹ ROPPO, Vincenzo. Il contratto..., pp. 184-185.

²⁵⁰ É o quanto afirma TURCO, Claudio. L’interesse negativo..., p. 166.

²⁵¹ Vide, por todos, GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*..., p. 488 e LUMINOSO, Angelo. La lesione..., 1988.

4. Terceira fase de desenvolvimento do *par conceitual*: a impossibilidade de classificações absolutas

Conforme já delimitado, o espaço de desenvolvimento do *par conceitual* é aquele compreendido entre a vinculação negocial e pré-negocial, independentemente de qual seja o regime de classificação adotado para essa última.²⁵² Desde que se reconheça a distinção fática entre a existência e a inexistência do vínculo contratual, haverá espaço para tratamento da dicotômica classificação *interesse positivo e negativo*.

No caminho até então percorrido, demonstrou-se uma predileção pela vinculação da responsabilidade pré-contratual ao *interesse negativo* e, por via de exclusão, da responsabilidade contratual ao *interesse positivo*. A afirmação acompanha o desenvolvimento da *culpa in contrahendo*, antes delimitada à dicotomia *validade vs. invalidade* e, posteriormente, suplantada pela noção de *confiança vs. cumprimento*, em qualquer caso movendo-se ainda nos quadrantes da *responsabilidade pré-negocial vs. responsabilidade negocial*, respectivamente

Superado o percurso de consolidação da *culpa in contrahendo*, ao menos nos ordenamentos em que essa história é marcada pelo princípio da boa-fé, chega-se ao estágio de depuração das hipóteses de responsabilidade por ela abrangidas. E, nela, anota-se a insuficiência de qualquer classificação apriorística de aplicação de um ou outro *interesse*, seja essa fundada na *validade*, seja mediante recurso à *confiança*.

No que se poderia chamar de terceira fase do estágio de desenvolvimento dos conceitos, verifica-se que as tentativas de solução do problema da distinção entre os componentes do *par conceitual* falharam, e assim se passou porque pretenderam adotar definições apriorísticas, desconectadas da pluralidade inerente ao Direito das Obrigações.

Em suma, a definição dos conceitos de *violação à confiança* e de *violação ao cumprimento negocial* não pode ser realizada de forma adequada à luz das suas consequências reparatórias. Sendo seus conteúdos plurais, seria no mínimo contestável a possibilidade de definição unitária do sentido da indenização devida.

A constatação reafirma a *ambígua dificuldade* de tratamento do tema no Brasil. A superação de tais “dogmas”, ou a compreensão de suas limitações, não se mostra aqui

²⁵² Em outras palavras, o caráter contratual ou aquiliano da responsabilidade pré-contratual não é relevante para o tratamento dos conceitos. Exatamente por isso é que se preferiu deixar de referir aos *interesses* com o qualificativo *contratual*, muito embora esse pudesse ser também entendido com o termo da comparação entre o direcionamento *positivo e negativo*. Sobre a delimitação dos conceitos, remete-se o leitor ao item 5.1, Capítulo 1.

problemática, na medida em que tais premissas arraigadas inexistem, diferentemente do que se passou na Alemanha, em Portugal e na Itália, por exemplo. Elas apontam, contudo, à impossibilidade de transportar algumas das lições estrangeiras ao Direito brasileiro.

Resta, então, para conferir ao leitor um panorama adequado, ainda que naturalmente incompleto diante das inúmeras possibilidades de visão sobre o problema,²⁵³ analisar o caminho percorrido para a desvinculação da noção absoluta de que a falta de cumprimento violaria o *interesse positivo* e a violação da confiança o *interesse negativo*. Essas são, com efeito, hipóteses *frequentes e tendenciais*, porém não *necessárias*.

Duas considerações merecem maior destaque. A primeira, refere-se ao que se poderia chamar de *ubiquidade* da noção de confiança, conceito complexo que não poderia ser resumido à proteção havida na fase pré-negocial. O segundo, a depuração do caráter não homogêneo das relações pré-negociais ou mesmo da relação negocial, constatação que se reflete de maneira consequente na definição do *interesse* reparável.

4.1 A expansão da tutela da confiança e a *ubiquidade* do conceito

A identificação do *interesse negativo* ao *interesse na confiança* é bastante comum em diversos ordenamentos, refletindo-se também com frequência na doutrina brasileira que se dedica ao estudo dos conceitos.²⁵⁴ Como se viu, essa ligação assume significado específico a partir do reconhecimento da existência de uma relação obrigacional anterior à formação do contrato, preenchida pelos princípios da boa-fé e da confiança.

Assim compreendido, o *interesse na confiança* vincula-se à infração de deveres que proveem da relação pré-contratual. A designação, portanto, mantém a premissa de que a responsabilidade pré-contratual gera a reparação do *interesse negativo*, e vice-versa.

Assim como a identificação deste *interesse* à invalidade (ou não perfeição) do contrato houve de ser superada, o mesmo caminho foi percorrido no que diz respeito à tentativa de defini-lo como um *interesse na confiança*. Mas, aqui, os problemas tomaram corpo desde logo na nomenclatura adotada.

²⁵³ Afinal, como todo trabalho historiográfico, faz-se uma reconstrução relativa da realidade, sem pretensão de apreender “o que realmente aconteceu”. Cf. HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 34.

²⁵⁴ A designação do *interesse negativo* como *interesse na confiança* ou *dano da confiança* são usuais no Brasil. Vide, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, 2009, p. 482 e MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Perdas e danos...*, p. 665.

Ora, a noção jurídica de *confiança* é plural, sendo naturalmente dotado de *ubiquidade*.²⁵⁵ Não por acaso, sua proteção é princípio subjacente a todo o ordenamento jurídico, tanto no âmbito público como no privado.²⁵⁶ Especial destaque se confere à sua função no Direito das Obrigações. Haveria uma unidade possível em torno de um *interesse* voltado à proteção da *confiança*?

Entre a proposição inicial de que as expectativas da parte contratante devem ser protegidas, passando pela fundamentação de um *interesse na confiança* derivado de uma relação nela fundada, e desembocando no que, em alguns ordenamentos, refere-se como *terceira via na responsabilidade civil*,²⁵⁷ há uma multiplicidade de visões que colocam em xeque a identificação entre a violação do preceito e a reparação do *interesse negativo*.

No contexto desse trabalho, ao menos três visões distintas sobre o alcance do termo *confiança* são relevantes e merecem ser melhor compreendidas.

Primeiramente, sublinha-se o fato de que a expectativa contratual também se pauta na confiança e, conseqüentemente, o descumprimento contratual também a viola²⁵⁸; em segundo, a tutela da confiança nem sempre se dirige ao retorno ao *status quo*, podendo também ser dirigida ao *status ad quem* e, em terceiro ponto, a consideração de que nem toda violação pré-contratual fundamenta-se na ofensa à confiança do lesado.

No que diz respeito ao primeiro argumento, consistente na identificação da proteção da confiança também na responsabilidade pelo não cumprimento do contrato, haveria de se anotar que, entendido o conceito como a crença no comportamento de outrem, a noção de confiança não se mostra precisa o bastante para explicar a distinção entre o descumprimento de deveres contratuais ou pré-contratuais.

Assim, por exemplo, afirma na doutrina italiana Francesco Benatti, sugerindo que o descumprimento de qualquer obrigação, inclusive a contratual, seria uma ofensa à

²⁵⁵ O termo ubiquidade é utilizando por CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris e Andreas Heldrich. Band. I. Bürgerliches Recht. C.H.Beck: München, 2000, p. 192 e também por FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., p. 77. Mais do que *ubíquo*, a noção de confiança também não é unitária, podendo ser vislumbrada em uma série de concepções diversas. Assim, conforme lição de Roberto Senise Lisboa pode-se vislumbrar a confiança ligada à teoria explicativa do negócio jurídico - como se infere da discussão entre a teoria da vontade e a teoria da declaração a partir do exemplo do erro invalidante, que pode ser resolvido pela proteção à confiança -, como ligada à teoria da aparência, à *culpa in contrahendo*, a uma terceira via de responsabilidade civil ou simplesmente como valor fundamental. (LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 43 e sg).

²⁵⁶ WOLF, Manfred e NEUNER, Jörg. Allgemeiner..., p. 112.

²⁵⁷ É o caso do Direito alemão e, no Direito português, pela proposição (não isenta de críticas) de FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., 2007.

²⁵⁸ Trata-se do que Judith Martins-Costa refere-se como o sentido complementar da confiança à autonomia privada, “justificativa ou explicação para o efeito de vinculação dos negócios jurídicos”. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 65).

confiança.²⁵⁹ No mesmo sentido move-se a doutrina portuguesa de Manuel Carneiro da Frada, que vislumbra no contrato um *Tatbestand* da confiança, como “elemento de confiança e estabilização de expectativas”, cujo descumprimento importaria dupla infração: tanto ao direito de crédito nele instituído, como à expectativa frustrada.²⁶⁰

Amplamente compreendida, não há dúvidas de que a *confiança* seria também infringida com o descumprimento contratual de deveres de prestação. A contraposição entre *interesse na confiança* e *interesse no cumprimento* perderia a sua razão distintiva.

Um segundo argumento a colocar em dúvida a identificação entre *interesse negativo* e *interesse na confiança* é encontrado na proposição, ainda hoje paradigmática no Direito alemão, da distinção entre a tutela positiva e negativa da confiança, devida a Claus-Wilhelm Canaris.²⁶¹ Embora a proposição de uma responsabilidade pela confiança autônoma não tenha se destacado no Direito brasileiro,²⁶² os fundamentos de sua proposição certamente são admissíveis na experiência nacional.

A responsabilidade pela confiança comportaria duas vias distintas. O lesado pode tanto ser reconduzido à situação na qual confiou (tutela *positiva*), como àquela em que estaria se conhecesse a realidade e, com isso, não tivesse confiado (tutela *negativa*).²⁶³ Assim se passa, respectivamente, na tutela da aparência – em que se considera existente o fato o qual se confiou – e na tutela contra a ruptura injustificada de negociações – em que, em regra, não se recoloca o lesado na situação de formação do pacto.

É natural que, em primeira leitura, esse duplo direcionamento possa ser identificado ao *par conceitual*. A identificação, conquanto possível, não é absoluta.

Primeiramente, a chamada responsabilidade pela confiança não está limitada ao âmbito contratual ou pré-contratual, *locus* no qual a relevância da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* vem à tona. A ampla proteção à confiança também na responsabilidade extraobrigacional “pura”, admitida com evidência no Direito brasileiro, coloca em dúvida a possibilidade de identificação à distinção aqui trabalhada.

²⁵⁹ BENATTI, Francesco. La responsabilità..., p. 147.

²⁶⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., p. 666.

²⁶¹ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung...

²⁶² Com base na doutrina alemã, Claudia Lima Marques sustenta a existência de uma responsabilidade autônoma pela confiança, diretriz das relações contratuais. Cf. LIMA MARQUES, Claudia. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: RT, 2004, p. 32.

²⁶³ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung..., p. 05.

É nesse contexto, por exemplo, que se desenvolvem as figuras parcelares da boa-fé (*venire contra factum proprium, suppressio e surrectio*).²⁶⁴ Nelas, embora nitidamente perceptível o recurso à *noção de confiança*, não parece adequado falar-se na existência de uma relação legal sem deveres de proteção que anteceda ao contrato.

Em segundo ponto, e de forma mais relevante, haveria de se reconhecer que a responsabilidade pela confiança não se esgota na demanda de reparação de danos (ou no *id quod interest*), podendo se dar por diferentes formas. A afirmação, de Manuel Carneiro da Frada, pode ser bem compreendida a partir dos exemplos conferidos pelo autor.²⁶⁵

A proteção à fé registral ou a não oponibilidade de certos vícios do negócio jurídico a terceiros²⁶⁶ representam formas de tutela positiva da confiança, pois mantêm o lesado na situação de realização das suas expectativas. Não se trata, contudo, de reparação de danos, e sim de manutenção *fática* da situação na qual se confiou. Não se fala em reparação do *interesse* nestes casos, que se passam fora da responsabilidade civil.

Há hipóteses, naturalmente, em que a tutela positiva de confiança confunde-se com o *interesse positivo*, como (em regra) na responsabilidade pelo descumprimento do contrato, identificadas já por Canaris como sua aplicação mais comum.²⁶⁷ A existência de desvios, contudo, confirma a impossibilidade dessa identificação.

A proteção contra o rompimento injustificado de tratativas, por sua vez, não reconduzirá o lesado à situação em que confiou existir (ou seja, à conclusão do contrato), mas o recolocará naquele estado hipotético em que estaria se não houvesse confiado. A tutela é negativa e, nesse caso, voltada à reparação do *interesse negativo*.

A percepção de dois sentidos diversos da proteção da confiança, perceptíveis também no Direito brasileiro, ainda que carente essa denominação específica, sublinha que a tutela da confiança também pode se voltar ao *interesse positivo*, algo que coloca em dúvida a compreensão do *interesse na confiança* como sinônimo do *negativo*.

Esse caráter ambivalente da noção de *confiança* levou Hans Grigoleit, por exemplo, a propor a designação do *par conceitual* como *interesse positivo na confiança* e *interesse*

²⁶⁴ “O *venire contra factum proprium* tem aplicação predominantemente extra-contratual. É uma fonte autônoma de obrigação porque importa a quebra da confiança que o *factum proprium* cria, independentemente de outro ato jurídico. Inclusive este fato não precisa ser ato jurídico. Basta com que crie expectativa.” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e ‘*venire contra factum proprium*’. In: Revista de Direito Privado, v. 27, n. 1, 2006, pp. 252-278. Acesso pela RTOOnline).

²⁶⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., p. 41.

²⁶⁶ Como, por exemplo, o mandamento geral de proteção do terceiro de boa-fé em face do negócio simulado, constante do art. 167, § 2º, do CC.

²⁶⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung..., p. 5 (NR 10).

negativo na confiança. Para o jurista alemão, a identificação do *interesse negativo* à confiança seria imprecisa, pois sua tutela [confiança] pode conduzir tanto à reparação do *interesse positivo* como do *negativo*.²⁶⁸

Sem descer aos pormenores da proposição de Canaris, a qual se pode dizer bastante aceita no contexto do Direito alemão, haveria de se notar que a identificação entre *interesse negativo* e *interesse na confiança* não é isenta de dúvidas.

Um terceiro argumento, contudo, mostra-se definitivo para a compreensão da insuficiência da remissão à *confiança*. Na esteira da precisa lição de Paulo Mota Pinto, nem todas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual podem ser reconduzidas à criação de expectativas legítimas e sua respectiva proteção.

Dois exemplos trazidos pelo jurista português são suficientes para compreensão da afirmação. A parte induzida a contratar mediante *coação* ou *estado de necessidade* não possui qualquer confiança em relação ao contrato invalidamente firmado e, apesar disso, o interesse que lhe será reparável será o *interesse negativo* voltado, portanto, à situação em que estaria se não houvesse sido vítima da causa de invalidação.²⁶⁹

Em suma, e uma vez adotada a nomenclatura *interesse na confiança*, ter-se-ia sua reparação sem que houvesse infração à confiança. Algo que, entende-se, coloca em dúvida a vinculação necessária que é extraível do conceito: a noção de *interesse na confiança* não assume uma forma unívoca, sendo antes demasiadamente ampla para assumir um único e compreensível significado.

A vinculação do *interesse negativo* ao que se chamou de *interesse na confiança* não é, portanto, absoluta nem poderia ser compreendida como um dado posto. É certo que a maior parte das violações pré-negociais fundamenta-se na violação da confiança e, mais ainda, dá azo à reparação do *interesse negativo*, mas isso não é algo necessário.

Destaca-se, com efeito, não haver uma necessária relação entre ambos a ponto de justificar que um seja definido a partir do outro. Da mesma forma, coloca-se em dúvida a identificação absoluta entre a *culpa in contrahendo* e o *interesse negativo*, e vice-versa.

Essas constatações limitam-se apenas em aparência à nomenclatura das expressões, uma vez que são intimamente vinculadas ao seu fundamento de teórico. Para bem delimitar o alcance múltiplo da noção do *interesse na confiança*, há de se complementar a exposição

²⁶⁸ GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. C.H. Beck: München, 1997, pp. 189-190.

²⁶⁹ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 882.

panorâmica a partir do *common law*. Ali apesar de se designar também a existência de um *reliance interest*, sua história é bastante diversa.

4.2 *Reliance interest ou interesse na confiança no common law*

A complexidade do recurso à confiança é ainda mais aguçada quando, deixando um pouco de lado os desenvolvimentos havidos no sistema romano-germânico, anota-se que o tratamento do *par conceitual* no *common law* não foi realizado com o impulso da responsabilidade pré-contratual. Com efeito, a distinção foi ali erguida nos quadrantes da responsabilidade contratual por descumprimento (*breach of contract*).

Isso se deve, como causa ou consequência, a algumas características próprias do *common law*, especificamente ligadas à liberdade de contratar²⁷⁰ e que fizeram com que discussões sobre confiança e responsabilidade pré-contratual não tenham suscitado o mesmo fascínio encontrado nos sistemas continentais. A afirmação não importa em negar a importância do estudo da confiança ou do *reliance*, contudo.

Marco fundamental de seus desenvolvimentos é o famoso texto publicado por Fuller e Perdue (1936), ao qual se poderia reservar espaço tão relevante como aquele ocupado pelo de Rudolf von Jhering no Direito alemão.²⁷¹ Sua relevância é tanta que, ainda que suas proposições não tenham sido em todo acolhidas, o texto é referenciado como um dos mais influentes artigos do direito contratual do *common law*.²⁷²

Os textos de Jhering e de Fuller e Perdue afastam-se já nas suas premissas. Neste último, coloca-se em evidência o fato de que o processo de quantificação de danos nada mais é do que a determinação da finalidade perseguida pelo Direito. O texto move-se na tentativa de elucidar qual seja essa finalidade no caso do direito dos contratos.

Logo no início se propõe a tripartição de *interesses* (ou finalidades) extraíveis da demanda por descumprimento, designados de *interesse na restituição* (*restitution interest*)²⁷³, *interesse na expectativa* (*expectation interest*) e *interesse na confiança* (*reliance*

²⁷⁰ No Direito inglês, por exemplo, não existe um tratamento unívoco ou nem uma cláusula geral de boa-fé na fase de contratar, o que poderia ser resumido na seguinte afirmação de Neil Andrews: “a liberdade de contratar inclui a liberdade de não contratar”. (ANDREWS, Neil. Direito contratual na Inglaterra. São Paulo: RT, 2012, p. 44).

²⁷¹ A afirmação encontra-se na doutrina alemã que, em outra analogia, vai dizer que o texto de Fuller e Perdue rompe com a compreensão de contrato clássica norte-americana, de Holmes e Williston, assim como a relação de Jhering e Savigny. (ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 45).

²⁷² ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 691.

²⁷³ Expressão que, como a própria nomenclatura indica, diz respeito à restituição patrimonial voltada a evitar o enriquecimento sem causa. Há, contudo, uma peculiaridade do sistema do *common law*, na medida em que se fala em um *interesse* (*id quod interest*) e, portanto, em uma indenização por enriquecimento. A constatação

interest) – nomenclaturas aplicáveis no contexto do *common law* e, no âmbito do Direito norte-americano, inseridas no § 344 do Restatement (Second) of Contracts.²⁷⁴

A expressão *expectation interest* designa o *interesse positivo*: “aqui, nosso objeto é pôr o lesado na mesma situação em que estaria se a outra parte tivesse cumprido o contrato”; já o *reliance interest* refere-se ao *interesse negativo*: “aqui, nosso objeto é colocar o lesado na mesma situação em que estava antes do contrato”.²⁷⁵

É certo que os resultados expostos são próximos àqueles que se têm trabalhado, uma vez que a chamada *situação hipotética* de recondução do lesado é identificável àquelas enunciadas pelo *interesse positivo* ou *negativo*.

Apesar dessa aparente identificação, a aproximação dos conceitos é apenas parcial. As proposições de Fuller e Perdue e aquela de Jhering são fundamentalmente diversas: para os primeiros, o fundamento do *interesse na confiança* não estaria fora do contrato, mas, antes, seria a consequência natural do descumprimento deste.²⁷⁶ A divergência em relação às premissas até agora discutidas é evidente.

Diferentemente de supor que a reparação do dano contratual seja naturalmente direcionada ao *interesse positivo*²⁷⁷ – algo que se denota na recepção da proposição de Jhering pelo fato de que os principais acentos e dúvidas foram colocados no *interesse negativo* –, Fuller e Perdue debatem a razão pela qual a lei deva proteger o *interesse na expectativa* no caso de descumprimento contratual. Para eles, essa orientação não seria tão facilmente explicável como se poderia supor.²⁷⁸

não parece, de plano, adequada à função desse instituto no Direito brasileiro, já que, aqui, volta-se à restituição do enriquecimento, e não à reparação do dano. Sobre o tema e a função dos *restitutionary damages*, vide SIRENA, Pietro. La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno. In: Rivista di Diritto Civile. Anno LV. n.1 Gennaio-Febbraio, 2009. Padova: Cedam, p. 65.

²⁷⁴ § 344. Purposes of remedies. Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promise:

- (a) his "expectation interest," which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed,
- b) his "reliance interest," which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or
- (c) his "restitution interest," which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party.

²⁷⁵ FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance..., p. 54. Referindo-se à expressão *reliance interest*, Oliver Black sugere uma interessante alternativa, ao afirmar preferível “interesse no *status quo*”. (BLACK, Oliver. Reliance and Obligation. In: Ratio Juris, vol. 17, n.º 3, September 2004 (269-84), p. 270).

²⁷⁶ ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 45.

²⁷⁷ Ou mesmo no *common law*, em momento contemporâneo à publicação do texto de Fuller e Perdue, como se vê da seguinte afirmação: “O objetivo básico de permitir a reparação de danos decorrentes do descumprimento do contrato é conferir à parte lesada a compensação monetária suficiente para colocá-la na situação aproximadamente equivalente àquela que teria disfrutado se o contrato tivesse sido cumprido”. (Some Problems in Measuring Damages for Anticipatory Breach of a Contract of Sale. In: Harvard Law Review, Vol. 52, No. 5 (Mar., 1939), pp. 817-823).

²⁷⁸ FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance..., p. 57.

Conforme bem afirma Ruy de Albuquerque, a questão analisada pelos autores poderia ser assim resumida: “o lugar primacial atribuído ao interesse de cumprimento leva à interrogação: porque motivo o protege o direito?”²⁷⁹

Em suma, e conforme já se elucidou, a tutela da expectativa contratual (ou do *interesse positivo*) não visa restituir uma situação anteriormente existente, mas recolocar o lesado em uma situação *ad quem*. No caso dos contratos, e na visão dos autores, essa situação seria inteiramente nova, conferindo ao lesado “algo que ele nunca teve”.²⁸⁰

A ideia de confiança, nesse contexto, surge com uma força que não encontra paralelos no discurso até agora apresentado. Aqui, ela se mostra como o dano natural do descumprimento do contrato, sendo tutelada de forma subjacente ao *interesse na expectativa*.²⁸¹ Ou, como sintetiza Paulo Mota Pinto, “a indemnização pelo interesse no cumprimento seria, pois, apenas a forma mais eficaz de compensar as perdas da causa”.²⁸²

Isso permite compreender a afirmação de que o *reliance interest* seria coberto, por excesso, pelo *interesse na expectativa*, o qual possuiria função subalterna e instrumental do primeiro.²⁸³ Sem descer a pormenores da proposição, pode-se concluir que, sob essa visão, o dano de confiança é identificado como aquele que resulta da violação contratual;²⁸⁴ o que não significa, contudo, que não se possa tutelar o *interesse positivo*, mas isso decorre de uma escolha legislativa que deve ser bem compreendida.

Na síntese de Thomas Ackermann, a tese central da proposição de Fuller e Perdue não haveria de ser identificada como a preferência pela tutela do *interesse positivo* em contraposição ao *negativo* nas hipóteses de descumprimento contratual – o que se passava com bastante evidência no contexto alemão e continental – mas, antes “que o dever de reparação do *interesse negativo* é a regra fundamental nos danos contratuais, e que a reparação do *interesse positivo* é uma exceção justificada”.²⁸⁵

²⁷⁹ ALBUQUERQUE, Ruy de. Fuller, Lon L e Pardue, William R. Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza. Trad. esp. de José Puig Brutan, ed. Bosch, Barcelona, 184 p. In: Ciência e Técnica Fiscal. Série A. Outubro, 1962, nº 46, p. 547.

²⁸⁰ “Yet in this case we ‘compensate’ the plaintiff by giving him something he never had”. (FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance..., pp. 52-53).

²⁸¹ Conforme Ruy de Albuquerque, em síntese do trabalho dos autores americanos, a indenização do interesse positivo estaria subjacente à reparação e prevenção de danos por um critério de justiça, e como fomento à confiança nos negócios contratuais. (ALBUQUERQUE, Ruy. Fuller..., p. 547).

²⁸² MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol., p. 294.

²⁸³ ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 694.

²⁸⁴ DEDEK, Helge. Negative Haftung..., p. 66.

²⁸⁵ ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 50.

As discussões proporcionadas a partir da tese apresentada por Fuller e Perdue são bastante interessantes, nelas podendo ser incluída a proposição da “morte do contrato”²⁸⁶, bem como a análise, fundada no *law and economics*, de um critério de eficiência como lente de tratamento da distinção entre os *interesses* reparáveis. Alguns de seus desdobramentos, especificamente no que diz respeito às dificuldades de cálculo de um ou outro *interesse*, serão retomadas oportunamente no curso do trabalho.²⁸⁷

Sem descer aos seus pormenores, pode-se afirmar ser hoje indubitável que o *expectation interest* é primordialmente devido no caso de rompimento do contrato, havendo lugar à reparação do *reliance interest* apenas quando não cabível o pedido e perdas e danos pelo descumprimento ou sua medida não for suficientemente certa.²⁸⁸ Embora a proposição de Fuller e Perdue não tenha sido de todo aceita²⁸⁹, ela permitiu e ainda permite vislumbrar a ligação entre o *reliance interest* e a tutela do contrato.

Reside aí o grande mérito da proposição, intimamente ligada à noção de *construção* e *desconstrução* que se pretendeu nesse capítulo: vislumbra-se a possibilidade de uma tutela da *confiança* com base no contrato e, especificamente, em decorrência de seu descumprimento.²⁹⁰ A *ubiquidade* da noção de *reliance* passa a ser perceptível de forma nítida mesmo dentro do *contrato*, colocando em dúvida o acerto da contraposição das hipóteses de aplicação do *interesse da confiança* e do *interesse no cumprimento*.

Naturalmente, a construção formulada por Fuller e Perdue não é aqui mencionada para justificar a sua transposição ao Direito brasileiro – e, da mesma forma, não se pretende uma análise depurada do *common law*. Ela, contudo, lança novas luzes ao *dogma* da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* nas experiências jurídicas acima mencionadas e que, de certa forma, refletem-se na leitura que delas se faz no Brasil.

²⁸⁶ Justificada porque a ênfase na confiança na tutela contratual importa a erosão da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Cf. ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica..., p. 706. No mesmo sentido, afirmando que a confiança impõe a erosão das fronteiras entre responsabilidade aquiliana, contratual e mesmo o direito restitutivo, vide BLACK, Oliver. Reliance..., p. 270.

²⁸⁷ Essencialmente no Capítulo 6, voltado ao tratamento da distinção de *interesses* na responsabilidade negocial.

²⁸⁸ No direito inglês, é o que afirma ANDREWS, Neil. Direito contratual..., p. 285 e, no direito norte-americano, SLAWSON, David. The role of reliance in contract damages. In: Cornell Law Review. Volume 76. Issue 1. November 1990, pp. 198. Trata-se de hipóteses de contratos sem um conteúdo *lucrativo* evidente (por exemplo, a compra de um quadro para decorar uma sala de estar) ou cujo cálculo desse seja algo dificultoso de liquidação. Ao tema voltar-se-á no Capítulo 6, item 5.

²⁸⁹ Para Paulo Mota Pinto, não há dúvidas de que as proposições de Fuller e Perdue não tiveram sucesso na prática e são hoje, em geral, rejeitadas. Cf. MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I., p. 306.

²⁹⁰ Sem pretender descer a rigorismo terminológico, a verdade é que, ao menos no contexto do Direito alemão, a responsabilidade pré-contratual é reconduzida também àquela contratual, o que é algo bastante diverso de se afirmar, como se fez no texto, que o *interesse na confiança* pode provir do contrato.

Sem qualquer nota de continuidade (ou descontinuidade), e nem mesmo podendo-se vislumbrar alguma ligação lógica entre a afirmação feita no *common law* e aquela experimentada no direito continental, fato é que, hoje, também nestes sistemas se reconhece a ruptura de uma vinculação necessária entre *interesse positivo* e descumprimento e *interesse negativo* e tutela da confiança.

4.3 A ruptura dos “dogmas” e o reconhecimento contemporâneo da distinção

Como se viu, a primeira distinção entre os conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*, polarizada entre *validade* e a *não perfeição* ou *invalidade* do contrato, foi substituída por aquela que evidenciou a contraposição entre *cumprimento* e *confiança*, respectivamente. Em ambas as proposições, denota-se a tentativa de vincular o *interesse* reparável a hipóteses lesivas específicas, compreendidas de forma apriorística.

O percurso até aqui trilhado deságua no reconhecimento de que a distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* não pode ser realizada de forma *a priori* à luz das hipóteses de sua aplicação. Denota-se, assim, o cabimento de uma definição deste *par* de conceitos embasada nas suas consequências e não nos seus fundamentos – como aquela que se fez, ainda que de maneira preliminar, no item 4.2 Capítulo 1.

Colocadas à prova, nenhuma das ligações apriorísticas mencionadas pode ser tomada como definitiva. Especificamente no que diz respeito à vinculação entre *interesse positivo* e (não) *cumprimento* e entre *interesse negativo* e (violação) da *confiança*, até hoje amplamente reconhecida e utilizada, as impropriedades mostram-se inúmeras, ainda que por vezes um tanto sutis em uma primeira leitura.

Deve-se essencialmente ao caráter não homogêneo da noção de confiança a comprovação de impropriedade de tal caráter redutor. Como se demonstrou, essa característica é perceptível, por razões e problemas bastante diversos, tanto nos sistemas romano-germânico, como no *common law*.

Eventual influência (recíproca ou não) das construções havidas no *common law* no desenvolvimento do *par conceitual* nos sistemas continentais não poderia ser afirmada ou estimada de maneira adequada no âmbito do trabalho.²⁹¹ Há, contudo, alguns pontos de

²⁹¹ Não se poderia deixar de notar a constatação de Otávio Luiz Rodrigues Jr., no sentido da existência hodierna de um conflito por espaço e influência entre o BGB e a influência anglo-saxã no Direito alemão. Em suma, vários são os fatores que fizeram com que os alemães dialogassem (e dialoguem) com as soluções do *common law*. Vide RODRIGUES JR, Otávio Luiz. A influência..., acesso pela RTOonline.

contato entre seus resultados, e que merecem ser elucidados – ainda que sem a pretensão de neles vislumbrar um inter-relacionamento teórico.

Essencialmente, isso se passa porque o caráter parcial das construções de distinção entre *interesse positivo* e *negativo* não repousa apenas na recondução à *confiança* e ao *cumprimento* mas, antes, na distinção absoluta entre *contrato* e *não contrato*.

A afirmação pode soar contraditória ao afirmado no início desse capítulo, quando se expôs que o pressuposto da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* vincula-se à existência de vinculação contratual. A contradição é apenas aparente.

Nesse caminho, vem à tona uma questão que não pode ser desconsiderada: a composição da relação jurídica de reparação é algo que transcende o direito contratual, sendo encontrada nas regras de responsabilidade civil. Nesse contexto, não se poderia vislumbrar isoladamente, tendo como foco apenas a *relação violada*, a composição da *relação de reparação*, até mesmo porque o conteúdo da primeira é heterogêneo.

Afirma-se, assim, que há uma tendência muito frequente – e, em verdade, bastante lógica – de que a infração pré-contratual leve à reparação do *interesse negativo* e a infração contratual, especificamente aquela aos deveres de prestação, à reparação do *interesse positivo*. Mas, ponderadas algumas variantes, não será necessariamente assim.

Permitida uma analogia que resumiria o problema, nota-se que as afirmações distinguem-se entre uma compreensão *manualística* dos conceitos,²⁹² que aceita a vinculação supra referida sem maior profundidade dogmática, e outra percepção *dogmática* da distinção, na qual o acerto da identificação absoluta é discutível.

É comum que, em experiências jurídicas que usualmente trabalham com o *par conceitual*, note-se a desvinculação do “dogma” de que o *interesse positivo* refere-se sempre à tutela contra o descumprimento contratual e que a tutela do *interesse negativo* é sempre vinculada à responsabilidade pré-contratual (e *vice-versa*, ou seja, o *interesse positivo* só cabe na responsabilidade contratual e o *negativo* apenas na pré-contratual).

Trata-se exatamente da proposição realizada por Fuller e Perdue na experiência do *common law*, na qual se vislumbrou que o descumprimento do contrato pode levar tanto à reparação do *interesse na expectativa* (*interesse positivo*, portanto) como do *interesse na*

²⁹² O que se denota do fato de que diversos manuais de Direito das Obrigações na Alemanha afirmem, como algo peremptório, que a indenização do *interesse negativo* se volta à reparação do *dano de confiança* (e, ainda, vinculado à validade do contrato) e de que a reparação do *interesse positivo* à reparação do *dano de cumprimento*. Vide, por todos BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. Allgemeines Schuldrecht. 30. Auflage. München: C.H.Beck, 2004, p. 304.

confiança (*interesse negativo*, portanto). E, em verdade, seria esse último a medida natural de proteção às expectativas negociais do lesado.

Nesse contexto, a reparação do *interesse positivo* no descumprimento contratual seria, antes, uma escolha legislativa e não necessariamente uma consequência lógica ou natural – conclusão à qual a análise econômica da distinção entre os *interesses* contribuiu vividamente.

A construção formulada por Fuller e Perdue é o ponto de partida de Helge Dedek para reconstruir o *interesse negativo* na experiência alemã, especificamente à luz da redação do § 284 BGB após a Reforma.²⁹³ Referido dispositivo prevê a possibilidade de que, no lugar de exigir o cumprimento da prestação, o credor lesado *opte* pela reparação das despesas que teve pela *confiança* depositada no contrato.

Tais despesas realizadas na *confiança* podem ser reconduzidas à noção de *interesse negativo*, permitindo falar-se de uma “responsabilidade contratual negativa”, como se infere do título de sua obra.²⁹⁴ Essa tutela, contudo, não decorre logicamente do descumprimento contratual (o qual permitiria o cumprimento da prestação, ainda que pelo equivalente), mas antes da determinação legal – algo diverso da premissa adotada no *common law*, que coloca em primeiro plano a tutela do *reliance interest*.

Ainda que a qualificação do ressarcimento destas despesas tornadas inúteis (e não cumuláveis com o pedido de cumprimento do contrato) ao *interesse negativo* seja um dos pontos de maior discussão da doutrina alemã pós-Reforma²⁹⁵, outros exemplos de desvinculação dessa compreensão aqui chamada de “*dogma*” são há muito perceptíveis.

De meramente ilustrativa, pode-se fazer menção ao tratamento do tema por Karl Larenz, o qual vislumbra hipóteses diversas de responsabilidade pré-contratual, algumas delas conduzindo à reparação do *interesse positivo* (v.g., a formação de contratos indesejados ou desvantajosos)²⁹⁶, e Volker Emmerich que, em linhas mais gerais, afirma que a *culpa in contrahendo* nem sempre conduzirá à reparação do *interesse negativo*.²⁹⁷ Tudo dependerá

²⁹³ “§ 284 Reembolso de despesas desaproveitadas. Ao invés de demandar de perdas e danos no lugar do cumprimento, o credor pode demandar o ressarcimento de despesas realizadas em confiança quanto ao cumprimento e de forma razoável, a não ser que o seu objetivo não fosse alcançado mesmo que o devedor não tenha descumprido o seu dever”. (em tradução livre).

²⁹⁴ DEDEK, Helge. Negative Haftung..., especialmente pp. 65 e sg.

²⁹⁵ Entende-se que o § 284 BGB pode ser interpretado como base da indenização correspondente a parte do *interesse positivo*, considerando as despesas como presunção do lucro esperado com a contratação. O tema será analisado no item 5, Capítulo 6.

²⁹⁶ LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 112.

²⁹⁷ EMMERICH, Volker. Das Recht der Leistungsstörungen. 6. neu bearbeitete Auflage. C.H.Beck: München, 2005, pp. 136-137.

da aplicação das regras de responsabilidade, a formatar a construção da relação de reparação pelo § 249 BGB (item 3.1, Capítulo 1).

Pautado também nas regras de reparação de danos, António Menezes Cordeiro afirma, agora no contexto português, que as múltiplas hipóteses de responsabilidade pré-contratual nem sempre levarão à indenização do *interesse negativo*, havendo-se de aferir, *in concreto*, o interesse violado e, conseqüentemente, reparável.²⁹⁸ Exatamente por compreender que uma limitação apriorística é inadequada, posta-se contrário aos conceitos aqui expostos.²⁹⁹

No mesmo sentido – e influenciando a exposição de Menezes Cordeiro, é a compreensão de Ruy de Albuquerque. O jurista, a partir de Fuller e Perdue, afirma com precisão que sua leitura coloca em cena uma problemática esquecida: “o da necessidade de recorrer ao interesse ofendido para determinar a indemnização. Isso explica a impossibilidade de integrar num todo harmónico os limites da indemnização, admitindo exceções que destroem o valor das regras com que pretendem delimitá-los”.³⁰⁰

E, ainda à luz do Direito lusitano, a vasta e definitiva obra de Paulo Mota Pinto deixa bastante clara a existência de tal direcionamento “*mutável*”, tanto na responsabilidade contratual como na pré-contratual, ainda que se reconheça um sentido *tendencial* da aplicação do *interesse negativo* na responsabilidade pré e do *interesse positivo* na responsabilidade negocial por descumprimento.³⁰¹

O mesmo se pode afirmar na Itália onde, apesar de reconhecida a distinção e de uma *compreensão dominante* de que a violação pré-contratual seria sempre reconduzida à reparação do *interesse negativo*,³⁰² não se poderia defini-la como absoluta. Também de forma exemplificativa, poder-se-ia fazer menção à lição de Angelo Luminoso, para quem “(...) na responsabilidade pré-contratual não é verificável a lesão a um tipo constante de

²⁹⁸ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 585.

²⁹⁹ A crítica de Menezes Cordeiro será melhor elucidada no Capítulo 3, item 3.1.

³⁰⁰ ALBUQUERQUE, Ruy de. Da culpa in contrahendo no Direito luso brasileiro. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Civil ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa. [texto não publicado], p. 85.

³⁰¹ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, Capítulo III (*in totum*). De se ler com cautela, portanto, a afirmação de António Chaves de que “Se a responsabilidade contratual leva à indenização do interesse contratual positivo, a responsabilidade pré-contratual não pode deixar de ocasionar a indenização do interesse contratual negativo”. (CHAVES, António. Responsabilidade pré-contratual. In: Doutrinas essenciais de responsabilidade civil. Vol. 2. p. 245-257, out/2011, acesso pela RTOonline).

³⁰² A afirmação do carácter dominante dessa concepção é de LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 793.

interesse”,³⁰³ bem como Paolo Gallo, sublinhando o que chama de heterogênea casuística, a importar um tratamento não estático do *quantum* da reparação.³⁰⁴

Nos contextos português e italiano, ainda, é há muito discutido o parâmetro indenizatório na hipótese específica da resolução contratual – controvérsia não partilhável no Direito alemão antes da *Reforma*, uma vez que se afastava por completo a indenização cumulável com o remédio resolutivo.³⁰⁵ Embora hoje objeto de renovadas colocações, por muito se vinculou tal reparação ao *interesse negativo*, e não *positivo*, como seria de se supor por se tratar de uma responsabilidade por descumprimento do contrato.³⁰⁶

Tudo isso, em suma, corrobora a conclusão de que as situações que levam à reparação (ou mesmo à violação) de um ou outro *interesse* não são rígidas a ponto de permitir que, a partir delas, se possa realizar a classificação de ambos os componentes do *par conceitual* de maneira apriorística. Seus componentes, com efeito, não são densos o suficiente para permitir definir a sua hipótese de incidência; é, antes, o sentido contrário que deve ser fomentado, mostrando-se ambos como meros instrumentos à reparação.

Retomando-se a distinção entre *interesse* como uma *diferença* ou como uma *situação juridicamente tutelada*³⁰⁷, resta bastante evidente que não se poderia, a pretexto desse segundo entendimento, definir pelo *resultado* a relação jurídica da qual a violação provém. Soa mais adequado, assim, enfocar a primeira função desses conceitos.

E, embora essa *fragmentação* de dogmas não seja vislumbrável no Direito brasileiro – uma vez que os conceitos não são aqui trabalhados de maneira verticalizada – nota-se a cautela quanto à leitura de lições doutrinárias estrangeiras, máxime quando não compreendidas dentro desse contexto evolutivo de releituras.³⁰⁸

Evidente marca dessa leitura cautelosa é a transformação – apenas em aparência sutil – da exposição dos termos *interesse positivo* e *interesse negativo* por Judith Martins-Costa.

³⁰³ LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 794.

³⁰⁴ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*..., p. 498.

³⁰⁵ Trata-se, com efeito, de uma das grandes alterações do Direito alemão com a Reforma, que passou a permitir de forma expressa a cumulação entre a reparação de danos e a resolução nos termos do § 325 BGB, que será retomado abaixo (item 4.2, Capítulo 6).

³⁰⁶ Como anota Claudio Turco, tratando de uma hipótese *autônoma* de aplicação do *interesse negativo*. (TURCO, Claudio. Interesse negativo..., p. 261).

³⁰⁷ Como se fez no item 3.3 do Capítulo 1.

³⁰⁸ Assim, por exemplo, deve-se ler com cautela a menção de Pontes de Miranda à indenização do *interesse negativo* no âmbito da invalidade. O tratadista trabalha o conceito quando do tratamento da invalidação, determinando sua prestação em alguns casos específicos, mencionados em uma forma bastante ampla. Dentre eles destaca-se a afirmação peremptória de que haveria indenização do *interesse negativo* “pela não-entrada do ato no mundo jurídico” ou “pela entrada dele no mundo jurídico, mas invalidamente”. O problema reside, justamente, em afirmar essa ligação de maneira peremptória. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo IV, p. 84, § 383).

Na primeira edição de seus Comentários, a jurista trabalhava o *interesse positivo* como vinculado ao descumprimento e o *interesse negativo*, à responsabilidade pré-negocial.³⁰⁹ Ainda que tais ligações sejam mantidas na segunda edição de sua obra, sublinha-se o alerta de que são apenas definições aplicáveis “*em linha de princípio*”.³¹⁰

A autora destaca, por exemplo, a possibilidade (excepcional) de indenização do *interesse positivo* mesmo na ausência de um contrato firmado – quando, pelas regras de causalidade, não fosse o evento lesivo o contrato teria sido firmado.³¹¹ E, realmente, parece ser justamente a definição do *evento lesivo* e de um contexto global da reparação de danos que permite melhor compreender a aplicação de um ou outro *interesse*.

Em suma, se os conceitos são passíveis de compreensão *universal*, a sua aplicação é intimamente relacionada às regras de responsabilidade civil, sendo vinculadas a determinado ordenamento jurídico. Este pode, como fez recentemente o legislador alemão, estabelecer o direcionamento protetivo de forma expressa ou, na sua ausência, determinar a sua obtenção pelas regras usuais de responsabilidade civil.

Em suma, a aplicação e as soluções propiciadas pelos conceitos devem ser buscadas no Direito brasileiro, tanto no sentido de se vislumbrar a existência de parâmetros indenizatórios definidos por lei como pela definição do sentido indenizatório aplicável *in concreto*.

5. Interesse positivo e interesse negativo, (des)cumprimento e confiança: uma vinculação não necessária.

Diante de todo o exposto, embora não seja incorreta a identificação entre *interesse positivo* e a situação de descumprimento do contrato e de *interesse negativo* e a situação de violação da confiança pré-contratual, referida vinculação somente é adequadamente compreendida na medida em que se tenha em mente sua relatividade.

Em suma, é esse o resultado obtido pela análise da experiência estrangeira, acima realizada mediante um amplo recorte doutrinário, do qual se percebe com precisão a inadequação e as limitações impostas por uma construção definitiva e redutora das inúmeras

³⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações. Volume V. Tomo II. Arts. 389-420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 329-332.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 481.

³¹¹ Nesse ponto, a jurista embasa-se no entendimento exposto por MOURA, Dário Vicente. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. In: Estudos em homenagem a Ruy de Albuquerque. Volume I. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

possibilidades advindas de situações lesivas, direta ou indiretamente, relacionadas ao contrato. Há de se evitar, naturalmente, o cometimento dos mesmos erros.

É evidente que somente se poderá confirmar o acerto dessa conclusão ao Direito brasileiro quando analisados os requisitos de aplicação do *par conceitual* a partir das soluções por ele conferidas. Aliás, a própria identificação do interesse lesado (e protegido) somente é realizável à luz de determinado ordenamento jurídico.

Se o fato de que outras experiências jurídicas chegaram à conclusão quanto ao caráter relativo das classificações não seja por si só suficiente para transportá-la ao Direito nacional; o é, contudo, para servir de alerta a problemas que, entende-se, são muito próximos daqueles enfrentados no Brasil. Aqui, a dificuldade de tratamento do tema deixa de ser meramente *ambígua*, como qualificada no início da exposição, e torna-se efetiva.

Com efeito, a relação jurídica obrigacional, nela incluída também a relação pré-contratual, é internamente complexa. Assim também são as patologias que dela podem derivar e, mais ainda, os remédios admitidos. Todos eles são cumuláveis com o pedido de reparação e danos – este reconduzível à distinção entre *interesse positivo e negativo*.

Anota-se, então, uma tendência de identificação entre *interesse positivo* e *(des)cumprimento* e *interesse negativo* e *confiança pré-contratual*, que poderia ser tomada como ponto de partida, a ser confirmada ou, em determinados casos, afastada mediante uma análise especificada da *circunstância lesiva*.

Entendendo-se por depurado substrato suficiente para análise da distinção à luz do Direito brasileiro, e tendo em mente a premissa desse caráter cambiante ou ambivalente de sua ampliação, pode-se então prosseguir no estudo proposto. Para tanto, imprescindível definir a aplicabilidade dos conceitos proposto no Direito brasileiro.

6. Sequência

Elucidado de maneira bastante panorâmica o desenvolvimento teórico da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* em ordenamentos estrangeiros caminho esse que, em suma, corresponde também à história de transformações essenciais do Direito das Obrigações, concluiu-se pela inadequação de uma definição apriorística das hipóteses lesivas abrangidas por cada um dos componentes desse *par conceitual*.

Ainda que o acerto da conclusão deva ser colocado à prova à luz do Direito brasileiro, compreender os percalços enfrentados em experiências estrangeiras permite vislumbrar a questão com maior cautela, evitando tanto o cometimento dos mesmos erros, como a

transposição de soluções jurídicas que, lidas de modo isolado, poderiam conduzir a resultados inadequados. Exatamente porque esse caminho deve ser trilhado *in concreto*, é que o próximo capítulo se dedica ao estudo do tema em ligação ao Direito nacional.

CAPÍTULO 03 – INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO: CONFORMAÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO –

No caminho até agora percorrido foram trabalhados os conceitos de *interesse positivo* e *negativo* de forma aproximativa e à luz de seus desenvolvimentos teóricos em ordens jurídicas estrangeiras. Já se sabe que as expressões designam, de forma sintética, a situação hipotética à qual o lesado deve ser reconduzido e, especialmente, que não se deve por elas definir aprioristicamente as situações lesivas em que são aplicáveis.

Após traçar um panorama introdutório desse desenvolvimento, partindo da proposição de Jhering e chegando à compreensão contemporânea do *par conceitual*, é essencial finalizar sua apresentação teórica com a análise da sua conformação ao Direito brasileiro. É exatamente esse o intento do presente capítulo, o qual se desenvolve sem perder de vista os alertas fundados pelas dificuldades enfrentadas no Direito estrangeiro.

1. Interesse positivo e interesse negativo: o caminho para afirmação do *par conceitual* no Direito brasileiro

A definição aproximativa da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* até agora realizada não suscita maiores controvérsias. Afinal, é compreensível a diferença fática entre reconduzir a parte lesada à situação de cumprimento do negócio jurídico (*interesse positivo*) ou, ao contrário, à situação em que ela estaria se não houvesse nem sequer iniciado as negociações (*interesse negativo*).

O verdadeiro desafio em torno desse *par conceitual* surge quando, ultrapassado um plano abstrato de conceituação, verticalizam-se os fundamentos teóricos da distinção entre seus componentes e se volta à definição do seu âmbito de aplicação. Ou seja, liga-se fundamentalmente à operacionalidade dos conceitos.

Foi exatamente isso que se pretendeu demonstrar, à luz de experiências estrangeiras, no capítulo antecedente. A partir de um amplo panorama sobre o desenvolvimento dos conceitos e da interação entre *interesse positivo* e *negativo*, afirmou-se que sua história é marcada pela tentativa de oferecer um critério seguro para aplicação de cada parâmetro, pois é nele que sua operação encontra espaço.

Em vista desse objetivo – encontrável em diferentes ordens jurídicas – ergueram-se verdadeiros *dogmas*, pelos quais se pretendeu relacionar o critério de aferição do *quantum indenizatório* com circunstâncias previamente delimitadas. É o que explica a proposição de nomenclaturas substitutivas, como aquelas que identificam o *interesse positivo* ao

cumprimento e o *interesse negativo à confiança*. Mesmo não sendo incorretas, tais ligações mostraram-se relativas, abrindo caminho a *desvios* ou *exceções*.

A pretexto de sintetizar a aplicação dos conceitos, acabou-se por se chegar a um desenvolvimento descontínuo em torno da distinção, cujos percalços não devem influenciar a compreensão do tema à luz do Direito brasileiro. Em suma, há de se evitar o cometimento dos mesmos erros depurados da análise do Direito comparado.

Diante disso, seria apressado identificar o *interesse positivo* ao descumprimento de contratos válidos e o *interesse negativo* à não formação ou à invalidade do pacto, conquanto sejam essas as hipóteses mais frequentes de sua aplicação. O alerta se justifica pelo fato de que o *descumprimento*, a *invalidade* e a *não formação* do negócio jurídico são conceitos bastante amplos, compostos por circunstâncias nem sempre homogêneas.

Da mesma forma, não se mostra adequada a delimitação apriorística da reparação do *interesse negativo* à responsabilidade pré-negocial e do *interesse positivo* à responsabilidade negocial ou contratual, e, novamente, assim se afirma ainda que tal identificação seja confirmada em inúmeras situações.

A conclusão quanto à impossibilidade de definição apriorística, aliás, denota a fragilidade da própria pretensão de retirar das expressões – fórmulas que sintetizam um *resultado* – o conteúdo da relação jurídica sobre as quais incidem. Afinal, não se poderia perder de vista que se está a tratar em relação íntima com a noção de dano.

Sendo o conceito de dano dotado de caráter fluido e mutável, ele se mostra contrário a definições que se pretendam definitivas e absolutas. A experiência brasileira, para além da aplicação do *par conceitual*, demonstra o acerto da afirmação: não é possível nem sequer desejável afirmar peremptoriamente quais situações ensejam ou não a reparação de danos, pois a análise definitiva deverá ser sempre *casuística*.³¹²

A conclusão de que também a indenização do *interesse positivo* ou do *interesse negativo* deva ser buscada *in concreto* não desmerece a sua utilidade. Na medida em que dificuldades na definição do conceito dano reparável pertencem de forma indissociável ao

³¹² Reportando-se a situação recorrente no Direito brasileiro, a impossibilidade de delimitação apriorística é aferível das reiteradas relativizações da formulação de que “o simples descumprimento do contrato não gera dano moral”. Se há diversos *descumprimentos*, além de diversos *contratos*, não se poderia em uma fórmula mágica delimitar a relação *causa* e *efeito* que, de todo, somente é compreensível *in concreto*. O mesmo parece ser cabível quanto a definições afirmativas da ocorrência de dano moral. Em um contexto mais amplo, mesmo ordenamentos em que se encontra a tipificação de hipóteses de reparação de danos, como é ilustrativo o Direito alemão, nota-se uma tentativa constante de contorná-los, cujo melhor exemplo é a já citada *fuga para o contrato* e a construção dos deveres de proteção de cunho contratual que permitiram aos juristas alemães se desvencilhar dos limites do delito (item 3.3, Capítulo 1 e item 3.2, Capítulo 2).

estudo da responsabilidade civil,³¹³ o *par conceitual* exerce fundamental papel de minorá-las, permitindo enxergar a relação jurídica de reparação – e também a relação jurídica violada – com outras lentes.

É justamente nesse espaço de (des)construção – ou no *vazio* com o qual se concluiu o capítulo antecedente – que há de se apresentar o caminho de aplicação dos conceitos no Direito nacional. Pretende-se demonstrar que, desde que bem depurado o sentido de sua aplicação, o *interesse positivo* e *negativo* são relevantes *instrumentos* à responsabilidade civil sem, contudo, alterar seus pressupostos basilares.

Deixando-se de lado o enfoque até aqui realizado em construções desenvolvidas em outras ordens jurídicas, passa a se verticalizar a apresentação dos conceitos à luz do Direito brasileiro. Mantém-se, contudo, o objetivo de propor um tratamento dogmático e teórico dos conceitos, com a qual se conclui a Parte I da tese.

1.2 Compatibilidade, utilidade e aplicabilidade do *par conceitual* no Direito brasileiro

Já se demonstrou que o sentido diverso da reparação representada por cada um dos componentes do *par conceitual* aqui estudado pressupõe e ao mesmo tempo resulta do reconhecimento da eficácia da vinculação contratual. Em outras palavras, o direcionamento *positivo* ou *negativo* da indenização somente é compreendido se for possível afirmar a força vinculante do negócio jurídico, especialmente do contrato.

A constatação, ainda dentro do âmbito aproximativo de compreensão dos conceitos, permite não apenas que se afirme sua compatibilidade aparente ao Direito brasileiro, como também o seu caráter *universal* a todos os ordenamentos que reconheçam eficácia vinculante especial oriunda do *contrato* ou do *negócio jurídico*.

É fato, contudo, que ela é por si só insuficiente para afirmar de maneira peremptória a aplicabilidade dos conceitos em determinado ordenamento jurídico.³¹⁴ Sua depuração

³¹³ THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Nullité..., p. 97

³¹⁴ Afirmação que se poderia exemplificar a partir do Direito francês em que, apesar de a distinção ser conhecida, não se pode afirmá-la recorrente. Analisando, contudo, a composição da reparação de danos, como por exemplo aquela devida pela ruptura de negociações, a literatura francesa avizinha-se ao reconhecimento do *interesse negativo*. Exemplificativamente, é a lição de Jacques Ghestin, ao afirmar que não se admite a conclusão forçada do contrato, e se tende a admitir a reparação dos gastos havidos com a preparação do contrato, além da indenização pela perda da chance de concluí-lo (ao menos até a decisão Manoukian, de 2006, que alterou a jurisprudência). É interessante anotar que Ghestin reconhece que o *quantum* reparável é ainda incerto na jurisprudência francesa, o que se entende, no âmbito da tese, poder ser adequadamente preenchido pela adoção dos conceitos. (GHESTIN, Jacques. La responsabilité délictuelle..., p. 454). Para maiores

permite, contudo, abrir espaço para o estudo aprofundado do tema; afinal, fosse negada de plano a viabilidade de reconhecimento da distinção, o estudo mais aprofundado dos conceitos não se justificaria.

Isto posto, diga-se que, na doutrina brasileira que já se dedicou aos conceitos, não se encontram resistências à sua aplicabilidade. Embora não seja vasta, a análise doutrinária existente não costuma identificar qualquer obstáculo a sua aplicação.

Relevante exceção – ao menos aparente – encontra-se na afirmação de Antônio Junqueira de Azevedo, no sentido de que “no direito brasileiro, por outro lado, não se adota nem a expressão nem o conceito de “interesse negativo” do direito alemão”.³¹⁵ Seria, no entanto, apressado concluir-se pela rejeição do conceito pelo doutrinador.

Isso porque, analisado o contexto global do texto em que está inserida, não se infere a existência de um efetivo descompasso entre o *interesse negativo* e o quanto sustentando pelo doutrinador, especialmente quando define o parâmetro indenizatório na responsabilidade pré-negocial, o qual “(...) não é, naturalmente, o que obteria com o contrato, e sim, o que obteria se as negociações não fossem realizadas”.³¹⁶

Ou seja, ainda que sem menção à nomenclatura, o resultado ao qual chega é evidentemente próximo e compatível com o sentido do *interesse negativo* (i.e., reconduzir a parte à situação em que estaria sem as negociações). Mais do que isso, não se poderia desconsiderar que, em texto posterior ao ora mencionado, o jurista referencia-se expressamente à indenização do *interesse positivo* e do *interesse negativo*, sem qualquer conteúdo crítico.³¹⁷ Parece aderir, ao final, à dicotomia por eles representada.

informações sobre a literatura francesa atual, vide MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 853, NR 2372.

³¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé... (acesso RTOnline).

³¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé... (acesso RTOnline). Chama atenção o fato de que a afirmação de Junqueira de Azevedo, feita no contexto específico da responsabilidade pré-negocial, seja utilizada para além dela por parte da doutrina que lhe seguiu, essencialmente para defender que a indenização no caso de resolução seja voltada ao interesse negativo. Essa interpretação, respeitosamente, não se infere do contexto original do texto de Antônio Junqueira de Azevedo. Utilizando a citação do excerto reproduzido no texto é, por exemplo, a doutrina de Araken de Assis, ao sustentar sua interpretação alargada: “Daí por que, cuidando do rompimento das negociações prévias ao contrato (responsabilidade pré-contratual), Antônio Junqueira de Azevedo observar o seguinte: “O que ‘razoavelmente deixou de lucrar’ não é, naturalmente, o que obteria com o contrato, e sim, o que obteria se as negociações não fossem realizadas”. Esta lição se aplica, *a fortiori*, se o contrato se formou e, por fato superveniente (por exemplo, inadimplemento do parceiro), se dissolveu.” (ASSIS, Araken. Dano positivo..., p. 128).

³¹⁷ Veja-se que, ao tratar da revogabilidade da oferta, afirmou: “Essas perdas e danos não são, evidentemente, as do contrato, e sim, as do interesse negativo, ou seja, as perdas e danos consistirão, então, na diferença entre o patrimônio com que o candidato a contratante está e o que estaria, se não tivesse havido a oferta”, e, no que toca ao CDC, “diferentemente, as perdas e danos são sempre as do interesse positivo”. O tema será retomado no item 3.2.1, Capítulo 5. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 90, 1995, p. 131).

Não se poderia também deixar de notar que não há um estudo verticalizado sobre o conceito representado pelos componentes do *par conceitual* no Direito nacional. A sua menção, quando realizada, vem ligada às consequências reparatórias de determinadas hipóteses lesivas, o que se faz mediante uma apresentação aproximativa.

Ocorre que, para adequada avaliação dos conceitos, é imprescindível que se desça a um segundo nível de profundidade, no qual se supera a mera afirmação aproximativa quanto ao reconhecimento da distinção e se volta ao seu efetivo desenvolvimento em determinado ordenamento jurídico, destacando-se naturalmente o Direito brasileiro.

Mostra-se então relevante verificar *se* a distinção é compatível com as regras de responsabilidade civil brasileiras (compatibilidade), *qual* é a sua função na solução do problema indenizatório (utilidade) e, por fim, *como* pode ser realizada a sua aplicação (aplicabilidade). Embora nitidamente diversas, são questões inter-relacionadas.

É esse conjunto de considerações que será abaixo desenvolvido e, apenas em razão de simplificação da exposição, de forma individualizada. Como se denota, e por razões que se entende já justificadas no caminho até agora trilhado, o enfoque teórico sob o *par conceitual* não parte das circunstâncias lesivas por ele abrangidas, mas, antes, da análise de sua compatibilidade *abstrata* ou *geral* às regras de responsabilidade civil.

Reitera-se que a tese se desenvolve no encontro de categorias centrais ao *contrato* (ou ao negócio jurídico) e à *responsabilidade civil*, especialmente no que diz respeito a circunstâncias lesivas ocorridas no *iter* negocial. O seu tratamento adequado pressupõe a compreensão das diferentes *hipóteses lesivas* bem como das *regras de reparação de danos* correspondentes, em uma vinculação necessária entre *causa* e *efeito*.

Por ora, tem-se em consideração o tratamento da temática diante das regras de responsabilidade civil, sem que se pretenda desde logo apresentar ou estudar de forma mais aprofundada as suas *hipóteses*, que compõem a Parte II da tese. É, com efeito, no âmbito da reparação de danos que se deve analisar a *compatibilidade*, a *utilidade* e a *aplicabilidade*, algo prévio à depuração de suas hipóteses de aplicação.

2. A compatibilidade dos conceitos às regras de responsabilidade civil

Não se encontra na legislação brasileira menção, expressa ou tácita, às noções de *interesse positivo* e *negativo*. Tanto o Código Civil como a legislação extravagante referem-

se genericamente à prestação de *perdas e danos* como o conteúdo do dever de reparar, sem que haja uma orientação legal de seu direcionamento *in abstracto*.³¹⁸

É evidente que isso não importa em concluir pela ausência de parâmetros desse direcionamento. A afirmação apenas sublinha que, em nenhuma passagem, o legislador brasileiro determinou de forma inequívoca que o lesado seja reconduzido à situação de *cumprimento* do negócio jurídico ou à situação em que estaria *se não tivesse contratado*.³¹⁹ Tais direcionamentos são, contudo, passíveis de serem obtidos *in concreto*.

Em um momento imediatamente anterior, pode-se mesmo afirmar que a noção de recondução do lesado a uma *situação hipotética sem o dano*, ao qual se liga a função compensatória da responsabilidade civil, não é amparada expressamente pela legislação brasileira. A constatação não importa na negativa de seu reconhecimento e admissibilidade no Direito nacional, consoante se tem defendido (item 4.2, Capítulo 1).

Ela, com efeito, resulta da função compensatória da responsabilidade civil que, malgrado as profundas releituras e ampliações pelas quais tem passado³²⁰, mantém-se como função precípua deste ramo no Direito Privado.³²¹ Diante disso, e ainda que se trate de uma

³¹⁸ A expressão *perdas e danos* é usada 73 (setenta e três vezes) no Código Civil, dentro e fora do Livro de Obrigações. Para além do diploma civil, aparece de forma relevante no Código de Processo Civil, tanto no tratamento das obrigações de dar, fazer e não fazer, como na execução destas mesmas modalidades de obrigações (exemplificativamente, 461, § 1º e 627 do CPC/73, correspondentes aos art. 499 e 809 do NCPC). Sobre o alcance da expressão e sua composição, remete-se o leitor ao item 1.1, Capítulo 4.

³¹⁹ Analisando dispositivos do Código Civil brasileiro, Dário Moura Vicente haver duas delimitações legais que direcionamento a indenização ao *interesse negativo*, quais sejam, o disposto no art. 443 (vícios redibitórios) e art. 182 (desconstituição por invalidade). No primeiro caso, que se impõe ao alienante que conhecia o vício o dever de restituição com perdas e danos, sustenta o jurista português que seria “destituído de sentido” impor ao alienante também a indenização do *interesse positivo*, entendido como equivalente da prestação. Em sentido análogo a interpretação do dispositivo que determina a restituição do quanto prestado em caso de invalidade. (MOURA, Dário Vicente. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil..., p. 328). Não se adere, aqui, ao entendimento do autor, por se considerar que em ambos os dispositivos o retorno ao *status quo* delimita-se ao dever de restituição, e não de reparação, que lhe é autônomo. Tanto assim que, no que toca especificamente ao art. 182 CC, não se infere do dispositivo uma imposição do dever de reparar os danos para além da restituição, algo que deve ser fundamentado para além dele (vide, *infra*, NR 330). A distinção entre restituição e reparação será retomada no item 4.1.3, Capítulo 6.

³²⁰ Nesse contexto de transformações gerais na responsabilidade civil, não é incomum a menção à responsabilidade sem culpa, sem nexo de causalidade e, em desenvolvimentos mais recentes, inclusive sem dano. A isso se adere a paulatina construção de uma função punitiva e preventiva, capazes de alterar profundamente a função *indenitária* da responsabilidade civil. Nenhuma dessas construções é desconhecida, e o fato de não serem trabalhadas com maior vigor no âmbito do trabalho não significa a realização de um juízo de valor sobre elas. Fato é, contudo, que a tese se desenvolve em vista de um tipo específico de dano (o dano patrimonial), vinculado a algumas hipóteses também específicas de responsabilidade (negocial ou pré-negocial) e se volta ao problema da definição da extensão da responsabilidade civil, ou seja, ao *quantum* indenizatório. São limites nos quais essas transformações não se fazem presentes de maneira tão evidente.

³²¹ Nesse sentido, vide Judith Martins-Costa, que considera que a função tradicional e precípua da responsabilidade civil seja a “(...) restauração dos danos ilicitamente causados por outrem”. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 147).

nítida *ficção*,³²² a reparação deve reconduzir o lesado à situação em que estaria sem o dano, sendo esse o mandamento da extensão da reparação de danos (art. 944 CC).

Em uma análise panorâmica da reparação de danos pelo *descumprimento das obrigações* e aquela *delitual*, nota-se que o legislador se limitou a estabelecer o *dever de reparar* de forma bastante ampla, sem invocar um direcionamento protetivo específico.

Assim, nos termos do art. 389 CC³²³, base legal da responsabilidade pelo descumprimento, o devedor responde por perdas e danos decorrentes do não cumprimento. Não há dúvidas de que, a par da ausência de uma definição peremptória, esses danos sejam aqueles que direta e imediatamente decorrem da *falta de cumprimento* (art. 403 CC).³²⁴ No regramento da mora, por sua vez, a ligação causal é explícita, alcançando a reparação dos “prejuízos que sua mora der causa” (art. 395 CC³²⁵).

Já na responsabilidade civil aquiliana ou delitual, a cláusula geral de responsabilidade civil constante do art. 927 CC³²⁶ refere-se singelamente à reparação dos danos causados pelo ato ilícito (art. 186 e 187 CC)³²⁷ – devendo abranger também a reparação decorrente de *atos lícitos*, quando admitida.³²⁸ Novamente, e como não poderia deixar de ser, a definição do âmbito e do direcionamento da reparação deve ser concreta.

No que diz respeito à responsabilidade civil na fase formativa do negócio jurídico, seja pela *não formação do contrato*, seja pela *formação de contratos inválidos*, não se encontra na legislação civil brasileira nenhuma indicação precisa sobre o próprio

³²² Sempre que haja a reposição de um prejuízo *in natura* por um valor pecuniário, haverá uma forma imperfeita e aproximativa de reparação. É o entendimento de Pontes de Miranda, para quem o *id quod interest* (ou seja, a prestação do equivalente em dinheiro) seria mais frequente apenas por ser mais fácil em relação à reposição natural. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p. 183, § 2.717).

³²³ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

³²⁴ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

³²⁵ “Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

³²⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

³²⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

³²⁸ A afirmação tem um duplo significado no contexto da tese. Primeiro, é bastante claro que atos lícitos podem gerar o dever de reparar, como se passa em atos praticados sob uma excludente de ilicitude e que, ainda assim, levem ao dever de reparar. Mas a indenização do *interesse negativo* pode ocorrer mesmo sem a prática de um ato ilícito, como se passa na original hipótese de erro invalidante, em que o errante responde mesmo sem culpa. Assim a lição de Pontes de Miranda: “não é na culpa que se baseia o dever de reparar o interesse negativo, - e sim no fato de invocar o próprio erro”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo IV, p. 88, § 383).

fundamento da reparação, sendo discussão ainda em aberto o regime jurídico de responsabilidade que lhe seja aplicável.³²⁹ A isso segue, de forma lógica, que seu direcionamento também não seja definido, quando nem mesmo a hipótese o é.³³⁰

Esse regramento, ancorado na afirmação geral de responsabilidade civil, aproxima-se bastante daquele realizado no Direito francês, na medida em que se adota a uma forma de responsabilidade delitual bastante ampla. Dessa amplitude, aliás, retira-se a desnecessidade de normatizar regras específicas sobre a responsabilidade na fase formativa como pressuposto necessário ao seu reconhecimento.

A amplitude das previsões de responsabilidade acima mencionadas deixa em aberto a composição da relação jurídica de reparação. Esta é preenchida pela definição do *evento lesivo*, a ser definido das circunstâncias de cada caso, operação na qual vem à tona a aplicação dos pressupostos de gerais da responsabilidade civil, em especial a relação de causalidade definida no art. 403 CC, que parte justamente desse *evento*.

Dito isso, é bastante evidente que a unidade da expressão *perdas e danos* (ou de suas variantes, como *prejuízos* ou *danos*) não poderia levar à conclusão de que seu conteúdo ou a sua composição sejam idênticos em todas as hipóteses lesivas. Ao contrário, sua utilização apenas sintetiza que a relação jurídica de reparação pode ser voltada à recomposição pecuniária da *situação hipotética sem o dano*.³³¹

³²⁹ Os regimes de responsabilidade negocial e aquiliana são distintos entre si, levando a diferentes consequências jurídicas. Nada obstante, entende-se com Teresa Wambier inexistir uma diferença ontológica entre o ilícito contratual e delitual. Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O termo inicial para contagem dos juros quando se tratar de ilícito contratual. In: Revista de Direito Privado, vol. 4/2000, pp. 159-161, out/Dez 2000, Acesso pela RTOOnline. Em sentido contrário, sustentava Clóvis do Couto e Silva haver “diferenças ontológicas quanto aos deveres que promanam de um negócio jurídico e os necessários ao tráfego negocial”. (COUTO E SILVA, Clóvis do. Dever de indenizar..., p. 198).

³³⁰ A afirmação há de ser melhor depurada. Embora o Código Civil não se refira expressamente nem à responsabilidade pela ruptura de negociações nem àquela resultante da formação de contratos inválidos por ato imputável a uma das partes, sua existência e admissão são obtidas pela aplicação das regras gerais de responsabilidade civil, sendo mesmo permitidas pelo seu caráter geral. Especificamente no que diz respeito à responsabilidade pela invalidade, contudo, há um campo efetivamente em aberto no Direito brasileiro, cujas peculiaridades não permitem que seja estudada com maior atenção no âmbito da tese. Sobre o tema, porém, há de se reproduzir a lição de J. M. de Carvalho Santos, expresso em afirmar, referindo ao dispositivo análogo ao atual art. 182 CC que “O Código não precisava acrescentar, dispondo especialmente sobre a matéria, nem uma palavra, porque a espécie é regulada pelos princípios gerais de direito (...)”. (CARVALHO SANTOS, J.M. Código Civil brasileiro interpretado. Principalmente do ponto de vista prático. Volume III. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 311). Contra, porém, o entendimento de Pontes de Miranda, para quem (como visto acima, NR 328), a responsabilidade pela *culpa in contrahendo* em contratos inválidos não decorre da culpa, nem do ato jurídico anulado, nem do ato ilícito do art. 159, sem deixar, contudo, claro, o fundamento respectivo. Em relação ao *erro*, especificamente, entende ser o fundamento extraível do próprio pedido de anulação. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo IV, p. 92, § 383).

³³¹ Ainda que se refira à prestação de *perdas e danos* como resultado natural da responsabilidade civil, não se pode perder de vista que a forma primeira ou ideal de recomposição do lesado é a reparação *in natura*, ainda que as dificuldades a ela inerentes conduzam à reparação pecuniária, mais recorrente na prática da

Diante disso, questiona-se: seria imprescindível uma definição *legal* dos componentes do *par conceitual* para defender sua compatibilidade ao Direito brasileiro?

2.1 A desnecessidade de previsão legal do *par conceitual*

A opção brasileira, tanto no que toca ao ausente tratamento de hipóteses específicas de responsabilidade na fase formativa, como também à falta de um parâmetro do direcionamento da indenização previsto em lei, distancia-se daquela encontrada em outros ordenamentos jurídicos. Dentre eles, e mantendo-se a análise delimitada às ordens jurídicas já trabalhadas, destacam-se as legislações de Alemanha, Portugal e Itália.

Nestes três países, não apenas seus Códigos Civis se referem expressamente à responsabilidade civil pré-negocial, como também se encontram definições pontuais e específicas sobre o direcionamento *positivo* ou *negativo* da reparação de danos respectiva.

No Código Civil alemão, destacam-se as já citadas disposições dos §§ 122 e 179 do BGB³³², as quais tratam das hipóteses de anulação por declaração não séria e formação inválida do contrato por falta de poderes de representação, respectivamente. Nelas, refere-se à indenização dos danos causados à parte “por ter confiado na validade do contrato”, aos quais se contrapõem a vantagem que seria obtida com a sua efetiva validade.

Em Portugal, os arts. 898º e 908º do Código Civil português³³³, referentes à *venda de bens alheios e de bens onerados*, distinguem dois sentidos indenizatórios diversos.³³⁴ A depender de algumas variáveis, a indenização deve recolocar o lesado na situação em que estaria “se o contrato fosse válido desde o começo” ou, ao contrário, repará-los dos prejuízos que não teria sofrido “se não houvesse sido celebrado”.

Na Itália, por sua vez, o art. 1.338 do *Codice Civile*³³⁵ impõe à parte que conhece a causa de invalidade do contrato e deixa de informa-la à outra, o dever de indenizar pelos

responsabilidade civil. É o que se extraí, exemplificativamente, da lição de ASSIS, Araken. Liquidação ... (acesso pela RTOonline).

³³² Os artigos foram mencionados e transcritos na NR 187 e 188, *supra*.

³³³ “Artigo 898.º (Indemnização em caso de dolo) Se um dos contraentes houver procedido de boa fé e o outro dolosamente, o primeiro tem direito a ser indemnizado, nos termos gerais, de todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade” e “Artigo 908.º (Indemnização em caso de dolo) Em caso de dolo, o vendedor, anulado o contrato, deve indemnizar o comprador do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada”.

³³⁴ Segundo Paulo Mota Pinto, o Código Civil português refere-se expressamente ao *interesse negativo* também nos arts. 900º e 910º, segunda parte, ambos referentes à convalidação e não convalidação da venda nula, e que permitem a o lesado optar entre “lucros cessantes pela celebração do contrato nulo” ou “pela celebração do contrato que veio a ser anulado” ou indenização pelo fato de não ter sido sanada a invalidade ou pela demora na convalidação. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1010, NR 2822).

³³⁵ Remete-se o leitor à transcrição do artigo na NR 245.

danos que a parte inocente sofreu por ter, sem culpa sua, confiado na validade do pacto.³³⁶ O dispositivo complementa o tratamento da *culpa in contrahendo*, realizado a partir da boa-fé no dispositivo imediatamente anterior (art. 1.337).³³⁷

Em seus ordenamentos de origem, esses dispositivos são considerados como representativos da indenização do *interesse negativo*, apesar de não fazerem uso de uma nomenclatura específica.³³⁸ Aliás, conforme a vasta pesquisa comparativa realizada por Paulo Mota Pinto, o uso dos termos não é encontrado em nenhuma legislação.³³⁹

É relevante notar que, apesar desse tratamento *parcelar*, a noção de *interesse positivo* e *interesse negativo* não é um conceito *legal* nesses ordenamentos. Isso porque, corroborando a defesa que se faz da sua aplicação também no Direito brasileiro, a sua aplicação não se limita às hipóteses nas quais vêm (in)diretamente referenciados pela lei.

Ao contrário, os componentes do *par conceitual* mostram-se (abstratamente) aplicáveis sempre que se possa colocar em discussão a recondução do lesado a uma situação *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato, independente da previsão legal.

Aliás, não se poderia perder de vista que foi justamente a inexistência de regras gerais definitivas sobre o problema indenizatório – cuja adequação poderia mesmo ser colocada em dúvida, na medida em que o conceito de *dano* é necessariamente fluido – que fomentou os relevantes desenvolvimentos dos conceitos estudados no Capítulo 2.

E, respeitadas as naturais peculiaridades de cada um dos ordenamentos mencionados, a de aplicação dos conceitos para além dos limites das citadas disposições legais e o desenvolvimento de parâmetros para sua adequada concretização mostrou-se uma necessidade em comum. Diga-se mais: o problema da fixação do parâmetro indenizatório é, assim como os conceitos aqui propostos, também universal.

O reconhecimento da dissociação entre *interesse positivo* e de *interesse negativo* e definições legais não importa, em absoluto, em afirmar que sua aplicação seja dissociada da lei. Muito pelo contrário, essa adequação é a pedra de toque que permite confirmar a compatibilidade do *par conceitual* às regras gerais de responsabilidade civil.

³³⁶ Como já se disse, a distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* é reconhecida na Itália, embora não sem críticas. Essencialmente, as objeções voltam-se aos perigos de uma transposição irrefletida de soluções havidas em outros ordenamentos, especificamente o alemão. Criticando a transposição acrítica, dos conceitos, mas mantendo a utilidade da distinção, vide TURCO, Claudio. L'interesse negativo...

³³⁷ A transcrição do artigo foi feita na NR 244.

³³⁸ Reitera-se que a epígrafe constante na tradução para o português do BGB (anterior à Reforma), na qual se lê junto ao § 122 a referência ao *interesse negativo*, não é oficial. A questão já foi mencionada na NR 186, *supra*.

³³⁹ Como bem sintetiza o jurista português “não se trata, pois, de noções *legais*.” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 863, grifos no original).

O fato de que não se tratam de conceitos legais em outros ordenamentos não significa, em sentido necessário, que os conceitos não sejam depuráveis da lei brasileiro. É preciso, pois, confirmar a existência de uma fundamentação legal, direta ou indireta, que permita afirmar a sua compatibilidade no Direito brasileiro.

2.2 A fundamentação jurídica dos conceitos no Direito brasileiro

Retomando o que já se afirmou os conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* nada mais são do que fórmulas de síntese e de representação da *situação hipotética* em que o lesado estaria sem o *dano* (item 2.3, Capítulo 1). Sua função é sintetizar o conteúdo das *perdas e danos* devidas em variadas hipóteses lesivas.

Assim, mesmo que sem direta ou indireta menção aos conceitos, e até mesmo fomentado pela flexível abertura do sistema de responsabilidade civil no Direito brasileiro – sendo essa *liberdade*, em alguns casos, paradoxal (item 3.2, *infra*) – a noção de *interesse positivo* e de *interesse negativo* devem (e são) aqui aplicáveis.

Isso porque é intuitivo adotar raciocínio análogo àquele proporcionado pelo *par conceitual* no preenchimento da reparação de danos. Mesmo quando sem menção aos conceitos, a indenização obtida *in concreto* reflete a distinção entre a existência de contrato (que, em tese, permite a tutela dos danos derivados da falta de *cumprimento*) e a sua inexistência ou invalidade (que, também em tese, afasta esse direcionamento).

A diferença sensível é que, sem a adoção do *par conceitual*, esse percurso será nitidamente mais complexo. Com efeito, o *interesse positivo* e o *interesse negativo* oferecem um adequado instrumento para compor a relação jurídica de reparação, facilitam a sua compreensão e permitem bem definir o alcance do dano indenizável.

Em outras palavras, adotados ou não os conceitos, o raciocínio que guia o aplicador do Direito, também no ordenamento brasileiro, será aquele de reconduzi-lo a uma *situação hipotética* sem o *evento lesivo* ou o *dano*. Essa situação, no âmbito de *eventos lesivos* ocorridos no *iter* contratual, poderá ser *positiva* ou *negativa* em relação ao contrato; ou seja, poderá ou não conferir ao lesado o que esperava com o contrato.

O qualificativo *hipotético* que designa essa *situação* à qual o lesado deve ser reconduzido refere-se ao fato de que ela *não existe* na realidade, mas *deveria existir* ou *existiria* não fosse a ocorrência lesiva que ocasionou o dano; não se confunde, em absoluto,

com uma situação *irreal* ou *imaginária* que, sem paralelo real, não poderia ser tomada como parâmetro adequado para pautar a reparação de danos.³⁴⁰

Nos limites das responsabilidades pré-negocial e negocial, essa *situação hipotética* ora é obtida pela *adição* de algo que não ocorreu (e deveria ter ocorrido), ora pela *subtração* de algo que ocorreu (e que não deveria ter ocorrido), como, dentre outros doutrinadores, propõe Paulo Mota Pinto.³⁴¹ Não parece concebível uma composição híbrida da reparação de danos, assim como não se vislumbra a existência de um nexo de causalidade que não seja necessariamente unidirecional.³⁴²

Exemplo ilustrativo (ainda que abstrato) dessa afirmação é extraído da obra de Thomas Ackermann: alguém é convidado para um jantar e, chegando na data e hora combinados à casa do anfitrião, encontra as portas fechadas. Ao convidado seriam abertas – em um exercício puramente hipotético –, duas possibilidades.

Poderia, de um lado, demandar o ressarcimento das despesas com aluguel de trajes e deslocamento, que se tornaram inúteis (*interesse negativo*) ou o ressarcimento dos custos que teve para jantar em um restaurante naquela noite (*interesse positivo*) – este tido como verdadeiro equivalente da “prestação” que se deixou de obter – sem, contudo, ser ressarcido do aluguel do traje e das despesas com o deslocamento.³⁴³

Não poderia, contudo, pretender se ver ressarcido dos custos de aluguel do traje e das despesas de deslocamento e também dos custos de pagamento do jantar substitutivo, pois essa situação não teria, em nenhuma hipótese, possível paralelo na realidade. Com efeito, ou o lesado não *confiou* no convite e não teve os gastos, ou sua expectativa se confirmou e os gastos estariam vinculados ao recebimento da prestação (*in casu*, o jantar).

A dualidade entre a *abstração* e a *adição* de algum acontecimento na composição da relação de reparação, que se confunde com a recondução do lesado a um *status a quo* ou a um *status ad quem*, é inerente ao pensamento da responsabilidade civil também no Direito privado brasileiro. Ela se concretiza, por exemplo, na tutela à confiança, que pode ser tanto

³⁴⁰ Insiste-se, que a afirmação somente encontra cabimento no que diz respeito à função *compensatória* da responsabilidade civil e desde que entendida dentro do âmbito de aplicação dos conceitos, delimitado no item 5, Capítulo 1.

³⁴¹ Remete-se o leitor à explanação realizada nos itens 4.3 e 4.4 Capítulo 1.

³⁴² Ou seja, seria uma contradição em termos sustentar a cumulação entre o *interesse positivo* e o *interesse negativo*, uma vez que ou o lesado estaria numa situação *negativa* ou em uma situação *positiva* em relação ao contrato. Isso não significa, contudo, que em determinados casos não seja possível uma *escolha*, desde que alternativa. Em sentido contrário, sustentando a cumulação, vide HAICAL, Gustavo. Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 64 e 69.

³⁴³ ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 16.

positiva como *negativa*³⁴⁴ e, fundamentalmente, na distinção entre os diferentes regimes de responsabilidade civil, contratual e delitual.³⁴⁵

A lógica subjacente aos conceitos – ou por eles sintetizada – não é estranha ou externa às regras usuais de reponsabilidade civil, mas, ao contrário, mostra-se inerente e condizente ao resultado obtido pela aplicação de seus pressupostos fundamentais. Os conceitos, tal como Jhering já propunha, apenas sintetizam esse resultado.

A constatação permite concluir que os *interesses positivo e negativo* não são e não devem ser compreendidos como *filtros* à reparação de danos.³⁴⁶ Ou seja, não se colocam como pressupostos da responsabilidade civil *extra legem* e que, caso admitidos, teriam o condão de limitar o dever de indenizar ou o *quantum* indenizatório devido.

Sobre o tema, abrem-se duas considerações relevantes que merecem estudo mais aprofundado. Primeiramente, deve-se evidenciar a interação entre os componentes do *par conceitual* e os pressupostos de responsabilidade civil, exatamente para comprovar que o sentido por eles representado é o resultado natural do dever de reparar. Em segundo ponto, vem à tona a ligação indissociável dos conceitos com o problema da extensão de danos.

2.3 Diálogo com os pressupostos de responsabilidade civil

É seguro afirmar que a dicotomia *interesse positivo e interesse negativo* não interfere nem prescinde da verificação dos pressupostos próprios de cada regime de responsabilidade civil, o que haveria de se rejeitar. Muito ao contrário, ela é obtida a partir destes mesmos pressupostos, em nítida coordenação.³⁴⁷ Explica-se.

³⁴⁴ Já mencionado no item 4.1 do Capítulo 2, é de Claus-Wilhelm Canaris a proposição de uma proteção positiva e outra negativa da confiança, a primeira reconduzindo o lesado à situação em que estaria se o fato no qual confiou efetivamente existisse e, a segunda, à situação em que estaria se não houvesse confiado. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung... Exemplo da tutela *positiva* da confiança é a tutela da aparência, pela qual se considera existente a situação na qual o lesado confiou, enquanto que a tutela *negativa* se faz bastante presente na responsabilidade por ruptura de negociações, em que se considera a situação do lesado se não houvesse confiado, e não se a confiança tivesse de fato sido correspondida.

³⁴⁵ Afinal, como já afirmando, o cumprimento do contrato é um *status ad quem* e, diferentemente, na responsabilidade delitual, no mais das vezes se obtém a reparação pela abstração daquilo que aconteceu (*status a quo*).

³⁴⁶ A denominação *filtros* de responsabilidade civil é proposta por Anderson Schreiber, especificamente para se referir ao que chama de erosão de filtros e ampliação da aplicação da responsabilidade civil. (SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas...)

³⁴⁷ Veja-se, por exemplo, que a identificação do *interesse positivo* ao *interesse no cumprimento*, acima rejeitada por sua parcialidade (item 3.4, Capítulo 2), não teria o condão de definir o surgimento do dever de indenizar. Esse é dependente de regras que lhe antecedem, depuradas da definição da responsabilidade em causa. Em outras palavras, afirmar-se que o *interesse positivo* decorre do descumprimento contratual não se presta à definição do que venha a ser o descumprimento, mas, antes, quais as consequências indenizatórias advindas do reconhecimento da existência de tal descumprimento. O mesmo se diga à definição do *interesse negativo* como a infração à confiança.

Embora se possa individualizar os pressupostos de responsabilidade civil – em suma, a *conduta (lícita ou ilícita)*, o *dano* e o *nexo de causalidade*,³⁴⁸ ao que usualmente se acresce o *nexo de imputação*³⁴⁹ –, a verdade é que a configuração do dever de indenizar decorre de um processo complexo de verificação da associação de todos eles.

É usual que, na prática, esse processo se inicie com a identificação do *dano* e, a partir das regras de causalidade, seja ele vinculado a uma conduta lesiva.

O caminho, contudo, mostra-se mais adequado quando trilhado na direção contrária, partindo da depuração do *evento lesivo* até a afirmação de existência de um *dano injusto* – “dano injusto é aquele certo, direto, apto a atacar interesse juridicamente protegido, e imputável a alguém, isto é, a uma ‘pessoa responsável’”³⁵⁰ –, sendo essa qualificação (ou seja, o *dano jurídico* ou *injusto*) o resultado desse processo construtivo.

Teoricamente, e na medida em que a relação jurídica de reparação somente existe quando preenchidos todos os pressupostos de responsabilidade, a opção por um ou outro caminho não deveria conduzir a resultados diversos, pois o nexo de causalidade liga *causa* e *efeito*, independentemente do sentido em que esses elementos sejam analisados.³⁵¹ Bem sopesadas as vicissitudes do problema, contudo, não é necessariamente assim.

Embora em teoria simples, a composição da relação jurídica de reparação é algo complexa. Com efeito, ela resulta da projeção de qual seria a situação do lesado *sem a ocorrência do dano*, sendo a tal situação que o sujeito deve ser reconduzido mediante a

³⁴⁸ Na lição clássica de Agostinho Alvim, os requisitos da responsabilidade seriam a *culpa*, o *dano* e o *nexo causal*. Os dois primeiros, afirmava o jurista, poderiam faltar. O nexo, não. (ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 177).

³⁴⁹ A menção a esses três pressupostos é reiterada no estudo e ensino da responsabilidade civil brasileiro, sendo mais recentemente complementada com a indicação do *nexo de imputação* (culpa ou risco), que fundamenta a reparação pela responsabilidade objetiva. Somente a título exemplificativo, pode-se fazer menção a dois manuais publicados em 2015, nos quais se faz referência às condições da responsabilidade civil como a *conduta*, o *dano*, o *nexo de causalidade* e o *nexo de imputação*, vide, MIRAGEM, Bruno. Direito Civil..., p. 116 e sg. e FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131.

³⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, pp. 166-167. A utilização da expressão italiana, contudo, não é isenta de críticas. Vide por exemplo, a objeção a ela por Fernando Dias Menezes de Almeida, o qual a considera um conceito metajurídico. Segundo o administrativista, dano é aquilo que o Direito objetiva assim considera, e não o que a vítima subjetivamente considera. A partir da afirmação, define o dano como o *resultado* da aplicação das regras de responsabilidade. (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de Direito Administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida e José dos Santos Carvalho Filho. 1ª ed. São Paulo: RT, 2014 (Tratado de Direito Administrativo, v. 7, coordenação Maria Sylvia Zanella di Pietro, pp. 395-396).

³⁵¹ Nem mesmo o *olhar sobre a vítima*, tendência contemporânea da responsabilidade civil, permitiria afirmar que o dano seja *subjetivamente* definível, em desatenção a pressupostos fixados pelo ordenamento. Veja-se, por exemplo, a afirmação de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, no sentido de que “sua atenção volta-se não para o agente, mas para a vítima do dano injusto”, a qual mantém o recurso ao *dano injusto*, cuja construção é necessariamente normativa. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 859).

prestação da reparação, *in natura* ou pelo *equivalente* pecuniário. Essa direção é essencialmente definida pelo *evento lesivo* e, portanto, é ele que, em última instância, determina a composição da relação jurídica de reparação.

Assim também se justifica fato de que o conceito de dano não é algo *apriorístico*, mas antes definido pelo próprio *evento lesivo*. Ora, ao se tomar como ponto de partida qualquer prejuízo sofrido pelo lesado, correr-se-ia o risco de confundir o resultado que se pretende obter com a premissa da qual se parte para a sua obtenção.³⁵² Afinal, o dano que importa ao Direito não é aquele *empírico* e, sim, aquele *indenizável*.³⁵³

Nesse contexto, denota-se o caráter ambivalente da noção jurídica de dano que, ao mesmo tempo em que é pressuposto do dever de indenizar, qualifica-se também como o resultado da conjunção do *evento lesivo* e do sentido do *nexo de causalidade* admitido naquela hipótese específica. Dessa relação deriva o seu qualificativo como *injusto*.

Tome-se como exemplo o pedido de reparação de danos que abranja a vantagem que o lesado esperava obter em determinado contrato: realizaram-se investimentos para instalação de uma franquia, na expectativa de recebimento de determinado lucro. Se a frustração dessa expectativa decorre da falta de cumprimento do contrato, a indenização será usualmente direcionada ao seu cumprimento; não havendo ainda contrato, supondo-se o caso de ruptura das negociações, esse direcionamento é, em princípio, obstado.

No primeiro caso, o *evento lesivo* é o próprio descumprimento do contrato de franquia, enquanto que, no segundo, considerando a *ruptura de negociações*, confunde-se com a criação da expectativa da conclusão do negócio e sua posterior frustração. A relação jurídica de reparação em cada qual é fundamentalmente diversa e corresponde, respectivamente, à indenização do *interesse positivo* e do *interesse negativo*.

Somente no primeiro caso a falta de obtenção do lucro esperado com a franquia pode ser caracterizada como um dano. Embora, sob o ponto de vista do lesado, a expectativa de lucro também tenha se frustrado na hipótese de ruptura das negociações, ela não se qualifica (reitera-se, em um exercício abstrato) como dano injusto.

Mesmo que sem adoção dos conceitos, seria esse o resultado que se obteria. O exemplo permite anotar que o direcionamento representado pelo *par conceitual* é definido pelo *evento lesivo* e pelo *nexo de causalidade*, analisados diante de uma série complexa de

³⁵² Na síntese de José de Aguiar Dias: “o dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade..., p. 822).

³⁵³ Cf. FERREIRA, Rui Cardona. Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra, 2011, p. 136.

fatores que conformam o dever de reparar, sendo o resultado obtido por essa conjugação.³⁵⁴ Como essa operação também se mostra definidora do *dano* indenizável, os conceitos são instrumentais à definição, e não à limitação do *quantum* devido.

Em outras palavras, são eles *lentes* pelas quais se pode vislumbrar a adequação do resultado obtido pela interação dos pressupostos de responsabilidade civil. Atuam, assim, de forma a coordenar a sua aplicação, e para limitar o resultado por ela obtido.

É bastante evidente, porém, que ligações apriorísticas entre o sentido da indenização devida e a relação jurídica da qual decorre o dever violado (ou mesmo do regime de responsabilidade aplicável) podem lançar dúvidas sobre seu caráter meramente instrumental. Isso admitido, o *par conceitual* não seria lido como resultado da aplicação das normas, mas, essencialmente, como pressuposto do dever de reparar.

Foi o que passou quando se pretendeu identificar, de forma necessária, a responsabilidade contratual à reparação do *interesse positivo* (ou *de cumprimento*) e a pré-negocial ao *interesse negativo* (ou *de confiança*), ignorando que há uma série de *eventos lesivos* não homogêneos compondo cada qual.

O equívoco dessas construções repousa em desconsiderar a centralidade da compreensão do *evento lesivo* na configuração da relação jurídica de reparação de danos. Criando uma artificial unidade de *eventos lesivos* extraíveis da relação pré-negocial e da negocial, a utilização dos conceitos para defini-lo tem o condão de, potencialmente, limitar a indenização que seria devida por aplicação das regras gerais de responsabilidade.

A superação dessa visão potencialmente restritiva, cujo desenvolvimento e crítica foram expostos no Capítulo 2, pressupõe e reafirma que as noções aqui trabalhadas são meramente *instrumentais* à definição relação jurídica de reparação. E, como tais, devem ser adequadamente flexíveis à multiplicidade de circunstâncias obtidas *in concreto*.

Escapa à sua função a determinação *a priori* de qual venha a ser o *evento lesivo* ou mesmo a razão pela qual determinada conduta seja fundamento do dever de indenizar. Ambos resultam, necessariamente, da aplicação das regras próprias e gerais do ordenamento jurídico brasileiro, as quais permanecem intocadas.

³⁵⁴ Caso se adote a compreensão da causalidade dividida entre a causalidade fundamentadora e a preenchedora da responsabilidade, ver-se-á com precisão que o *par conceitual* não se mostra útil à fundamentar à responsabilidade, mas, antes, a preenche-la, isto é, “à determinação do dano, que, posteriormente, se convolará na questão do próprio cálculo do *quantum* indenizável”. (BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Responsabilidade civil extracontratual. Novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade. Cascais: Princípia, 2014, p. 9). Defendendo a distinção e a função dos conceitos apenas para preencher e não para fundamentar o dever de reparar – e, assim, permitindo ligar o *evento lesivo* aos *danos indenizáveis* –, vide MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 929).

Em outras palavras, a responsabilidade pela *falta de cumprimento* da obrigação (art. 389 CC e sg.) seguirá os pressupostos a ela inerentes e será direcionada (em princípio) à reposição da situação de cumprimento³⁵⁵; por sua vez, a responsabilidade pré-negocial, seja aquela derivada da *não formação do contrato*³⁵⁶ seja a decorrente da *formação de um contrato inválido*,³⁵⁷ será submetida às regras respectivas, direcionadas (também em princípio) à reposição da situação de não criação da confiança.

Afirmção análoga pode ser feita em relação a qualquer hipótese lesiva no *iter* negocial: os pressupostos do dever de reparar escapam por completo à função dos conceitos ora trabalhados, não sendo por eles influenciados ou alterados; o *par conceitual* é, com efeito, apenas e tão somente a síntese do resultado lesivo e, dessa maneira, do direcionamento da relação jurídica de reparação que deva ser construída.

A constatação permite confirmar a adequação e a conformidade dos conceitos às regras de responsabilidade civil brasileiras. Mas, para além delas, haveria de se analisar com maior atenção o relacionamento do *par conceitual* e a extensão dos danos reparáveis.

2.4 Adequação à regra da extensão do dever de reparar (art. 944 CC)

Em nítido seguimento lógico e consequencial da afirmação da plena compatibilidade dos conceitos às regras de reparação civil brasileiras, desenvolve-se o reconhecimento de que o caráter instrumental dos conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo* não afeta, ao contrário, atua de forma coordenada com o mandamento legal de reparação integral dos danos, disposto no art. 944 CC.

Com efeito, ali se dispõe que a indenização deve ser medida pela extensão dos danos. O dispositivo não se revela uma fórmula de definição do *dano injusto*, ou seja, do dano em sentido jurídico (e não apenas empírico). Expressa apenas que, uma vez configurado o *evento lesivo*, a indenização dos danos por ele causados deve ser integral, nos limites do dano qualificado como indenizável. A regra admite exceções.³⁵⁸

³⁵⁵ O tratamento verticalizado da responsabilidade pela falta de cumprimento é realizado no Capítulo 6.

³⁵⁶ O tratamento verticalizado da responsabilidade pela ruptura de negociações (e algumas outras hipóteses de responsabilidade pela não formação do contrato) é realizado no Capítulo 5.

³⁵⁷ Conforme elucidado na introdução do trabalho, não se dedica ao estudo da hipótese específica da responsabilidade civil decorrente da invalidade que, por serem bastante plurais e se sujeitarem a regras específicas, mereceriam tratamento autônomo.

³⁵⁸ O próprio parágrafo único do art. 944 CC permite a redução equitativa da indenização, em caso de desproporção à culpa do agente, podendo-se também citar como exceção a possibilidade de inserção de cláusulas penais no contrato, as quais tornam desnecessária a verificação da ocorrência do dano, permitindo sua reparação mesmo na inexistência de prejuízo, ou sua limitação caso o prejuízo efetivamente ocorrido seja maior do que o ajustado. Não se pretende verticalizar o seu estudo.

Conforme já se enunciou, o dispositivo é a base que, no Direito brasileiro, permite afirmar a necessidade de reconstrução concreta da *situação hipotética* sem o dano, indissociável à aplicação do *interesse positivo* e do *interesse negativo*. Explica-se.

A função da regra da extensão dos danos vem à tona após já se ter por definido tanto o *evento lesivo* como o direcionamento da indenização devida ao lesado, ou seja, após definido o *dano*, mede-se o alcance da sua reparação. Estabelecido o direcionamento protetivo, o que se faz em concordância às regras gerais de responsabilidade civil, todos os danos nele abrangidos serão reparáveis, sem qualquer limitação apriorística.

É exatamente essa distinção, entre a regra que define o dano e a outra que determina sua indenização integral, que permite confirmar a compatibilidade do disposto no art. 944 CC com os conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*.³⁵⁹

Conforme a lição de Paulo de Tarso Sanseverino, são três as funções extraíveis do princípio, todas elas entendidas como plenamente adequadas ao quanto aqui exposto. A reparação integral permite, ao mesmo tempo, reparar todos os prejuízos (função compensatória), evitar o enriquecimento ilícito (função indenitária) e avaliar concretamente os prejuízos causados (função concretizadora).³⁶⁰

A função compensatória, à qual se liga de maneira indissociável a função indenitária, permite vislumbrar que o lesado tem direito à reparação do dano que sofreu, mas nada além disso.³⁶¹ Como se tem dito, o *interesse positivo* e o *interesse negativo* instrumentalizam a definição do dano patrimonial causado no *iter* contratual, por remissão a uma situação hipotética sem dano, da qual deriva a reparação integral.

Ocorre que, ao invés de se afirmar que a indenização reconduz o lesado ao *status quo ante*, o que usualmente é realizado em atenção ao disposto no art. 944 CC³⁶², a adoção dos conceitos sublinha que esse direcionamento não é unidirecional, podendo também reconduzir o lesado a um *status ad quem*, ou seja, de cumprimento do contrato.

³⁵⁹ Assim, por exemplo, extrai-se da doutrina de Judith Martins-Costa, ao trabalhar a anulação por dolo e vincular a noção de interesse positivo e negativo ao art. 944 CC: “A indenização “cabal” mede-se, naturalmente, pela extensão do dano provocado pelo dolo (“princípio da reparação integral”, art. 944 do CC/2002 (LGL\2002\400)). Há de ser considerado o interesse negativo isto é: buscam-se apagar os danos causados pela mentira, ao invés de colocar a parte na situação que ela estaria caso a mentira fosse verdade, como no interesse positivo.” (MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. In: Revista dos Tribunais, vol. 923/2012, p. 115-143, Set/2012, acesso pela RTOonline).

³⁶⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio..., p. 57.

³⁶¹ Reitera-se que não se tem em mente o tratamento das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, as quais não parecem compatíveis com os conceitos apresentados.

³⁶² Vide, por exemplo, a afirmação feita por TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil..., vol. II, p. 859.

É inevitável, nesse ponto, retomar à *teoria da diferença* e a sua função no âmbito da construção da relação jurídica de reparação (item 3.1, Capítulo 1). Nos ordenamentos em que é consagrada no âmbito legal, como na Alemanha e em Portugal, é dela justamente o fundamento que se extrai o mandamento de reparação integral de danos.

No Direito brasileiro, muito embora não haja uma previsão legal equivalente àquela existe nos § 249 BGB³⁶³ e arts. 562º e 566º do Código Civil português³⁶⁴, não há maiores controvérsias quanto ao fato de que a função compensatória da responsabilidade civil seja direcionada a apagar os efeitos do *evento lesivo*, significado esse conforme o mandamento da extensão da indenização constante do art. 944 CC.

O dispositivo brasileiro, apesar de não conter uma *fórmula* de composição da relação jurídica de reparação, possui função análoga àquela exercida pelos dispositivos constantes nos Direitos alemão e português. Essencialmente, na Alemanha, o § 249 é lido como uma “*norma auxiliar*” para o preenchimento das consequências reparatórias.³⁶⁵

Permite-se, então, afirmar que todos os danos patrimoniais ligados à situação hipotética de cumprimento ou à situação hipotética de inexistência de negociações são, em tese, indenizáveis. A indenização abrange tanto danos emergentes como lucros cessantes, desde que devidamente comprovados, sem nenhuma restrição *a priori*.³⁶⁶

Mais do que isso, a adoção dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* vincula-se à definição concreta de dano, ligando-se também à dita função concretizadora. A noção de *interesse*, afinal, é medida em relação ao lesado e à situação hipotética em que *ele* estaria não fosse o *evento lesivo*. É, portanto, nitidamente relacional ao sujeito.

Daí porque se prefira afirmar que as noções de *interesse positivo* e de *interesse negativo* são instrumentos para *definição* do dano reparável, assim atuando porque instrumentalizam a percepção do sentido da proteção conferido pelo ordenamento jurídico diante de determinado *evento lesivo*. Não servem para *delimitá-lo* ou *limitá-lo*.

Reitera-se: todos os danos ligados em causalidade a esse *evento lesivo* são por eles abrangidos, sendo os conceitos plenamente compatíveis – e em grande medida ligados de forma indissociável – à regra que determina a indenização na medida dos danos sofridos.

³⁶³ O dispositivo foi reproduzido na NR 65.

³⁶⁴ Os dispositivos foram reproduzidos nas NR 63 e 64.

³⁶⁵ STAUDINGER/SCHIEMANN, Gottfried. BGB §§ 249-254 Vorbemerkung. Rn. 4. Acesso pela BeckOnline em 29.10.2014.

³⁶⁶ Sobre as rubricas que compõem cada um dos *interesses, positivo e negativo*, remete-se o leitor ao tratamento verticalizado que se fará no próximo capítulo (Capítulo 4).

3. A utilidade da distinção na responsabilidade civil brasileira

A confirmação da plena compatibilidade dos conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo* às regras gerais de responsabilidade civil no Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que autoriza o prosseguimento do estudo proposto, poderia colocar em dúvida a sua utilidade para solução do problema do dano patrimonial indenizável.

Afinal, se os componentes do *par conceitual* não alteram a aplicação dos pressupostos gerais de responsabilidade civil sendo, ao contrário, representações sintéticas do resultado por eles naturalmente obtido, seria discutível o sentido prático de sustentar a sua aplicação no Direito brasileiro. A conclusão não há de ser acolhida.

Entende-se haver nítida utilidade na adoção dos conceitos como *instrumentais* à aplicação dos pressupostos de responsabilidade civil na experiência jurídica nacional. O seu reconhecimento permite, com efeito, minorar paradoxos decorrentes da inexistência de parâmetros seguros de leitura da relação jurídica de reparação.

Em verdade, nem a abstenção total de sua aplicação nem o recurso demasiado aos conceitos, máxime de forma estratificada, são soluções ideais. É exatamente no equilíbrio entre estes dois extremos que se localiza a compreensão contemporânea e adequada do *par conceitual* aqui proposto, a partir da qual se confirma o seu caráter útil.

Antes de se analisar a questão sob a ótica do Direito brasileiro, e focando-se na experiência estrangeira, pode-se afirmar que a discussão quanto à utilidade dos conceitos surge em grande medida como reação aos *dogmas* surgidos nos desenvolvimentos teóricos da distinção (Capítulo 2). Tal como se demonstrou, a superação de uma vinculação absoluta entre o momento em que o *evento lesivo* ocorre e o *interesse* reparável, desaguou na defesa de este deve ser obtido *in concreto*.³⁶⁷

Ao se concluir que a aplicação do *par conceitual* é obtida caso a caso, colocou-se em dúvida o sentido prático de sua adoção. Na impossibilidade de se revisitar todas as críticas aos conceitos, – lembra-se, com Paulo Mota Pinto, que a distinção proposta “foi controversa praticamente logo desde que foi proposta por Jhering”³⁶⁸ – permite-se a apresentação de

³⁶⁷ É a síntese de Hans Fischer, ao afirmar que “o interesse contratual «positivo» ou «negativo», deverá ser determinado e avaliado a cada caso concreto segundo as normas gerais do regime jurídico de danos. (FISCHER, Hans Albrecht. A reparação..., p. 106).

³⁶⁸ O jurista português divide dois momentos de críticas ao texto de Jhering. Nas primeiras décadas desde a publicação do “*Culpa in contrahendo*...”, elas eram polarizadas em torno da própria existência de uma responsabilidade na fase formativa, confundindo-se também com a polêmica entre a teoria da vontade, na qual se sustentava a hipótese de erro por ele trabalhada, e a teoria da declaração. Ultrapassada essa polêmica, as críticas passaram a ser bastante plurais, dirigindo-se inclusive à noção de *interesse*, subjacente à teoria proposta. Vide, com uma vasta revisão bibliográfica, MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, pp. 909-922.

algumas delas, cujo estudo se mostra relevante para definição do afirmado ponto de equilíbrio de sua compreensão contemporânea.

Essencialmente, e desde que lidas em perspectiva, as objeções encontradas em experiências estrangeiras, às quais se aliam os paradoxos da inexistência de parâmetros seguros de definição do sentido indenizatório, confirmam uma *lacuna* no tratamento do tema da fixação de danos havidos no *iter* negocial. Justifica-se, pontualmente, um novo recurso à doutrina estrangeira, cuja relevância é destacada na exposição que segue.

3.1 Os paradoxos do reconhecimento do *par conceitual*: necessária releitura da distinção em ordenamentos estrangeiros

Em linhas bastante gerais, a utilidade da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* foi colocada à prova, nos ordenamentos em que estudados com maior rigor, ante sua identificação ao resultado da aplicação de regras gerais que guiam o direcionamento da proteção do dever violado e extensão dos danos reparáveis.

Assim defendem, por exemplo, Peter Schlechtriem e Martin Schmidt-Kessel, por exemplo, para quem as categorias seriam supérfluas no Direito alemão.³⁶⁹ Sem afirmar peremptoriamente a mesma qualidade, encontram-se na doutrina alemã outros posicionamentos que sustentam que os resultados por eles obtidos seriam idênticos aos que se obteria pelas regras gerais de responsabilidade, especificamente o § 249 BGB.

É a essa a defesa que fazem, como já mencionado anteriormente, Karl Larenz e Volker Emmerich, (item 4.3, Capítulo 2)³⁷⁰, o que poderia ser aqui sintetizada na afirmação de Peter Hanau e Ulrich Wackerbarth, no sentido de que “a reparação de danos se guia, antes, pelas regras gerais de causalidade da violação ao dever”.³⁷¹ Destaca-se, portanto, a sua *compatibilidade*, abrindo espaço à discussão de sua *utilidade*.

Como se vê, esse posicionamento “crítico” é marcado pela necessidade de se superar concepções apriorísticas de definição do *interesse* reparável, o que marcou de forma bastante evidente o Direito alemão; essas ligações, especialmente quando erguidas a verdadeiros

³⁶⁹ Apesar da crítica, os autores dedicam um tópico de seu manual de obrigações ao seu tratamento. SCHLECHTRIEM, Peter e SCHMIDT-KESSEL, Martin. Schuldrecht..., p. 31 e 144. O caráter “supérfluo” não parece indicar a absoluta desconsideração dos conceitos. Vide, por exemplo, que em outro texto Peter Schlechtriem refere-se expressamente ao *performance interest* na CISG, sem conteúdo crítico. (SCHLECHTRIEM, Peter. Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG. Reproduced from a presentation on the CISG-online.ch website. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html>, acesso em 30.01.2014).

³⁷⁰ Vide NR 296 e 294, *supra*.

³⁷¹ HANAU, Peter e WACKERBARTH, Ulrich. Positives..., p. 211.

dogmas, levaram à criação de *filtros reparatórios* não condizentes com a aplicação das regras gerais de responsabilidade civil. Há de evitá-las, portanto.

Em que pese a crítica, contudo, é indubitável que os conceitos se mantêm vigentes no Direito alemão, sendo aliás expressamente trabalhados por todos os autores acima citados.³⁷² O fato de serem o *resultado* das normas de responsabilidade civil não significa que não sejam *corretos* e *úteis*, apenas sublinha que não se deve desconsiderar as especificidades de cada caso a partir de formulações abstratas e realizadas *a priori*.

Consideração análoga pode ser encontrada no Direito italiano, no qual se coloca em dúvida a limitação da responsabilidade civil pré-negocial à reparação do *interesse negativo*, porém sem negar a existência fática da distinção e sua relevância conceitual.³⁷³ Novamente, o problema central da objeção não repousa na adoção dos conceitos, ou na sua adequação, mas antes na forma de aplicação que não pode ser obtida *in abstracto*.

É o que se infere, por exemplo, da relevante síntese de Angelo Luminoso, para quem: “o objeto do ressarcimento do dano não depende da fase do ciclo contratual em que o ilícito civil ocorreu, mas das características da conduta lesiva e do tipo de interesse afetado pelo ato ilícito”.³⁷⁴ De maneira singela, o jurista italiano sintetiza que os conceitos não são dados que qualificam o *evento lesivo*, e sim que são obtidos pelo *evento lesivo*.

E, novamente, apesar da constatação, mantém-se na doutrina italiana a menção aos conceitos e à sua utilidade no *pensar* a relação jurídica de reparação de danos. Desde que, novamente, não sejam lidos de maneira estanque.

No contexto da língua portuguesa, por sua vez, especial destaque deve ser conferido à abrangente crítica de António Menezes Cordeiro, cuja doutrina tem exercido relevante influência no Direito brasileiro. Exatamente para compreender de forma adequada a sua visão crítica, há de se ler suas lições de forma global e contextual.

³⁷² Adere-se aqui à conclusão de Paulo Mota Pinto, em relação ao grupo de críticas que os conceitos sofreram: “esta posição crítica não é, porém, perfilhada pela maioria da doutrina, que continua a trabalhar com a distinção entre interesse negativo e interesse positivo, sem a substituir pela consideração do fim ou do âmbito de protecção do dever violação, em conjugação com as regras gerais de causalidade, havendo mesmo quem considere que a distinção é um dado anterior aos preceitos legais”. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 920).

³⁷³ “Aquilo que se contesta não é a distinção, mas muito mais o fato de que em matéria de responsabilidade contratual o ressarcimento deva ser limitado, ou deva sempre ser limitado, apenas ao interesse negativo” (GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: *il quantum*..., p. 518).

³⁷⁴ LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 800. Também sublinhando a ligação entre o *interesse* lesado e a reparação do dano é a já citada proposição de Claudio Turco, para quem as próprias expressões *interesse positivo* e *interesse negativo* referem-se a situações juridicamente tuteladas, a partir da qual se define o *quantum indenizatório*. (TURCO, Claudio. Interesse negativo..., p. 127 e sg.).

Em sua relevante obra sobre boa-fé, o jurista português é expresso em afirmar a inexistência de uma limitação apriorística da indenização do *interesse negativo* em casos de *culpa in contrahendo*.³⁷⁵ Para tanto, apoia-se na lição de Ruy de Albuquerque, o qual considera não haver fundamento algum para impor uma tal limitação.³⁷⁶

Mantendo o mesmo sentido, e em outra obra, defende que o *interesse* reparável deva ser obtido *in concreto*, à luz do preenchimento da causalidade de acordo com a regra do art. 562º do Código Civil lusitano, determinado a recondução do lesado à situação em estaria sem o *evento que leva à reparação*, ao que se alia o art. 563º, regra de causalidade que impõe a reparação dos danos que o lesado “provavelmente não teria sofrido”.³⁷⁷

O autor segue afirmando “que tudo é, em concreto, possível”, razão pela qual não haveria espaço para a limitação conceitual da *culpa in contrahendo* ao que chama de danos negativos.³⁷⁸ De forma ainda mais crítica, coloca-se contrário à transposição dessa limitação reparatória à resolução do contrato, defendida no contexto português por força da remissão legal do regime aplicável à eficácia extintiva e a nulidade/anulabilidade.³⁷⁹

As afirmações são adequadas ao que se tem sustentando no âmbito do trabalho, uma vez que se têm evitado definições abstratas do *interesse* reparável. Da mesma forma, e consoante a defesa da compatibilidade dos conceitos realizada no tópico anterior, não há dúvidas de que as noções de *interesse positivo* e de *interesse negativo* são depuráveis da aplicação das regras gerais de responsabilidade civil, também no Direito brasileiro.

Ocorre que a compreensão crítica de Menezes Cordeiro não poderia ser compreendida apenas diante de tais considerações, máxime quando lidas isoladamente. Há duas razões para justificar uma visão contextual mais ampla de seu pensamento.

Em primeiro ponto, ela se justifica porque o jurista português adota uma visão de *interesse negativo* um tanto limitada, a qual não abrange todos os danos causados ao lesado e necessários à sua recondução à situação sem o dano – em especial, os lucros cessantes. Em

³⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 585. Pautada na lição de Menezes Cordeiro, Eva Sónia Moreira da Silva irá defender o desprendimento de conceitos rígidos que impeçam a determinação flexível do *quantum* indenizatório. Referindo-se especificamente à responsabilidade pré-negocial por violação ao dever de informar, a jurista portuguesa afirma que nada impede que os danos sejam equivalentes ao *interesse negativo* rejeitando, contudo, um aprisionamento *a priori*. (MOREIRA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006, p. 217).

³⁷⁶ ALBUQUERQUE, Ruy de. Da culpa in contrahendo..., p. 84.

³⁷⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé..., p. 585 e MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações. Tomo IV. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias. Coimbra: Almedina, 2010, p. 157.

³⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito..., 2010, p. 157 (há uma nova reimpressão do mesmo livro, datada de 2013, em que não se alterou o conteúdo aqui citado).

³⁷⁹ O tema será retomado no item 4.1.4 do Capítulo 6, ao qual se remete o leitor.

segundo, porque, em que pese as críticas reiteradas ao *par conceitual*, o autor reconheceu mais recentemente (e ainda que de forma implícita) a sua utilidade.

Referindo-se ao conceito de *interesse negativo*, Menezes Cordeiro o entende como limitado à indenização de despesas tornadas inúteis, desconsiderando eventuais *lucros cessantes* que poderiam derivar de negócios alternativos. A questão torna-se clara quando o autor, ao se referir à aplicação do conceito na doutrina italiana, afirma ali se adotar um *conceito amplo* do conceito, abrangente também do ganho obstado.³⁸⁰

Não é essa a noção de *interesse negativo* que se defende no curso deste trabalho –a qual, aliás, não parece compatível com a interpretação contemporânea do seu alcance.³⁸¹ Tanto em Portugal, como na Itália ou mesmo na Alemanha, prevalece o entendimento de que sua reparação abrange também ganhos de oportunidades alternativas perdidas.³⁸²

É natural supor que, compreendendo o conceito de forma limitada, as críticas a ele dirigidas sejam cabíveis. Mas, exatamente por não se concordar com a premissa, há de se rejeitar a conclusão quanto à falta de utilidade dos conceitos. Retomando-se o que se afirmou no tópico 2.2, *supra*, não há espaço para compreender a indenização pelo *interesse negativo* como *limitada* ou mesmo *delimitada*.³⁸³

Concorda-se, contudo, com o jurista português quanto à impropriedade de definir sua aplicação aprioristicamente, especialmente na medida em que isso se confunda com a sua vinculação necessária à ampla responsabilidade civil pré-negocial.³⁸⁴

Em segundo ponto, a ácida crítica à utilidade dos conceitos é de certa forma mitigada pelo fato de que, na edição de 2010 de seu Tratado de Direito Civil Português, António Menezes Cordeiro expressamente inseriu um tópico para o tratamento da distinção, onde

³⁸⁰ O que se se depreende especialmente da nota de rodapé n. 351, na qual o autor faz menção à doutrina italiana como adotante de uma concepção *ampla* de *interesse negativo*, o qual abrangeria também o lucro de negócio alternativo perdido. (MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito..., 2010. p. 158)

³⁸¹ Em última instância, essa limitação não se justificaria nem sequer à luz do trabalho original de Jhering, o qual era expresso em se referir à indenização do *lucro cessante*. Sobre o tema, remete-se o leitor ao item 3.2, Capítulo 4.

³⁸² Conforme se expõe no item 3.2, Capítulo 4, especialmente NR 564.

³⁸³ De ser rejeitada, outrossim, a definição do *interesse negativo* como um mero sucedâneo mais fraco do direito ao cumprimento, como se vê na expressão de Ernst Rabel, referida por MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 914, e constante de RABEL, Ernst. Der sogenannte..., p. 175. O autor suíço, mais à frente em seu texto defende que se compreende ante a sua compreensão dos conceitos, que o *interesse negativo* não deverá ser superior ao *interesse positivo* (p. 176).

³⁸⁴ Assim, por exemplo, é possível que a indenização se dirija ao *interesse positivo* mesmo em caso de responsabilidade civil pré-negocial: “estando em causa um dever de contratar, seja por exigência geral da boa-fé (posição monopolista, por exemplo), seja por já haver acordo, ou, *máxime*, execução desse acordo, além de danos circundantes, deve ser computado o interesse positivo”. Referindo-se a um caso julgado em Portugal, que assim entendeu, o jurista arremata dizendo que “há indemnização pelo interesse positivo que, como se vê, é justo e nada de dramático” (MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil II. Parte Geral. Negócio jurídico. 4ª edição (reformulada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 292 e 293).

antes os conceitos eram negados.³⁸⁵ Essa alteração de posicionamento parece indicar o reconhecimento dos conceitos, ainda que sob tom crítico.

Não menos importante, e sublinhando a necessidade de uma visão geral do problema, é compreender as lições de Menezes Cordeiro dentro do panorama de desenvolvimento teórico do *par conceitual* antes realizado (Capítulo 2). Em suma, a grande crítica que a noção de *interesse positivo e negativo* enfrentou não se refere à sua incompatibilidade às regras gerais de definição do dano indenizável, mas, antes, à sua utilização como dogmas que serviriam à delimitação dessas mesmas regras.

Dito isso, e de forma geral, pode-se dizer que as críticas e releituras havidas nos conceitos não foram suficientes para afastar a sua aplicabilidade. O simples fato de serem ainda hoje referenciados – e, no caso de Menezes Cordeiro, terem sido inseridos como tópico autônomo em seu relevante Tratado de Direito Civil –, sublinha a sua utilidade e aplicabilidade no Direito português.

Resta, então, analisar como esse panorama dialoga com a adoção do *par conceitual* no estudo do Direito brasileiro, no qual, como já se viu, o panorama do qual se parte é diametralmente oposto: os conceitos não são trabalhados e não há dogmas a serem desconstituídos. Entende-se, contudo, haver também paradoxos a ser resolvidos.

3.2 Os paradoxos do não reconhecimento do *par conceitual*: a diretriz possibilitada pela adoção dos conceitos

Se a crítica aos conceitos nos ordenamentos em que são usualmente trabalhados confunde-se com os resultados inadequados de sua aplicação apriorística que, em grande medida, levou a temperamentos de sua compreensão como “*fórmulas mágicas*” de definição do dano indenizável, a sua não adoção pode conduzir também a resultados indesejados. Refere-se, pois, aos paradoxos propiciados por seu não reconhecimento.

É esse o panorama geral do tema no Direito brasileiro – o qual, como se tem sustentando, não é desconhecido, mas nunca foi verticalizado dogmaticamente. Há de se demonstrar a sua função na solução do problema da indenização do dano material ocorrido no *iter* negocial ou, em outras palavras, comprovar a existência de uma *questão*.

³⁸⁵ Essencialmente, essa “mudança de posicionamento” de Menezes Cordeiro se deu após a arguição da tese de doutoramento de Paulo Mota Pinto, da qual participou e à qual se faz referência na nota de rodapé n. 374: “essa matéria foi profunda e largamente estudada por Paulo Mota Pinto (...) páginas maciças”. (MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2010, p. 156). Em reedição mais recente, de 2013, alterou-se o título da obra para Tratado de Direito Civil, mantendo-se a mesma redação do aludido § 16, ora citado na edição de 2010.

É certo que a comprovação da utilidade do *par conceitual* no Direito brasileiro deve ser realizada *in concreto*. Antes de se estudar as hipóteses lesivas por ele recobertas, contudo – as quais compõem a Parte II do trabalho –, é imprescindível bem compreender qual seja o sentido e a função de se analisar a reparação de danos sob suas lentes.

Entende-se haver um verdadeiro paradoxo na definição do *dano indenizável* no *iter negocial* (mas não só) no Direito brasileiro. O tema é central ao estudo do Direito das Obrigações, dizendo respeito às consequências da *falta de cumprimento* de deveres decorrentes da relação jurídica obrigacional, entendida em sentido largo.³⁸⁶ Suas bases, que deveriam presumidamente estar bem assentadas, são, contudo, bastante divergentes.

Com efeito, e consoante se demonstrou acima, o Código Civil refere-se de forma geral à indenização por *perdas e danos*, tanto na responsabilidade contratual como na delitual – ambas, aliás, centralizadas nos mesmos dispositivos legais. A adequada definição do sentido da indenização é remetida à doutrina e à jurisprudência.

Na doutrina, é comum a menção pura e simples ao direito à indenização de *perdas e danos* decorrente da falta de cumprimento, sem nenhuma consideração mais aprofundada sobre a sua real composição.³⁸⁷ Na jurisprudência, não se encontra uma aplicação uníssona do sentido da reparação de danos – como se verá na análise empreendida nos Capítulos 5 e 6 –, o que poderia ser solucionado pelo *par conceitual*.

Um olhar crítico sobre a aplicação das regras de responsabilidade civil, aqui delimitado àquelas de cunho negocial e pré-negocial, permita constatar a existência de tratamentos oscilantes e heterogêneos acerca da composição do *dever de reparar*.³⁸⁸ Algo efetivamente paradoxal, na medida em que são problemas centrais às obrigações.

³⁸⁶ Sem pretender discutir a questão do regime de responsabilidade civil aplicável, entende-se que tanto na fase anterior à formação do contrato, como na fase contratual propriamente dita, há deveres obrigacionais a vincular as partes, cujo descumprimento pode ser reconduzido à noção de *falta de cumprimento obrigacional*. A expressão, portanto, é mais ampla do que o que usualmente se entende por responsabilidade contratual ou negocial.

³⁸⁷ É o caso, para citar famosos manuais de Direito brasileiro: RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 4ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 468 (“de outro lado, não se pense que a resolução por falta de cumprimento impede o ressarcimento de perdas e danos. Uma vez inadimplido o contrato, e decorrendo prejuízos ao credor, perfeitamente viável a ação de resolução com a de cobrança do valor devido a título de prejuízo”); Maria Helena Diniz, a qual afirma que a resolução “sujeita o inadimplente ao ressarcimento das perdas e danos, abrangendo o dano emergente e o lucro cessante; assim, o lesado pelo inadimplemento culposos da obrigação poderá exigir indenização pelos prejuízos causados, cumulativamente com a resolução”. (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações contratuais e extracontratuais*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 182); além de VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 322; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral das Obrigações*. Volume 2. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237 e 253; BARROS MONTEIRO, Washington e MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. 1ª parte. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393).

³⁸⁸ A apresentação especificada de tais divergências é realizada ao longo da Parte II da tese.

Vislumbrar a determinação do dano reparável à luz dos conceitos de *interesse positivo* e de *negativo*, permite minorar tais divergências, bem como conferir adequados subsídios à formulação de pedidos indenizatórios, muitas vezes ausentes diante da falsa compreensão de que o direito a *perdas e danos* é compreensível em si mesmo.

Eis a função instrumental dos conceitos, da qual se retira também a sua utilidade no Direito nacional. Ambos conferem adequados subsídios à formulação de pedidos adequados e ao preenchimento da indenização devida de forma concreta; instrumentalizam a definição do dano reparável pelo lesado e pelo julgador.

Note-se que o paradoxo se desenvolve exatamente por haver um espaço muito amplo na definição da relação jurídica de reparação, o qual comporta dificuldades evidentes em vislumbrar o seu sentido e sua composição. Se a *delimitação* dessa relação aprioristicamente não é defensável, o mesmo pode ser dito no que toca à inexistência de qualquer *parâmetro* instrumental à atividade de aplicar as regras de reparação.

Para ilustrar o quanto afirmado, e adiantando uma temática que será oportunamente verticalizada, tome-se como exemplo a discussão quanto ao descumprimento de compromisso de compra e venda de imóveis. Em uma rápida análise jurisprudencial vislumbra-se a existência de julgados que circunscrevem a indenização devida ao comprador à devolução das parcelas pagas, acrescida de outros danos causados pela própria conclusão do contrato (como despesas de corretagem)³⁸⁹, e outros que indenizam o comprador lesado pela valorização do imóvel que deixou de receber.³⁹⁰

A existência de soluções divergentes pode ser também vislumbrada em casos de responsabilidade pré-negocial bastante similares entre si. Assim, exemplificativamente, ao julgar a frustração da expectativa quanto à conclusão de contrato de trabalho, há julgados que conferem ao lesado uma situação *positiva* em relação às expectativas geradas na fase de

³⁸⁹ TJSP, Ap. Cív. nº 0001179-90.2010.8.26.0301. Relator(a): Rômulo Russo; Comarca: Atibaia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/03/2015; Data de registro: 13/03/2015.

³⁹⁰ REsp 403.037/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 05/08/2002, p. 353

negociações (com o pagamento dos salários que obteria)³⁹¹, e outros a uma situação *negativa* (ressarcindo de custos tornados inúteis).³⁹²

As decisões caminham em sentidos diametralmente opostos, ora conferindo ao lesado a indenização do *interesse positivo*, ora do *interesse negativo*, sem que se vislumbre uma distinção de *eventos lesivos* que justifique essa diversidade.

E nem se diga que a definição do alcance da indenização seja dependente do pedido formulado pela parte pois, sendo ele depurada desde o *evento lesivo*, sua definição é unidirecional. Em outras palavras, se a parte pretende se ver indenizada pela falta de cumprimento e esse é, *in casu*, medido pelo *interesse positivo*, o pedido de indenização de rubricas indenizáveis pelo *interesse negativo* deveria ser julgado improcedente.³⁹³

Ainda que se admita uma excepcional possibilidade de escolha do *interesse indenizável* – vide item 5, Capítulo 6 – é ônus do lesado indicar e comprovar de maneira adequada os danos causados e ligados à situação hipotética em que deveria estar não fosse o *evento lesivo*. Assim se permite compensar o dano efetivamente sofrido, como se evitam indenizações incompatíveis entre si, como a que cumularia o *positivo* com o *negativo*.

Ambos os conceitos permitem adequadamente construir a relação de recondução do lesado a um *status quo* ou a um *status ad quem*, dando luz e concretude às regras protetivas das partes no *iter* negocial, bem como às regras de responsabilidade civil pelas quais se obtém o *dano indenizável*. Trata-se de sua função primordial.

Mas, para além disso, e no que se poderia chamar de “efeito *colateral*” de sua aplicação, as noções de *interesse positivo* e *interesse negativo* colocam os acentos na

³⁹¹ “Responsabilidade Civil Pré-Contratual. Autor que foi selecionado após realização de entrevista e aguardou por cinco meses a contratação definitiva frustrada ao final de tal prazo. Situação em que foram geradas falsas expectativas. Violação da boa-fé objetiva. Indenização que deve ser integral, incluindo os valores que teria recebido se fosse efetivamente contratado, danos materiais decorrentes da abertura da conta corrente em seu nome a pedido da apelante, e indenização por danos morais oriunda da negativação de seu nome. (...)” (TJSP, Ap. Cív. nº 9141091-18.2006.8.26.0000. Relator(a): Adilson de Andrade; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2011; Data de registro: 14/06/2011; Outros números: 4777484200).

³⁹² “Indenização Dano moral Responsabilidade pré-contratual Culpa in contrahendo Contratação de serviços de assessoria e intermediação para obtenção de vaga de emprego Conduta de empresa ré que despertou no autor a justa expectativa de ocupação da vaga disponível, e a adesão era apenas para intermediar e assessorar a contratação Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária Dever de indenizar gastos com taxas cobradas pela agência (...)” (TJSP, Ap. Cív. nº 990.10.500647-7. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 990105006477).

³⁹³ Pode haver, contudo, hipóteses em que os pedidos são direcionados corretamente, mas, dentro da mesma rubrica (*interesse positivo* ou *interesse negativo*), faz-se pedidos diversos, o que levará a decisões apenas em aparência discrepantes. Tomando-se da resolução por falta de entrega do imóvel, por exemplo, pode a parte pedir a valorização do bem e os alugueis que deixou de receber ou apenas um ou outro. Ambos compõem o *interesse positivo* (item 4.3, Capítulo 6), mas sua indenização depende do pedido da parte.

indissociável ligação entre o *evento lesivo* e o *dano indenizável*, caminho pelo qual se analisam temas fundamentais às obrigações, os quais são colados em evidência.

Isso porque, antes mesmo se de analisar o *prejuízo indenizável in concreto*, há de se voltar os olhos ao *evento lesivo*, permitindo enxergar diferentes situações lesivas que compõem a chamada obrigação como processo, dotada de complexidade interna: a conformação dessa relação jurídica de reparação é vista sob novas lentes.

Somente essa consideração já seria por si só suficiente à defesa da utilidade dos conceitos. Mas, a ela, soma-se o fato de existir uma lacuna sensível no tratamento do dano reparável patrimonial, ao qual não é dada uma resposta coerente e unitária.

Com efeito, falar-se em reparação de *perdas e danos* bem como de danos *direta e imediatamente* causados pelo evento lesivo somente é adequado se houver meios suficientes à determinação do *evento lesivo* que conforma a relação jurídica de reparação. E, na ausência de verticalizações sobre os conceitos de *interesse positivo* e *negativo* no Brasil, não se vislumbra que esse panorama global seja tenhas disso bem solucionado.

Adere-se, assim, à defesa feita ao *par conceitual* por Paulo Mota Pinto, no sentido de que, “longe de qualquer produto de uma ‘jurisprudência dos conceitos’, ou de uma atitude conceitualista, essas noções traduzem a aplicação das regras gerais a diversas hipóteses, de acordo com os critérios teleológicos e valorativos aplicáveis”.³⁹⁴

Indicam, pois, o caminho a ser trilhado e que, no Direito brasileiro, é capaz de subverter um insustentável silêncio quanto à importância e a necessidade de definição do parâmetro indenizatório aplicável a diferentes hipóteses lesivas. Há diversas *perdas e danos*, e elas podem se dirigir ora ao *interesse positivo* e ora ao *interesse negativo*.

3.3 A solução de paradoxos e o equilíbrio entre os dois extremos

A confirmação da utilidade dos conceitos de *interesse positivo* e *negativo* é dependente de uma relativização das proposições que os tomaram como definidores das hipóteses lesivas nas quais são aplicáveis e de uma revisão daquelas que – em certa medida como se encontra no Direito brasileiro – deixam de vislumbrar a sua aplicabilidade por completo.

Nenhum desses dois extremos é desejável. O primeiro, porque desconsidera que a definição do dano e do *interesse* deve ser realizada concretamente, razão pela qual a definição apriorística é potencialmente incompatível com as regras de responsabilidade civil.

³⁹⁴ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 922.

O segundo, por sua vez, porque a ausência de parâmetros torna mais complexa e incerta a aplicação dessas mesmas regras, levando também a resultados inadequados.

Os conceitos são, pois, um liame um tanto sutil, quiçá mesmo invisível, que conforma a aplicação adequada dos pressupostos de reparação de dano, ligando de forma competente o *evento lesivo* e a relação jurídica de reparação. Sua função não deve ser *superestimada* nem *subestimada*, sendo os conceitos úteis justamente nesse ponto ideal de equilíbrio.

Demonstrado que a distinção não deve ser confundida com a definição das hipóteses em que incidem, mas, antes, como um novo olhar sobre a relação de reparação, há de se concluir o estudo teórico dos conceitos propondo um caminho para sua aplicação.

4. A aplicação dos conceitos: a proposição de um *duplo filtro*

Demonstrada a *compatibilidade* e a *utilidade* dos conceitos de *interesse positivo* e *negativo* no Direito brasileiro, a análise proposta deve ser complementada com o estudo de sua *aplicabilidade*. É, com efeito, na solução de problemas práticos que a relevância do *par conceitual* é demonstrada, sendo essa a razão que justifica o estudo que se propôs.

Conforme demonstrado, a existência de dois direcionamentos possíveis da indenização não suscita maiores controvérsias, ao menos quando compreendido de forma aproximativa. O mesmo não se poderia dizer no que toca às hipóteses lesivas em que venham aplicados, o que é natural: o emprego dos conceitos somente é adequadamente compreendido à luz de determinado ordenamento jurídico e de suas especificidades.

Sopesados alguns dos percalços enfrentados no desenvolvimento teórico do tema, e aproveitando-se da referida *ambígua dificuldade* – como se afirmou, a falta de tratamento do tema no Brasil faz com que não haja *dogmas* a desconstituir (item 1.3, Capítulo 2) – pode-se propor o caminho para definição do *interesse* reparável caso a caso.

É consciente o propósito de se evitar falar em um *método de aplicação*, na medida em que sua definição é dependente da análise especificada das inúmeras patologias recobertas pelos conceitos aqui trabalhados, dialogando com questões centrais do Direito das Obrigações. Essa operação não é, naturalmente, reduzível a uma fórmula objetiva.

Ora, ao aplicador do Direito não deve ser conferida a função de mero “*autômato da subsunção*” que permitisse, tal como em uma operação de subsunção automática, a definição do *interesse* indenizável.³⁹⁵ Aliás, qualquer tentativa de engessar o tratamento do *par*

³⁹⁵ Toma-se por empréstimo a afirmação de Franz Wieacker, no contexto da crítica ao positivismo jurídico: “críticos do positivismo, como ainda Heck e Isay, chamam, portanto, ao juiz, ironicamente, um autômato da

conceitual poderia reconduzir justamente à circunstância que se quer evitar, qual seja, a delimitação apriorística do *interesse* reparável em descon sideração à pluralidade de *eventos lesivos* que atingem a relação jurídica obrigacional em sentido amplo. Prefere-se, então, propor o que se chama de um *duplo filtro* (ou *momentos*) de análise.

No *primeiro filtro ou momento* de análise, vislumbra-se uma tendência indenizatória vinculada ao estágio do *iter* negocial em que o *evento lesivo* ocorre, ou seja, antes ou após a formação válida do negócio jurídico ou do contrato. Aqui, enxerga-se uma identificação (meramente) tendencial entre *interesse positivo* e a *responsabilidade negocial ou contratual* e o *interesse negativo* e a *responsabilidade pré-negocial*.

Em um momento de análise subsequente, aqui referido como *segundo filtro* ou *momento* de análise, há de se confirmar o acerto desse direcionamento tendencial ou, se for o caso, corrigi-lo. Nele, vem à tona uma análise mais especificada que permita definir qual seja o *evento lesivo*, algo que somente é realizado *in concreto*; é nele, com efeito, que o chamado *efeito colateral* da aplicação dos conceitos vem à tona (item 3.2, *supra*).

Nem sempre se mostrará adequado distinguir a existência de dois momentos na definição do *interesse* indenizável, mas, mesmo quando não evidentes, eles serão sempre subjacentes ao raciocínio aplicável. E, em última análise, será sempre perante o *segundo filtro* que se definirá o sentido da indenização, pois a tendência obtida no *primeiro filtro* há de ser invariavelmente confirmada.

A proposição de uma distinção é, contudo, relevante para anotar o caminho que se entende deva ser percorrido, o qual é relevante aderindo-se ou não a um *duplo filtro*. Nesse contexto, essenciais são as circunstâncias (ou as perguntas) que se propõem sejam analisadas e respondidas, *caso a caso*. É a exposição desse caminho que permite, em última instância, a compreensão e a crítica aos resultados oportunamente expostos.

4.1 Primeiro filtro: o momento em que o *evento lesivo* ocorre

A definição do *interesse* reparável inicia-se com a verificação do momento no *iter* negocial em que o *evento lesivo* é configurado, ou seja, se ocorre antes da formação válida

subsunção e, na verdade, esta imagem do julgador lembra remotamente as calculadoras eletrônicas da atualidade” (WIEACKER, Franz. História..., p. 498).

do contrato ou após a sua constituição. É esse o espaço de distinção entre *contrato* e *não contrato*, e que distingue a responsabilidade *negocial* da *pré-negocial*.³⁹⁶

Nessa primeira análise, vista sob a perspectiva do sentido apriorístico dos conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo*, identifica-se o primeiro à *falta de cumprimento da obrigação*, e o segundo à hipótese de *inexistência de uma relação contratual* ou à sua *não validade* ou *eficácia*.

Ora, se o *interesse positivo* instrumentaliza a composição da relação de reparação voltada à recondução do lesado à situação de cumprimento do contrato, é natural supor que, em linha de princípio, ele exija a existência e validade do contrato; da mesma forma, sendo o *interesse negativo* voltado à recondução do lesado à situação e que estaria se não tivesse confiado nas negociações, supõe-se a não formação válida do negócio.

Tais ligações são certamente *possíveis* e bastante *frequentes*, porém não *necessárias*. Daí porque se afirme sua natureza meramente *tendencial*, não constituindo regras absolutas que imponham a aplicação de um ou outro critério indenizatório.

Assim, por exemplo, e se uma análise mais aprofundada puder conduzir ao resultado de que, *não fosse o evento lesivo*, o contrato desejado teria sido validamente concluído, não há nenhum óbice a dirigir a reparação do *interesse positivo*, ainda que fundada na *culpa in contrahendo*. Da mesma forma, e mesmo diante da responsabilidade negocial, é possível excepcionalmente a tutela do *interesse negativo*.³⁹⁷

A questão fundamental será, justamente, determinar qual venha a ser o *evento lesivo*, pois é ele que define a situação recondução do lesado.

Essa análise mais acurada indica a necessidade de uma operação que confirme o direcionamento tido como tendencial, o que se faz analisando de forma especificada qual seja o *evento que leva à reparação*, para se utilizar por empréstimo a expressão do Direito Português.³⁹⁸ Em suma, será ele que definirá o direcionamento da *causalidade* e, ao final, a *situação hipotética sem o dano*, objetivo da prestação de indenização.

³⁹⁶ O que abrange também, embora não seja trabalhado no âmbito da tese, a invalidade. Não se pretende confundir a decretação de invalidade com declaração de inexistência, e nem mesmo considerar que toda invalidade conduza à não produção de efeitos pelo negócio jurídico.

³⁹⁷ A afirmação, quanto à responsabilidade pré-negocial é de MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2010, p. 158. Sobre a tutela negativa do contrato, por sua vez, remete-se o leitor ao item 5, Capítulo 6.

³⁹⁸ Em Portugal, refere-se ao “*evento que leva à reparação*”, nos termos do art. 562º do Código Civil daquele país; na Alemanha, a menção é feita à “*circunstância de que provém a responsabilidade*”, conforme dispõe o § 249 BGB. Ambos os dispositivos, como já se demonstrou trabalham a reparação de danos a partir da noção de recomposição de uma situação hipotética, base da teoria da diferença (item 3.1.1, Capítulo 1).

4.2 Segundo filtro: a análise aprofundada da definição do *evento lesivo*

Obtido o direcionamento tendencial da indenização pelo *primeiro filtro*, há de se dedicar à compreensão aprofundada do *evento lesivo*. Nesse *segundo filtro*, vem à tona a elucidação de questões fundamentais no Direito das Obrigações as quais, como se afirmou, confundem-se com o âmbito de aplicação dos conceitos.

Conforme afirmado ao longo do caminho até agora percorrido, sublinha-se a existência de diferentes patologias no curso negocial que, ainda quando vinculadas a um mesmo regime de responsabilidade (como o *negocial* ou *pré-negocial*), devem ser diferenciadas entre si. A existência de diferentes *eventos lesivos* reflete-se diretamente no problema reparatório, pois diversa será a *situação hipotética* sem a sua ocorrência.³⁹⁹

É possível, ainda, que o regime consequencial aplicável não se resuma à reparação de danos, sendo as *perdas e danos* cumuláveis com outras eficácias. Basta pensar, a título exemplificativo, nas hipóteses de *redução*, de *conversão* e de *resolução* do contrato, as quais impõem uma análise global do remédio aplicável para confirmação do sentido tendencial da indenização obtida pelo *primeiro filtro*.

Em suma, somente uma análise mais especificada do problema indenizatório permite bem aplicar as regras de responsabilidade civil e, assim, definir o *interesse* que se tenha como reparável. A proposição não é, contudo, uma remissão simples à casuística.

Trata-se, antes, de uma análise que se liga ao que se denominou como *efeito colateral* da aplicação dos conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo* (item 3.2, *supra*), pelo qual se realiza uma compreensão mais aguçada de diferentes hipóteses lesivas abrangidas sob a mesma nomenclatura ou denominação.

O olhar proposto sobre o problema indenizatório é focado no problema da definição da *situação hipotética sem o dano*. Ainda que esse objeto de análise seja conhecido no Direito brasileiro, o mesmo não se poderia dizer sobre o seu enfoque que a ele é conferido, como a elucidação a ser realizada na Parte II permitirá comprovar.

Ainda que sem se referir expressamente a um *duplo filtro* de análise da questão, depreende-se da doutrina de Paulo Mota Pinto a necessidade de analisar o problema do *interesse* reparável de forma mais aprofundada, não compatível com a sua definição

³⁹⁹ Como afirma Angelo Luminoso, ao se referir à responsabilidade pré-negocial como um instituto não homogêneo, ela pode congrega ilícitos que, no caso concreto, importem a lesão ao *interesse positivo* ou ao *interesse negativo*, os quais terão em comum unicamente o fato de que vem definido na fase de tratativa ou de formação do contrato (LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 803).

meramente tendencial. Para o jurista português, essa operação poderia ser realizada à luz da teoria do *escopo da norma*, em caráter instrumental às regras de causalidade.⁴⁰⁰

Trata-se de uma construção de matriz alemã que, postando-se criticamente a resultados obtidos pela *causalidade adequada*, propôs que a análise do *nexo causal* fosse realizada a partir do fim de proteção da norma violada. A proposição não é desconhecida no Brasil, ainda que sua aplicação não possa ser considerada como recorrente.⁴⁰¹

Segundo ensina Antunes Varela, a teoria propõe analisar quais sejam os *interesses* protegidos por determinada norma ou mesmo pelo contrato, de forma que a tutela conferida pelo Direito seja a eles circunscrita.⁴⁰² Essa análise permitiria ao mesmo tempo imputar ao lesado a reparação de danos que não seriam obtidos por aplicação do critério da causalidade adequada, bem como excluir a obrigação de reparação de alguns prejuízos que seriam por ele obtidos.⁴⁰³ Tudo à luz do *escopo* da norma protetiva.

Em defesa de sua aplicação no Direito brasileiro, destaca-se a lição de Fernando Noronha, para quem “é necessário, para que um dano seja reparável, que ele constitua lesão de um dos bens que a ordem jurídica queria proteger, ou seja, é preciso que caiba no *âmbito da tutela normativa*, ou no *escopo da norma violada*”.⁴⁰⁴ Em outro texto, contudo, afirma que o *escopo protetivo* tem sido alargado, podendo-se afirmar ser “regra quase que sem exceções a que impõe tutela de praticamente todos os danos(...)”.⁴⁰⁵

Sem pretender descer à análise especificada da teoria – o que, entende-se, seria uma verdadeira *tese* circundante àquela que se propõe –, a ligação realizada por Paulo Mota Pinto

⁴⁰⁰ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, pp. 930-963, especialmente pp. 949, 951 e 953.

⁴⁰¹ Destaca-se, nesse contexto, a recente tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo por Guilherme Reinig, a qual se teve acesso por gentileza do autor (REINIG, Guilherme Henrique Lima. O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito civil brasileiro. Tese de Doutorado. Orientadora Professor Titular Teresa Ancona Lopez. São Paulo, 2015). Menções à teoria do escopo da norma são também encontradas em CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 86-93 e NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introduções à responsabilidade civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 613-618).

⁴⁰² Fundado em Hermann Lange, Antunes Varela faz referência ao seguinte exemplo: “um comerciante pesa determinada carga de mercadoria na estação do caminho de ferro. A balança estava avariada e, em consequência disso, acusou um peso muito inferior ao real, o que levou o dono da carga a vendê-la com enorme prejuízo no local de destino, tomando como base do preço que pediu o peso constante da guia de transporte”. De acordo com a teoria, o caminho de ferro não seria responsável pelos danos causados, pois não estaria dentro do *escopo protetivo do contrato* que a pesagem servisse de base a negócios firmados posteriormente. (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações..., vol. I, p. 902).

⁴⁰³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 941.

⁴⁰⁴ NORONHA, Fernando. Direito..., p. 614. No mesmo sentido as conclusões de Guilherme Reinig: “Sua aplicabilidade prática dá-se, portanto, no plano da fundamentação da responsabilidade por ato ilícito, para o que não basta a infração de uma regra de conduta, sendo, outrossim, indispensável lesão a direito, bem jurídico ou interesse juridicamente protegido.” (REINIG, Guilherme Henrique Lima. O problema..., p. 277).

⁴⁰⁵ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: Revista dos Tribunais, n. 816/2003, p. 733-752, out/2003, acesso pela RTOOnline.

é relevante por destacar algumas considerações aplicáveis ao *segundo filtro* aqui proposto. E assim se faz sem que se precise sustentar sua aplicabilidade no Direito brasileiro – algo que, mesmo em Portugal, é ainda extremamente controvertido.⁴⁰⁶

Para o jurista, a análise do *escopo da norma* colocaria os acentos na questão central que toca à distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo*, qual seja, na existência de diferentes eventos lesivos e diferentes previsões de responsabilidade.⁴⁰⁷ Na sua visão, seria essa a leitura adequada do texto de Jhering, para quem os conceitos se reportariam a uma dualidade de causas de danos (e não propriamente a danos diversos).

Nos limites do seu texto original, essa dualidade era suficiente à explicação daquela representada pelos conceitos (*validade vs. invalidade*); como se viu, contudo, o alargamento das hipóteses abrangidas pelo *par conceitual* a tornou insuficiente (Capítulo 2). Eis o espaço para a definição do *evento lesivo* à luz do *escopo da norma*.

A análise seria meramente auxiliar à compreensão do problema indenizatório, permitindo bem definir o alcance da proteção contra a ocorrência de determinado *evento lesivo* e, de certa forma, a compreensão própria desse mesmo *evento lesivo*.

É o que sublinha Antunes Varela, crítico à adoção da teoria em substituição à causalidade adequada, mas expresso em considerar “a utilidade que se reveste no domínio da responsabilidade civil a determinação dos *interesses* concretamente visados, seja pela norma infringida, seja pelo contrato não cumprido ou defeituosamente executado”.⁴⁰⁸

Sem discordar de fundo da defesa que da teoria faz Paulo Mota Pinto, prefere-se apenas aderir à sua conclusão, no sentido de ser imprescindível definir com precisão o *evento lesivo*, pedra de toque para a definição da *situação hipotética* sem o dano e do *interesse protegido*. Em suma, está em jogo saber se o lesado tem direito à uma tutela *positiva* ou *negativa* das expectativas depositadas na fase pré-negocial ou no contrato.

Resta, de maneira ainda bastante geral, compreender como essa leitura pode ser realizada na responsabilidade pré-negocial e naquela negocial, nos limites das circunstâncias

⁴⁰⁶ Além de Antunes Varela, pode-se exemplificativamente citar também o entendimento de Almeida Costa que, sem negar a utilidade da teoria do escopo da norma, sustenta que ela apenas se aplica no momento da definição da indenização, e não no preenchimento da responsabilidade, o qual seguirá as regras da causalidade adequada. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações...*, p. 598). Criticando a teoria à luz do Direito italiano, especialmente por dela não depurar indicações precisas sobre o interesse violado, vide por todos BIANCA, Massimo. *Commentario...*, pp. 253-254.

⁴⁰⁷ MOTA PINTO, Paulo. *Interesse...*, vol. II, p. 952.

⁴⁰⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações...*, vol. I, p. 902. Aliás, e em nítida coerência com o que se tem sustentando, não é despidendo notar a defesa da teoria como um *indicativo* da solução adequada, sem que se pretenda oferecer uma resposta pronta ao problema da imputação de danos. (REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema...*, p. 277, p. 278).

lesivas que se propôs estudar na tese. Essa elucidação, agora feita de modo abstrato, sedimenta o caminho de aplicação que passa a ser exposto na Parte II da tese.

4.3 A aplicação do *duplo filtro* e os grupos de casos analisados

Antes que se possa prosseguir o estudo do *par conceitual*, que a partir do próximo capítulo passa a ser enfocado em sua aplicação, há de se traçar breves linhas sobre a forma de concretização do *duplo filtro* proposto nos grupos de casos que se pretende analisar. Consoante já delimitado desde a introdução do trabalho, são eles a responsabilidade pela não formação do contrato, bem como pela falta de cumprimento.

4.3.1 A aplicação do *duplo filtro* na responsabilidade pré-negocial pela não formação do contrato

A forma conceitual da responsabilidade na fase formativa é bastante ampla, abrangendo tanto a hipótese em que o contrato *não se formou*, como aqueles em que *se formou invalidamente*.⁴⁰⁹ Há diversos deveres que vinculam as partes antes mesmo do contrato, o que permite vislumbrar a existência (potencial) de diversos *eventos lesivos*.

Nos limites do trabalho, propõe-se estudar a fundo especificamente a hipótese de não formação do contrato. Ocorre que, ainda quando realizada essa delimitação, não se tem um dado definitivo para definição do sentido da indenização devida. A tendência reparatória obtida pelo *primeiro filtro* – a qual se volta ao *interesse negativo* –, somente se confirma na medida em que o dever violado circunscreva-se àquele de confiança.

Consoante se verticalizará no Capítulo 5, a fase pré-negocial é composta por deveres não homogêneos, e que se *densificam* ao longo das negociações. Primordialmente, até mesmo porque ainda não há contrato, esses deveres são identificados aos deveres de boa-fé e de confiança, cuja ofensa não cria à outra parte o *dever de contratar*. Este pode, contudo, ser excepcionalmente inferido das circunstâncias.

Se o dever violado for aquele restrito à confiança, não haverá dúvidas de que o direcionamento tendencial é confirmado. Não fosse a *criação da confiança*, identificada com

⁴⁰⁹ Em seu trabalho sobre o *par conceitual*, Paulo Mota Pinto trabalha ao menos 14 (quatorze) hipóteses diferentes de responsabilidade pré-negocial, a saber: venda de coisa alheia, de bens onerados ou de coisa defeituosa, ineficácia por falta dos requisitos do objeto ou exigências formais imperativas, nulidade por vício de forma, invalidade por vício de vontade, representação sem poderes, dissenso, aceitação tardia, indução à não conclusão do contrato, ruptura injustificada, violação a regras de concurso e indução à celebração de um contrato não desejado. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, Capítulo III, § 1º).

o *evento lesivo*, o lesado não teria sofrido danos, pois não teria se mantido nas negociações ou, se o fizesse, o faria por seu próprio risco. Em nenhuma hipótese a situação hipotética sem o evento lesivo conduziria àquela de efetiva formação do contrato, pois isso escaparia por completo de seu “*escopo protetivo*”.

Contudo, circunstâncias específicas podem indicar que, malgrado a inexistência de contrato, possa se fundar um excepcional *dever de contratar* ainda na fase formativa. Nessa hipótese o *evento lesivo* será nitidamente diverso e a situação hipotética sem ele somente é adequadamente ligada à reparação do *interesse positivo*.⁴¹⁰

Em suma, e na medida em que a responsabilidade pré-negocial opera-se precipuamente mediante indenização, a qual não vem cumulada com outro remédio, a aplicação do *duplo filtro* dependerá exclusivamente da compreensão de qual venha a ser o *evento lesivo*, ou seja, o *dever* violado em cada circunstância específica.

A isso se soma, de maneira evidente, a impossibilidade de identificar a responsabilidade pela não formação do contrato a uma única hipótese lesiva. Ela não é, pois, sinônimo de *ruptura injustificada de negociações* – e nem os limites desta são definíveis apenas por sua afirmação abstrata, consoante se elucidará no Capítulo 5.

O caráter instrumental dos conceitos corrobora uma adequada definição dos diferentes *deveres pré-negociais* e do sentido de sua violação e de sua proteção.

4.3.2 A aplicação do *duplo filtro* na responsabilidade pela falta de cumprimento do contrato

Algumas notas distintivas são encontradas na análise mais aprofundada que se propõe em relação à responsabilidade pelo *descumprimento* obrigacional, “domínio por excelência da indemnização correspondente ao interesse contratual positivo”.⁴¹¹ Isso porque, na responsabilidade negocial, a indenização é usualmente um remédio cumulável com outros regimes consequenciais, os quais devem ser também analisados.

Abstraindo a infração a deveres que não se refiram ou não atinjam a prestação, os quais não são abrangidos pelos conceitos (item 5.3, Capítulo 1), não parece suscitar maiores dúvidas que a infração do *dever de prestação* engloba-se na proteção contra o *cumprimento* do contrato. A tendência reparatória dirige-se ao *interesse positivo*.

⁴¹⁰ Remete-se o leitor ao item 3.2, Capítulo 5.

⁴¹¹ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1479.

Bem delimitado que os conceitos somente se aplicam à infração de *deveres de prestação*, a multiplicidade afirmada quando da apresentação da responsabilidade pré-negocial não se faz aqui presente. As dificuldades, contudo, também existem.

Isso porque a análise da indenização devida em conjunto com diferentes remédios disponíveis ao lesado faz com que – consoante se verá com maior atenção no Capítulo 6 – relevante parte da doutrina brasileira defenda que a indenização nos casos de resolução do contrato deva ser delimitada ao *interesse negativo*. A solução funda-se na alegada incompatibilidade do *interesse positivo* com a eficácia extintiva da resolução.

Embora não se concorde com a solução proposta, e tal como se verticalizará com profundidade ao tempo oportuno, resta bastante evidente que ela é obtida no *segundo filtro* proposto: o que define o sentido da reparação de danos não é o *momento* em que o *evento lesivo* ocorre, mas uma concepção pormenorizada do sentido da proteção adotado.

Em outras palavras, e ainda que a lesão decorra da falta de cumprimento da prestação, esse dado é apenas tendencialmente direcionado à reparação do *interesse positivo*.⁴¹² É preciso analisar a conformidade desse direcionamento à luz das consequências aplicáveis para remediar a falta de cumprimento da obrigação.

Aqui, portanto, não se tem em mente uma multiplicidade de *eventos lesivos* – conquanto eles existam mesmo dentro do contrato – mas, antes, de consequências às quais se limitam, de forma complementar ou principal, a reparação de danos.

O caráter instrumental dos conceitos corrobora, aqui, com uma adequada definição do sentido da proteção contra o descumprimento contratual e do diálogo necessário existente entre suas diferentes consequências.

5. Sequência

Como se defendeu ao longo do capítulo os conceitos aqui propostos nada mais são do que o resultado da aplicação das normas de responsabilidade civil adotadas no Direito brasileiro, sendo plenamente compatíveis com elas. É, com efeito, esse o sentido de afirmá-los como *fórmula de síntese*, definição que lhes acompanha desde Jhering.

⁴¹² Adianta-se desde logo que não se concorda com a visão de Pontes de Miranda que, a pretexto de justificar a indenização delimitada ao *interesse negativo* no caso de resolução, propõe que o *evento lesivo* seja identificado na própria resolução, ou seja, resultando “(...) de se ter tornado sem efeito o que se cria que teria efeito”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 340, § 4.248). A construção, por ser artificial – o dano é decorrente da falta de cumprimento – será desconstruída no item 4 do Capítulo 6.

Demonstrou-se, então, que apesar de serem resultados da aplicação destas regras, os conceitos mantêm-se úteis para a definição da composição da relação jurídica de reparação. Com efeito, a compreensão contemporânea do *par conceitual* situa-se no equilíbrio propiciado entre a utilização exacerbada dos conceitos, e os paradoxos propiciados pela sua ausência absoluta, ambos conduzindo a resultados indesejados.

A reparação do dano patrimonial ocorrente no *iter negocial* é mais bem instrumentalizada quando estudada à luz dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*. Por eles, se pode enxergá-la com novas lentes, as quais têm um relevante *efeito colateral* de levar à melhor compreensão das hipóteses lesivas respectivas.

Confirmada a sua compatibilidade bem como a sua utilidade ao Direito brasileiro, propôs-se que sua aplicação fosse realizada diante de um *duplo filtro*. E, assim, indicou-se haver apenas uma tendência da reparação do *interesse positivo* na responsabilidade negocial e do *interesse negativo* na responsabilidade pré-negocial, os quais compõem um *primeiro momento* de definição do dano indenizável.

Essa tendência deve ser confirmada ou corrigida pela análise especificada de algumas variantes. Na responsabilidade pré-negocial pela não formação do contrato, isso perpassa compreender o *evento lesivo*, o qual pode assumir variadas formas. Na responsabilidade negocial, por sua vez, essa confirmação se dá pela análise especificada entre a indenização por *perdas e danos* e o regime consequencial aplicável.

Expostas as bases teóricas suficientes para compreensão dos conceitos, e como forma de confirmar os *filtros* propostos, bem como o chamado “*efeito colateral*”, passa-se à Parte II do trabalho, voltada à prática do *interesse positivo* e do *interesse negativo*.

PARTE II
- APLICAÇÃO -

CAPÍTULO 04 – A COMPOSIÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR: PERDAS E DANOS NO INTERESSE POSITIVO E NO INTERESSE NEGATIVO –

Antes de analisar a aplicação dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* nos dois grandes grupos de casos selecionados para verticalização, mostra-se relevante apresentar a composição indenizatória por eles sintetizada. A isso equivale, ainda que de forma introdutória, demonstrar como se compõem as *perdas e danos* – ou o *id quod interest* – medidas por cada um desses parâmetros indenizatórios.

É esse o objetivo do presente capítulo, base fundamental para a compreensão da aplicação do *par conceitual*, a ser realizada nos capítulos que seguem e que, suplantando a apresentação dogmática do tema, inicia o seu tratamento sob viés prático. Pretende-se, assim, demonstrar a aplicação das premissas definidas na Parte I da tese.

É evidente que a efetiva composição do *quantum* indenizatório não é algo aferível estático ou passível de compreensão abstrata. Essa é a razão pela qual a definição a ser realizada nas linhas que segue enfoca-se primordialmente no resultado a ser alcançado.

1. A composição das *perdas e danos* no interesse positivo e no interesse negativo

Já se tendo confirmadas a compatibilidade, a utilidade e a aplicabilidade dos conceitos de *interesse positivo* e *negativo* no Direito brasileiro, pode-se estudar a composição de indenização por *perdas e danos* por eles abrangidas. Essa compreensão, ainda que bastante geral, é imprescindível ao estudo da aplicação do *par conceitual*

É bastante claro que a relação jurídica de reparação, assim como a definição do *interesse* reparável, deva ser obtida caso a caso. Sem desconhecer a impossibilidade de estratificar sua composição, podem-se estudar *in abstracto* as principais rubricas indenizatórias que a integram, cuja composição especificada é obtida *in concreto*.⁴¹³

Como se disse, os componentes do *par conceitual* são instrumentos para a composição da relação jurídica de reparação pecuniária, cujo objeto corresponde à prestação da indenização ou ao *id quod interest*. Nesse caminho, vem à tona a ligação dos *interesses*

⁴¹³ Assim, embora a lei se refira a um conceito de dano patrimonial, identificado na definição das perdas e danos, a verdade é que sua construção não é um dado posto, e sim um “conceito situado”, conforme expressão de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Os danos..., p. 409).

positivo e negativo à noção de *perdas e danos*, abrangente dos *danos emergentes* e dos *lucros cessantes*, nos termos do art. 402 CC.⁴¹⁴

No entanto, a identificação dos conceitos de *interesse positivo* e de *negativo* ao conceito de *perdas e danos* não é suficiente para afastar a complexidade do tema. Muito ao contrário, a análise atenta da expressão *perdas e danos* permite afirmar que, apesar de frequente e largamente utilizada, ela comporta apenas uma aparente simplicidade.⁴¹⁵

A expressão é nitidamente polissêmica, utilizada na legislação ora para se referir a um tipo de pretensão (i.e., a pretensão indenizatória de cunho pecuniário), ora para designar a própria noção de prejuízo (i.e., o objeto da reparação de danos).⁴¹⁶

A compreensão prévia de seu alcance, por su vez, é fundamental ao estudo das rubricas indenizatórias que compõem a indenização pelo *interesse positivo* e pelo *interesse negativo*, razão pela qual se deve preliminarmente sublinhar os diversos sentidos funcionais das *perdas e danos*, cuja falta de compreensão pode levar a em resultados indesejados.

1.1 Delimitação conceitual da expressão *perdas e danos*

O conceito de *perdas e danos* é definido pela lei brasileira quando do tratamento do inadimplemento das obrigações, sendo também aplicável à responsabilidade aquiliana. Conforme dispõe o art. 402 CC, “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Embora ali se obtenha uma definição geral do conceito, não se pode olvidar que a expressão é referenciada pela legislação brasileira em inúmeras outras passagens, tanto no Código Civil, como no Código de Processo Civil, nem sempre com um único sentido.

Em verdade, a utilização de uma mesma terminologia justifica-se apenas por se referir a uma forma específica de prestação de indenização, consistente no pagamento de uma soma pecuniária. Para além desse dado comum, o conceito não é efetivamente unitário, tanto na sua função, como na sua composição. Explica-se.

A ideia de *perdas e danos* remete ao pagamento pecuniário devido como forma de indenização dos prejuízos causados pelo *evento lesivo*. Sendo este identificado na *falta de*

⁴¹⁴ Não é despidendo notar que, justamente quando do tratamento das perdas e danos é que a doutrina costuma dedicar-se também à exposição da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo*. Exemplificativamente, é o que se passa em: MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 480; SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., 2007, p. 175; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., p. 663 bem em MIRAGEM, Bruno. Direito Civil..., pp. 334-336.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, pp. 471-472.

⁴¹⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., pp. 653-654.

cumprimento da obrigação (art. 389 CC), diz-se que o *dever de indenizar* é típico dever secundário da relação obrigacional⁴¹⁷; se, contudo, decorrer da *infração a um dever geral de não causar danos* (art. 186 e 187 CC), ele nasce conjuntamente com o *evento lesivo*.⁴¹⁸

Em relação específica às *perdas e danos* devidas pela *falta de cumprimento*, em especial aquela que configura *inadimplemento absoluto* e a *mora* (art. 389 e 395, CC), distinguem-se com precisão as duas funções exercidas pelo pagamento pecuniário, chamadas por Judith Martins-Costa, à semelhança da classificação da cláusula penal, de funções compensatória e moratória das *perdas e danos*.⁴¹⁹

No caso de *inadimplemento absoluto*, na medida em que a prestação originalmente ajustada não possa mais ser cumprida ou, ainda que de fato possível, não mais satisfaça os interesses objetivos do credor (art. 395, parágrafo único, CC), confere-se ao lesado o pagamento do *equivalente* pecuniário aos prejuízos sofridos.⁴²⁰ Nesse caso, as *perdas e danos* devidas terão função *compensatória* ou *substitutiva* ao cumprimento.

Diferentemente se passa nos casos de *mora*, em que a obrigação continua sendo exigível e pode ser cumprida de forma útil ao credor, hipótese na qual as *perdas e danos* terão função *moratória* ou *complementar*, ou seja, servirão apenas para se agregar ao cumprimento tardio, apagando os efeitos do tempo.⁴²¹ É esse o sentido da determinação de pagamento “dos prejuízos a que sua mora der causa”, constante do art. 395, *caput*, CC.

⁴¹⁷ É o que defende, na doutrina portuguesa, Carlos Alberto da Mota Pinto: “(...) o direito do credor a ser indemnizado [é] um prolongamento ou continuação do direito de crédito infringido, juridicamente idêntico a este, apesar da modificação objectiva ocorrida (normalmente, a entrega duma quantia em dinheiro, em substituição ou ao lada da prestação originária”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. Cessão..., p. 427)

⁴¹⁸ Distinguindo as hipóteses, afirma Pontes de Miranda que: “a indenização pelo dano causado pelo fato ilícito (ato ilícito absoluto, ato-fato ilícito absoluto, fato ilícito *stricto sensu* absoluto), em que o dever e a obrigação são de indenizar, originalmente”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p.181, § 2.717).

⁴¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 470.

⁴²⁰ Os requisitos para a exigibilidade do pagamento de *perdas e danos* no lugar do cumprimento *in natura* serão analisados com maior atenção no Capítulo 6, dedicado ao estudo da falta de cumprimento. Por ora, diga-se com Caio Mario da Silva Pereira, que a ocorrência de descumprimento não converte, por si só, a obrigação em alternativa. O credor ainda pode demandar a *res debita*: “quando for possível, isso é, no caso de a prestação ainda ser viável, cabe ao credor persegui-la, e ao devedor executá-la, sem que lhes assista, em princípio, a conversão”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., Vol. II, pp. 372-373).

⁴²¹ Os qualificativos *moratório* e *compensatório* são análogos aqueles encontrados nas funções da cláusula penal, reguladas nos art. 411 e 410 CC, respectivamente. “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.” E “art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.”

Nada impede, ainda, que a indenização seja prestada parcialmente *in natura*, e complementada com perdas e danos *compensatórias* e *moratórias*.⁴²² Em suma, a chamada *situação hipotética sem o dano* pode ser reconstituída por diferentes formas – nem sempre puramente mediante indenização –, mas invariavelmente mantendo o mesmo resultado final que se pretendia alcançar.

Em síntese, a indenização funcionará ora como substituição ao cumprimento da obrigação, na hipótese de indenização pelo equivalente, ora como forma de “reparar os danos que *ainda ficaram*, apesar da execução coativa, da restauração *in natura* ou da resolução, em razão da mora”.⁴²³ Em ambos os casos, denominam-se *perdas e danos*.

Referindo-se a expressões que hoje são adotadas no BGB após a Reforma⁴²⁴, Pontes de Miranda defendia a distinção entre a indenização *ao lado da prestação* (indenização moratória) e indenização *no lugar da prestação* (indenização substitutiva ou compensatória).⁴²⁵ As nomenclaturas são bastante explicativas das diferentes funções exercidas por cada qual, daí porque passam a ser referenciadas no curso do trabalho.⁴²⁶

A apresentação das *perdas e danos* não se encerra, contudo, no reconhecimento dessa dualidade de funções. Isso porque, em algumas hipóteses, a lei se refere à prestação de um *equivalente pecuniário*, com nítida eficácia substitutiva, sem que se possa vislumbrar uma obrigação de indenizar ou de prestar *perdas e danos* em sentido estrito. É preciso, pois, distinguir essa eficácia daquele ora trabalhada.

Isso se passa, de forma exemplificativa, no regramento da obrigação de restituir pelo enriquecimento sem causa. Determina o legislador que, sendo a restituição *in natura*

⁴²² Sobre a inaptidão da tutela específica para reparar danos, seja por ser parcial, seja por não ser capaz de apagar os efeitos do tempo transcorrido até o cumprimento, vide MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., p. 661.

⁴²³ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, pp. 471-472. Na doutrina de Orlando Gomes, referidas funções das perdas e danos no contexto da responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação são chamadas de *indenização substitutiva* e *indenização complementar*, respectivamente. (GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª edição, revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 183).

⁴²⁴ Com a Reforma do Direito das Obrigações em 2002, o BGB adotou as expressões de reparação de danos *statt der Leistung* (no lugar da prestação) e *neben der Leistung* (ao lado da prestação), respectivamente nos §§ 281 e 286.

⁴²⁵ O tratadista se refere em mais de uma passagem à indenização que vem “*em lugar da prestação*” e, a segunda “*ao lado da prestação*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p.181, § 2.717 e Tomo XXIII, p. 192, § 2.809, por exemplo).

⁴²⁶ E, ainda que o tratadista faça expressa referência à existência dessa dupla função da expressão exclusivamente no âmbito da responsabilidade negocial, não se pode negar que há *perdas e danos* fora da responsabilidade negocial, cujo regramento e cuja função são em parte coincidentes. Em primeiro ponto, há de se anotar que o tratamento da mora também é aplicável às obrigações *ex delicto* (como dispõe o art. 398 CC). E, em segundo ponto, por mais que a indenização devida não seja propriamente resultado de uma conversão (na medida em que não há prestação originária), é certo que sua função é também *compensatória*, especialmente porque corresponde à prestação de um *equivalente pecuniário* ao dano sofrido.

impossível, o objeto deva ser restituído por “*seu valor à época em que foi exigido*” (art. 884 CC⁴²⁷), ou seja, pelo seu *equivalente*. Esse pagamento em dinheiro é inconfundível com a prestação de *perdas e danos*, na medida em não está em causa uma indenização.

Da mesma forma, o art. 182 CC⁴²⁸, fundamento legal da eficácia retroativa da decretação de invalidade, dispõe que as partes devem ser restituídas ao *status quo* e, caso isso não seja possível, sejam *indenizadas pelo equivalente*. A menção à indenização, relevante para afastar a hipótese do enriquecimento sem causa, refere-se, porém, ao efeito da *restituição* devida, e não efetivamente à prestação de uma *indenização*.⁴²⁹

Por fim, o sentido dual do termo *equivalente*, que ora diz respeito à reparação e ora à restituição, é perceptível no âmbito do remédio resolutivo. Admitido sem maiores controvérsias pela doutrina e jurisprudência que a resolução impõe a restituição do quanto prestado, o alcance do pagamento pecuniário devido (conquanto não seja possível a restituição *in natura*) dependerá também do regime aplicável a cada caso.

Assim, e forte nas lições de Claudio Michelin, nos casos de resolução *ex lege* (por impossibilidade de cumprimento não imputável ou onerosidade excessiva), a prestação do equivalente há de ser resolvida pelo direito restitutório. Neles, não há direito à indenização por *perdas e danos*, ainda que a restituição se dê pelo equivalente pecuniário.

Diferentemente se passa, porém, na resolução por descumprimento imputável, hipótese na qual tanto a restituição como a indenização poderão ser prestadas por *perdas e danos*, nos termos do art. 475 CC.⁴³⁰ Nas palavras de Michelin, “a possibilidade de

⁴²⁷ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

⁴²⁸ “Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

⁴²⁹ Seguindo a opinião doutrinária de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello enxerga a existência de ilícito em toda a invalidade, conferindo o caráter de sanção à sua decretação. Entende-se, contudo, que, para que haja efetiva *indenização* por danos causados pela invalidade, seja necessário que essa também se configure um *ilícito indenizante*, ou seja, que a causa da invalidade possa ser imputável a uma das partes. Sem essa imputação, haverá desconstituição do negócio jurídico, porém não dever de reparar os danos. Aliás, a própria distinção entre o ilícito invalidante e o ilícito indenizativo deixa claro que, no primeiro, a imposição realizada pelo ordenamento jurídico não é necessariamente a indenização, e sim a invalidade. (MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15ª edição revista. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254 e sg). Sobre a desnecessidade de aplicação das regras de enriquecimento sem causa à restituição por invalidade, mas, ainda assim, pela defesa da existência de aplicação do princípio de vedação do enriquecimento, vide NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, P. 392.

⁴³⁰ “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.”

desfazimento do enriquecimento por outro meio (no caso, a responsabilidade civil por ato ilícito) exclui o próprio suporte fático do enriquecimento sem causa”.⁴³¹

Dentro desse contexto heterogêneo, e na medida em que se está a trabalhar com conceitos ligados à *indenização*, deve-se compreender o sentido das *perdas e danos* (ou de um pagamento pelo *equivalente pecuniário*) de forma estrita, vinculado apenas às hipóteses em que estiver em causa o pagamento de um equivalente que substitua o *dano* ou o *prejuízo* sofrido pelo lesado. Trata-se, pois, do sentido adequado do vocábulo.

1.2 Rubricas indenizatórias: danos emergentes e lucros cessantes

Uma vez esclarecido que se tem consideração apenas obrigações pecuniárias que componham o suporte fático das *perdas e danos*, ou seja, que possuam cunho indenizatório, há de se analisar as rubricas que as compõem. São elas os *danos emergentes* e os *lucros cessantes* causados direta e imediatamente pelo *evento lesivo* (arts. 402 e 403, CC⁴³²), independentemente de serem ou não previsíveis na data da obrigação.⁴³³

A distinção entre ambas as rubricas não é isenta de dúvidas, sendo bastante controvertida. Não se vislumbra, porém, no Direito brasileiro, regras que torem a distinção imprescindível à reparação do dano, o que existe em outros ordenamentos. Significa dizer que, em abstrato, ambos serão sempre indenizáveis.⁴³⁴

Danos emergentes são usualmente identificados a perdas patrimoniais efetivamente havidas pelo lesado, daí porque não ser incomum sua identificação como um *dano positivo*.

⁴³¹ MICHELON JR., Cláudio. Direito restitutório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. Coleção biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 8, Coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

⁴³² “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.”

⁴³³ Alterando a regra anteriormente adotada no Código Civil de 1916 – a qual, por sua vez, embasava-se no art. 1.050 do Código Civil francês – o Código Civil de 2002 aproximou-se da solução alemã ao deixar de prever o requisito da previsibilidade do dano como pressuposto da sua reparação. A regra é, portanto, a reparação de todos os danos diretos e imediatos decorrentes do ilícito, independente de sua previsibilidade. Nesse sentido a lição de Jorge Cesa Ferreira da Silva: “vige, portanto, relativamente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, o princípio geral da reparação integral, independentemente da previsibilidade”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento..., p. 166).

⁴³⁴ Diferentemente, se passa, por exemplo, na CISG em que há disposições prevendo a indenização apenas de *danos emergentes* e não de *lucros cessantes*. Vide por exemplo a lição de Ingeborg Schwenzer: “geralmente, ambos os tipos de perda são tratados da mesma forma. No entanto, quando o comprador omite-se em dar notícia da falta de conformidade – mesmo quando tenha uma desculpa razoável – de acordo com o art. 44, ele não pode pleitear lucros cessantes”. (SCHWENZER, Ingeborg. IN: SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Vera; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coords.). Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1121, Art. 74).

Abrangem tanto a diminuição do ativo como o aumento do passivo,⁴³⁵ podendo surgir com a ocorrência do *evento lesivo* ou mesmo posteriormente e ele.⁴³⁶

Os *lucros cessantes*, por sua vez, correspondem àquilo que o credor razoavelmente deixou de ganhar. Sua indenização pode se referir a um lucro obstado, o qual já vinha ocorrendo ou ocorreu anteriormente ao ilícito, mas também a uma vantagem que se esperava lícitamente obter, e que ficou por satisfazer.

Malgrado a nomenclatura, é de se convir que os *lucros cessantes* nem sempre serão *cessantes*, assim como nem sempre poderão ser considerados como *lucro* no sentido contábil do termo, como bem ensina Gisela Cruz Sampaio Guedes.⁴³⁷ Afinal, a indenização por eles prestada pode não se confundir com o conteúdo *contábil* de lucro, assim como pode representar o pagamento de uma vantagem não existente preteritamente e, portanto, que não *cessou* em sentido técnico. De toda sorte, e por representarem ganhos obstados, são comumente referenciados como *danos negativos*.

As expressões *danos positivos* e *danos negativos*, empregadas em referência às rubricas indenizatórias que compõem a indenização por *perdas e danos*⁴³⁸, não se confundem com os conceitos de *interesse positivo* e de *interesse negativo* aqui trabalhados.⁴³⁹ É de se evitá-las, até mesmo porque não se vislumbra nenhuma ligação (ou limitação) aos componentes do *par conceitual*.⁴⁴⁰

Com efeito, a distinção entre o *interesse positivo* e o *negativo* não se presta a limitar a indenização mediante um confinamento das rubricas indenizáveis em cada hipótese.

⁴³⁵ ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 174.

⁴³⁶ Afasta-se, conforme bem elucida Gisela Sampaio da Cruz Guedes, a identificação dos danos emergentes a perdas efetivamente sofridas, como se houvesse uma definição temporal do conceito em contraposição aos lucros cessantes. Há danos presentes e futuros reconduzíveis à categoria de danos emergentes, como se dá no singelo exemplo de despesas médicas ainda não havidas, causadas diretamente por um ato ilícito. A autora também afasta a distinção entre ambos pelo critério econômico, ou seja, como se o dano emergente fosse aquele a atingir bens sobre os quais o lesado já pode dispor, e os lucros cessantes, interesses ainda não disponíveis (CRUZ, Gisela Sampaio. O problema..., pp. 58-64).

⁴³⁷ A autora refere-se a lucro no sentido estrito da palavra, ou seja, como a ideia de ganhos provenientes de uma atividade. O lesado pode exigir *lucros cessantes* ainda que não exerça qualquer atividade econômica. (CRUZ, Gisela Sampaio. O problema..., p. 73).

⁴³⁸ Referindo-se ao dano positivo como dano emergente e ao dano negativo como lucro cessante vide, dentre outros, DINIZ, Maria Helena. Curso..., 2008, p. 412, e BARROS MONTEIRO, Washington e MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito Civil..., p. 409.

⁴³⁹ A utilização não técnica dos conceitos é, no entanto, recorrente. Exemplificativamente, faz-se menção à identificação realizada na obra de Pontes de Miranda, em que o tratadista (em um raro momento de imprecisão), liga impropriamente o *lucrum cessans* ao conceito de interesse negativo. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p. 213).

⁴⁴⁰ Cf. Vaz Serra: “a distinção entre interesse positivo e interesse negativo não deve confundir-se com a distinção entre *dano positivo* ou *emergente* e *lucro cessante*” (VAZ SERRA, Adriano. Obrigação de indemnização..., p. 21).

Assim, tanto a indenização devida pelo *interesse positivo* como pelo *interesse negativo* abrangerá (potencialmente) danos emergentes e lucros cessantes.

A afirmação conduz a duas conclusões parciais, necessárias para que se prossiga o estudo. Primeiramente, o fato de serem compostos pelas mesmas rubricas indenizatórias não indica que ambas sejam calculadas da mesma forma. Ora, o parâmetro indenizatório (ou o sentido a indenização) é que irá lhe conferir seus contornos.

Em segundo ponto, e exatamente porque é imprescindível a comprovação da existência e da extensão dos danos sofridos,⁴⁴¹ na prática será possível que haja graus de dificuldade de prova diversos, a depender do *interesse* concreto reparável. Não se trata, porém, de uma delimitação apriorística da possibilidade de sua indenização.

Resta, então, para compreender o alcance da afirmação, analisar a composição indenizatória do *interesse positivo* e do *interesse negativo*.

2. Composição da indenização medida pelo interesse positivo

A indenização pelo *interesse positivo* tem como objetivo reconduzir o lesado à situação em que ele estaria se o contrato houvesse sido integral e adequadamente cumprido. Dirige-se, portanto, a um *status ad quem* e não propriamente à volta ao estado anterior, pois ao credor é conferido algo que não chegou a possuir antes.⁴⁴²

A afirmação não desconsidera que o direito de crédito contratual pertence à esfera do credor antes mesmo de ser exigível ou da ocorrência do descumprimento.⁴⁴³ Em que pese isso, haveria de se convir que o conteúdo desse direito volta-se à exigibilidade um comportamento do devedor e, nessa justa medida, que sua satisfação coercitiva equivale a um *status ad quem*, e não *ao estado anterior ao evento lesivo*.

O reconhecimento de tutela desse direcionamento indenizatório está intimamente ligado à proteção jurídica conferida à eficácia vinculante do contrato. Não é despidendo

⁴⁴¹ Exceção feita, naturalmente, às hipóteses em que se admite a presunção do dano, como se passa de forma exemplificativa na reparação por juros de mora ou na previsão de multa contratual.

⁴⁴² Consoante já se afirmou (item 4.2, Capítulo 2), essa uma das grandes contribuições do artigo de Fuller e Perdue, não apenas no âmbito da *common law*, à forma pela qual se enxerga o problema do cumprimento do contrato e da prestação do *expectation interest*. Analisando a fundo a questão, os autores propõem que o ordenamento jurídico protege tal direito à prestação por uma dupla razão: tanto para prevenir danos à confiança comercial, como para facilitar que esses danos sejam recobráveis conferindo ao credor algo que ele não tinha ainda. (FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance..., pp. 52-53).

⁴⁴³ O direito de crédito existe antes mesmo de ser exigível. Há direito, mas não há pretensão. Ou, do ponto de vista do credor, “há o dever, e não há a obrigação. (...) Quem deve e não é obrigado não pode ser constrangido a adimplir, nem sofre as *consequências do inadimplemento*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 5, § 3.102).

notar que a indenização do *interesse positivo* decorre, em regra, da *falta de cumprimento*, precipuamente da falta da prestação contratualmente ajustada, pressupondo tanto a existência válida do pacto⁴⁴⁴ como seu descumprimento imputável ao devedor.⁴⁴⁵

Essa ligação, obtida pela aplicação do *primeiro filtro* de análise proposto (vide item 4, Capítulo 3), pode ser excepcionada pela indenização do *interesse positivo* fora dos limites da responsabilidade pelo descumprimento obrigacional.⁴⁴⁶

Independentemente da hipótese lesiva que justifique a indenização direcionada ao *interesse positivo*, o resultado obtido será fundamentalmente idêntico: reconduz-se o lesado à situação de cumprimento do contrato.⁴⁴⁷ Sob essa ótica, identifica-se esse *interesse* à noção de *cumprimento*, cuja composição é o objeto de estudo desse tópico.

Para facilitar a exposição que segue, toma-se como paradigma o contrato de compra e venda e, portanto, circunscreve-se a análise à tutela das obrigações de dar.

2.1 A recolocação do lesado na situação de cumprimento do contrato

Recolocar o lesado na situação de cumprimento do negócio jurídico pressupõe que ele receba a vantagem esperada pelo cumprimento do contrato. Da mesma forma, e no caso de contratos sinalagmáticos, a obtenção dessa vantagem liga-se à manutenção da contraprestação à qual o lesado se obrigou. Assim não fosse, faltaria a *causa* adequada à indenização pleiteada.

Não é ocasional que se faça referência ao pagamento de uma prestação indenizatória como substituto do cumprimento. Muito embora o credor possa obter resultado análogo exigindo a obrigação *in natura*, sua execução coercitiva não se confunde com indenização.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Ao menos em relação aos deveres de prestação, parece ser indiscutível que sua violação somente é assim qualificada se houver a validade do contrato. O mesmo, contudo, não se mostra cabível aos deveres de proteção, cuja existência é desvinculada da validade do contrato. Sobre o tema, remete-se novamente o leitor à relevante contribuição de CANARIS, Claus-Wilhelm. Ansprüche..., p. 475 e sg.

⁴⁴⁵ A noção de descumprimento, ao menos se entendido como aquele que gera o dever de reparar, pressupõe a imputação da falta ao devedor, seja ou não por culpa. Assim, por exemplo, a lição de Antunes Varela, para quem “só nos casos de não cumprimento imputável ao obrigado se pode rigorosamente falar em *falta de cumprimento*” (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. II, p. 63). Chegando à mesma conclusão, porém entendendo cabível uma noção de descumprimento vinculada à falta objetiva da prestação, sendo de se distinguir a imputação apenas no nível dos seus efeitos, SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 33.

⁴⁴⁶ Remete-se o leitor ao Capítulo 5, especificamente ao item 3.2 e Capítulo 6, item 5.

⁴⁴⁷ Foi justamente a unidade de resultado, reitera-se, que justificou e possibilitou a definição aproximativa do conceito, realizada no item 4.3, Capítulo 1.

⁴⁴⁸ Também não se deve confundir, como se tem sustentando, a restituição ou ressarcimento em forma específica e a tutela do adimplemento específico, ou de cumprimento coercitivo da prestação. Esse último não é uma forma de indenização. Nesse sentido, elucidativa a lição de Massimo Bianca: “o ressarcimento na forma específica, em verdade, é sempre uma forma de ‘ressarcimento’, e assim um ato de *reintegração do interesse*

E, como se demonstrou, os *interesses positivo e negativo* circunscrevem-se ao *id quod interest*, ou seja, delimitam-se à reparação de danos.⁴⁴⁹

No âmbito contratual, a indenização pela falta de cumprimento identifica-se – ainda que não sem críticas – a um *dever secundário*, obtido pela conversão de conteúdo primário do dever de prestar na obrigação de indenização.⁴⁵⁰ A ele se refere a doutrina civilista como *sucedâneo* do dever principal de prestação⁴⁵¹, como *subsequente* ao inadimplemento⁴⁵² ou até mesmo como um *prolongamento* do direito de crédito.⁴⁵³

Sem desconsiderar essa vinculação, é de se notar que o *dever de indenizar* possui natureza distinta do *dever de prestar*, na medida em que o conteúdo por ele representado é nitidamente indenizatório, característica não encontrada no dever primário de prestação.⁴⁵⁴ E, assim, identifica-se plenamente à prestação de *perdas e danos*.

As perdas e danos que reconduzem o lesado à situação de *cumprimento* –, e que compõem, portanto, a indenização direcionada ao *interesse positivo* –, tomam como parâmetro todos os danos sofridos pelo credor da indenização, os quais não se limitam e não se confundem com a falta objetiva de cumprimento da prestação.

lesado por meio de uma prestação diversa e sucedânea em relação àquela prevista na obrigação. (BIANCA, Massimo. Commentario..., p. 315).

⁴⁴⁹ “O inadimplemento converte a prestação no *id quod interest*, isto é, torna-se o devedor obrigado pela reparação de *perdas e danos*”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., vol. II, p. 371).

⁴⁵⁰ Assim afirma Orlando Gomes: “(...) o conteúdo do direito de crédito se altera, convertendo-se em *prestação de indenização*. A prestação originária é substituída por outra equivalente, satisfazendo-se em dinheiro”. (GOMES, Orlando. Obrigações..., p.184). A existência de dois momentos distintos é usualmente ligada à distinção alemã entre *Schuld* (obrigação) e *Haftung* (responsabilidade), pela qual haveria duas relações creditórias distintas e autônomas. Apontando os desacertos dessa distinção, e assim propondo uma teoria unitária da relação obrigacional (ainda que com alteração do conteúdo do seu dever “através das vicissitudes a que o vínculo obrigacional está sujeito”), Antunes Varella é expresso em qualificar o dever de indenizar como um *dever secundário*, relacionando à prestação *substitutiva* ou *complementar* da obrigação principal. (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. I, p. 122 e pp. 153-157).

⁴⁵¹ PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2003, p. 193.

⁴⁵² ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. II, p. 93.

⁴⁵³ É o que defende, na doutrina portuguesa, Carlos Alberto da Mota Pinto, supracitado (NR 417). Aceitando a existência de uma “identidade” entre eles, mas negando peremptoriamente que o dever de indenizar seja uma continuação do direito à prestação, vide MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1500.

⁴⁵⁴ Não se desconhece a existência de relevante doutrina a sustentar a inexistência desse prolongamento do dever de prestar convertido em dever de reparar, para a qual também não haveria sentido distinguir a responsabilidade civil por sua origem, ou seja, a responsabilidade contratual e extracontratual. Nesse sentido, por exemplo, o entendimento de Fabio Konder Comparato, o qual é expresso em afirmar a dicotomia entre o dever contratual e o prejuízo: “afinal, uma coisa é a prestação prometida pelo devedor e por ele não cumprida; outra coisa é o montante a pagar à outra parte como ressarcimento do dano causado pelo inadimplemento” (COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências. In: Direito empresarial. Estudos e pareceres. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 371-372). De fato, ambos são inconfundíveis, mas o *equivalente* ao prejuízo que compõe a reparação dos danos contratuais, não deixa de se ligar ao contrato e, de certa forma, ser indissociável dele.

É esse, com efeito, o sentido da avaliação concreta de prejuízos, instrumentalizada pela *teoria da diferença*⁴⁵⁵ e adequada à função compensatória da responsabilidade civil (item 2.4, Capítulo 3). Em outras palavras, a *situação hipotética* de cumprimento será composta de maneira variável a depender dos danos concretamente sofridos por aquele credor específico, ainda que se possa vislumbrar uma composição abstrata prévia.

A forma de composição dessa indenização não vem definida de forma direta pela lei brasileira, o mesmo se passando com o mandamento de que esse deva ser realizado concretamente⁴⁵⁶ – ambos, porém, passíveis de ser indiretamente extraídos do art. 944 CC –, resultando desse espaço em aberto a relevante vantagem de se adotar o critério comparativo de situações jurídicas fomentado pelo *interesse positivo*.⁴⁵⁷

Pedindo-se licença para tratar *in abstracto* algo que somente é aferível *in concreto*, a questão chave que se coloca diz respeito justamente ao alcance da indenização devida para que o lesado seja reconduzido à situação hipotética de cumprimento do contrato.

Em linhas gerais, terá ele direito a ser indenizado pela falta objetiva da prestação que não foi cumprida – ao que corresponde ao seu direito de crédito –, bem como por todos os demais danos que a falta lhe causou. A indenização pelo *equivalente* pecuniário representa um conjunto unitário e a integralidade dos danos.⁴⁵⁸

A possibilidade de exigir reparação dos *prejuízos* causados pelo inadimplemento (art. 389 e art. 395, parágrafo único CC), é fundamento suficiente à reparação de todos os

⁴⁵⁵ A avaliação concreta não se confunde com a delimitação do dano indenizável ao prejuízo concreto sofrido por um bem jurídico. Este é limitador da abrangência da responsabilidade civil; o primeiro, entende-se, é essencial para uma adequada composição da relação jurídica de reparação, na medida em que permite reconstruir a situação hipotética em que o lesado estaria em o evento danoso. No sentido do texto, elucidativa a afirmação de Vaz Serra: “a avaliação do dano pode ser *abstracta* ou *concreta*, conforme se atende ao valor objetivo do bem atingido pelo facto ou ao valor que este bem tinha no patrimônio do lesado. (VAZ SERRA, Adriano. Obrigação..., pp. 66-67).

⁴⁵⁶ É possível extrair indiretamente essa função do conteúdo do parágrafo único do art. 952 o qual, referindo-se à indenização pelo equivalente pecuniário da coisa esbulhada ou usurpada que deixou de existir, determina sua valoração tanto pelo valor ordinário como pelo valor de afeição, desde que não se avante a àquele.

⁴⁵⁷ Em outros ordenamentos, do qual é elucidativo o Direito português, a análise concreta ou subjetiva dos prejuízos é mais facilmente inferida dos termos da lei. Assim, por exemplo, o já citado art. 566º do Código Civil lusitano determina o cálculo da indenização pecuniária pela comparação entre a situação real do lesado e aquela que estaria sem o evento lesivo, na data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal. A adoção desse parâmetro permite que se abranjam tanto danos emergentes como lucros cessantes, uma vez que todas as circunstâncias cabíveis nesse interregno (e desde que preenchido o critério da causalidade) são por ele recobertas. Da mesma forma, e como aponta Mário Júlio de Almeida Costa, o dispositivo permite a *compensação de vantagens*, ou seja, a compensação de eventuais lucros que resultarem ao lesado pela falta de cumprimento. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações..., pp. 778-779).

⁴⁵⁸ No mesmo sentido, a afirmação de Judith Martins-Costa, da qual se destaca a distinção entre a prestação do equivalente à prestação e do equivalente ao dano: “Os danos resultantes do inadimplemento conduzem a uma espécie de prestação substitutiva, qual seja, a obrigação de indenizar” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 110).

prejuízos sofridos. Embora essa indenização seja externamente unitária⁴⁵⁹, internamente ela se compõe por dois elementos diversos e complementares.

Nesse sentido é, por exemplo, a lição de Pontes de Miranda, o qual afirma textualmente o caráter unitário da indenização pelo inadimplemento e, ao mesmo tempo, distingue a sua composição interna entre indenização *no lugar* da prestação em si considerada e a indenização pela *mora*, que vem *ao lado* daquela: o lesado tem direito à “indenização pelo inadimplemento *mais* as perdas e danos decorrentes da mora”.⁴⁶⁰

Sob a ótica da primeira expressão (danos *no lugar da prestação*), entende-se a indenização pela qual o lesado tem direito de ser indenizado pela falta de cumprimento da prestação. Fala-se em *perdas e danos* substitutivas ou efetivamente *no lugar* do cumprimento, em íntima conexão aos danos causados pela ausência da prestação.

Ao lado de tal indenização e, repita-se, ainda que mantida uma unidade exterior, indenizam-se os demais prejuízos que não se confundem com o não cumprimento definitivo da prestação em si considerada. Esses, que vêm *ao lado* daquele, são nitidamente complementares (também chamados de *perdas e danos* moratórios), tendo como função primordial apagar os efeitos do recebimento a destempo pelo credor.

Esses últimos podem ser prestados tanto em conjunto com a indenização substitutiva da prestação, como também em conjunto com o cumprimento *in natura*. Somente no primeiro caso é que, de certa forma, são abarcadas pelo conjunto indenizatório – afinal, a indenização é unitária – sendo autônomos no segundo.

A indenização pelo *interesse positivo* abrange a ambos (*no lugar* e *ao lado*), mas é tipicamente representada pelo primeiro, o qual tem referência direta a uma indenização

⁴⁵⁹ “Cumpra advertir em que a prestação oriunda da incidência do art. 956, parágrafo único [art. 395, parágrafo único CC], é *unitária* (indenização em lugar da prestação *mais* indenização pela mora). É como todo, por exemplo, que entra em todos os raciocínios, *e.g.*, na compensação, nas impugnações”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 195, § 2.809).

⁴⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXIII, p. 179 e 194, § 2.809. Uma divisão análoga é perceptível (com peculiaridades) no Direito alemão, especialmente após a Reforma de 2002, pela qual se adotou uma sistemática legal de reparação de danos que distingue os danos *no lugar da prestação* (§§ 280 I e 281 BGB) e aqueles *ao lado dela* (§ 286 BGB). Sendo possível ao credor demandar danos *no lugar da prestação*, poderá (ou deverá) cumular ao seu pedido a indenização dos danos moratórios, os quais são devidos por força de outro dispositivo legal. A distinção alemã fundamenta-se no momento em que o descumprimento se torna definitivo: antes dele, os danos são moratórios, após, decorrem da falta de cumprimento. Isso permite que a mesma rubrica – por exemplo, os danos emergentes com o aluguel de um veículo em substituição – seja indenizável com base em dois fundamentos distintos, a depender do momento em que ocorram. (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. Schuldrecht I..., p. 241). Não parece que essa solução seja adequada ao Direito brasileiro, uma vez que a menção à indenização por prejuízos constante do art. 389 CC permite que o credor recobre todos os danos sofridos, inclusive os moratórios havidos antes do inadimplemento absoluto, sem socorro ao art. 395, *caput*, CC.

substitutiva do cumprimento. Na doutrina alemã, por exemplo, não é incomum identificar a sinonímia entre os danos *no lugar da prestação* e o *interesse positivo*.⁴⁶¹

Essa distinção *interna* – e meramente didática – é relevante para sublinhar que a indenização pela falta de cumprimento não pode ser confundida com a simples prestação em pecúnia da prestação descumprida. E isso por um duplo motivo.

Em primeiro ponto, porque ao cumprimento da prestação aderem-se também danos moratórios, não abrangidos pela noção de equivalente pecuniário da prestação. Em segundo ponto, e mais relevante ainda, porque o conteúdo compensatório (e indenizatório) diz respeito aos danos causados, e não apenas à falta objetiva da prestação.

Mais adequado, portanto, compreender o *interesse positivo* como a síntese da indenização que *economicamente* conduza o lesado à situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido,⁴⁶² algo que transcende (em potencial) uma indenização que apenas *substitua* a prestação em sentido estrito.

O *interesse positivo* corresponde, sob essa ótica, ao equivalente dos danos concretamente sofridos pelo lesado, os quais são indenizados como um todo unitário.

Dito isso, permite-se discordar em parte da afirmação de Gisela Cruz Sampaio Guedes, para quem a composição do *interesse positivo* não suscita maiores controvérsias em comparação com a do *interesse negativo*.⁴⁶³ É verdade que as dificuldades são diversas, mas elas se mostram igualmente complexas no seu tratamento.

A indenização pelo *interesse positivo*, mais especificamente quando vinculada à falta de cumprimento, é tema trabalhado de forma heterogênea, tanto pela doutrina como pela jurisprudência brasileiras, havendo diversos nós a desatar. A situação é paradoxal, considerada a centralidade do tema no Direito das Obrigações.

Para a obtenção de resultados que se consideram mais seguros – embora não definitivos, solução que seria incompatível com a fluidez da responsabilidade civil –, propõe-se analisar os danos que compõem o *interesse positivo* a partir da divisão interna acima realizada: de um lado, a prestação pecuniária que *equivale* à falta da prestação e, de outro, a indenização que a complementa, voltada à reparação dos prejuízos moratórios.

⁴⁶¹ PALANDT/Grünberg. Bürgerliches..., p. 399 (§ 281). No mesmo sentido a lição de Volker Emmerich, para quem a pretensão de danos pelo § 281 (e não a do § 286 BGB) é a prestação do *interesse positivo*. Antes da Reforma, referia-se ao “dano do não cumprimento” e não ao “dano no lugar da prestação”. (EMMERICH, Volker. Das Recht..., p. 197).

⁴⁶² É essa a definição do interesse positivo de LARENZ, Karl. Lehrbuch..., § 22 I, p. 340.

⁴⁶³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 142.

2.2 Perdas e danos que substituem o cumprimento (e a prestação)

O dano em potencial mais característico da falta de cumprimento, assim como do *interesse positivo*, corresponde ao não recebimento da prestação na qual se confiou. Se o descumprimento for tal que impossibilite o credor de receber a prestação *in natura* (v. item 2.2.2, Capítulo 6), abre-se lugar às chamadas perdas e danos *no lugar da prestação*.

Sob essa rubrica, o lesado será indenizado pelo *equivalente* pecuniário à prestação que não se cumpriu e pelos demais danos sofridos pela falta de seu cumprimento, derivados da ausência de entrega definitiva da prestação ajustada.

Caso a obrigação ajustada seja originalmente pecuniária, o seu cumprimento não suscitará maiores controvérsias. É, pois, nas obrigações *in natura* que precisam ser convertidas a um valor pecuniário que o problema indenizatório se coloca, pois é nelas efetivamente se pode falar em uma indenização pecuniária substitutiva.

Antes de se prosseguir, contudo, imprescindível realizar um recorte dos tipos contratuais a ser analisados. Isso porque nem todos os pactos – e nem todas as prestações contratuais – podem ser objeto de uma efetiva *conversão* em termos pecuniários, ainda que isso não signifique negar o direito à indenização pela falta de cumprimento.

Há pactos que envolvem, por exemplo, a realização de uma atividade empresarial. Embora haja neles prestação e contraprestação, a verdade é que não há um conteúdo prestacional que possa ser isolado e, muito menos, objeto de uma conversão em termos patrimoniais. Ou, ainda que possível, essa transformação não é tão simples.

É o que esse passa, com evidência, em contratos que envolvam uma licença de exploração de marca (p. ex. *franchising*), uma parceria empresarial complexa (p. ex. *joint venture*) ou mesmo a prestação de um serviço em forma de *empresa* (p. ex. *representação comercial*). Neles, a noção de recondução à situação de cumprimento confunde-se com a própria manutenção do contrato, nos termos ajustados.

É possível que as partes ajustem uma *garantia* de lucratividade ou mesmo um prazo de vigência determinado para sua manutenção, hipóteses nas quais se poderia aventar o cálculo do “equivalente” à prestação.⁴⁶⁴ Mas, especialmente para se poder traçar um panorama geral da composição do *interesse positivo*, prefere-se delimitar o estudo de contratos mais simples, que envolvam uma prestação correspectiva de *dar* ou de *fazer*.

⁴⁶⁴ No caso de contratos por tempo determinado, o contratante lesado tem direito ao recebimento do *lucro* esperado durante todo o prazo contratual ajustado, o mesmo se passando quando há uma garantia de lucratividade inerente ao pacto. A mesma lógica não é aplicável a contratos com prazo indeterminado.

Neles, a percepção do conteúdo da prestação e a própria possibilidade de cálculo do seu equivalente mostram-se mais facilmente compreendidas. O credor tem direito a receber o *bem* adquirido ou a ver prestado o *serviço* contratado, mediante pagamento de um preço em dinheiro ou outra espécie; na falta de cumprimento *in natura*, deverá receber uma indenização substitutiva desse mesmo *bem* ou desse mesmo *serviço*.

Isso delimitado: como se compõe a indenização pela falta de recebimento da prestação?

2.2.1 O equivalente pecuniário à prestação descumprida: especificamente nas obrigações de dar

Primeiro tópico a ser estudado refere-se à composição da indenização devida pela falta de cumprimento da obrigação de *dar*, cujas notas distintivas (legais e práticas) tornam necessário um tratamento apartado. A compreensão do tema é melhor realizada à luz do contrato de compra e venda, que se toma como paradigma das linhas que seguem.

Preliminarmente, pode-se dizer que a falta de cumprimento da prestação é, por si só, um dano potencialmente indenizável. O credor, afinal, tem direito ao cumprimento e, caso este não seja mais possível *in natura*, pode exigir a prestação de seu equivalente pecuniário.

Não há dúvidas de que essa reparação é realizada por uma prestação indenizatória, *pecuniária* e *substitutiva* à originalmente ajustada.⁴⁶⁵ Também não suscita maiores controvérsias o fato de que essas características permitem denominá-la de *perdas e danos*. Há, contudo, considerações imprescindíveis à sua adequada compreensão.

Especificamente nas obrigações de *dar*, nota-se que o Código Civil se refere à noção do *equivalente* quando do tratamento dessa modalidade de obrigação expressamente a distinguindo de outras *perdas e danos* (art. 234, CC).⁴⁶⁶ Tornada impossível a obrigação por culpa (*rectius*, por ato imputável) do devedor esse “responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos” (art. 234, parte final, grifou-se).

O legislador não faz referência às *perdas e danos* no lugar da prestação e, sim, ao *equivalente* da prestação acrescido de *perdas e danos*. O mesmo tratamento dicotômico se repete quando do tratamento da execução de dar coisa certa no CPC. Com efeito, não sendo

⁴⁶⁵ Abstraindo-se, portanto, a possibilidade de que a reparação seja também prestada *in natura*, situação que não se confunde com o cumprimento coercitivo *in natura* e que se insere também no âmbito indenizatório e substitutivo.

⁴⁶⁶ “Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.”

possível a entrega do bem infungível, o credor tem “direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa” (art. 627, CPC/73⁴⁶⁷). O *valor da coisa* está para o *equivalente* da obrigação impossível do art. 234 CC. A ele, somam-se *perdas e danos*.

Em que pese as redações dos dispositivos, na prática, a prestação substitutiva é referenciada pela doutrina e pela jurisprudência como única: refere-se, de forma geral e genérica, à *conversão em perdas e danos*.⁴⁶⁸ E, de fato, ela é externamente unitária, ainda que internamente composta pelo *equivalente à prestação* e demais prejuízos.

Um emprego largo da expressão *perdas e danos* é encontrado no âmbito das tutelas de dar, fazer e não fazer, também no Código de Processo Civil. Ali, determina-se que, impossível ou inútil a prestação *in natura*, ela seja convertida em prestação pecuniária (art. 461, § 1º CPC/73),⁴⁶⁹ orientação mantida pelo NCPC (art. 499 NCPC).⁴⁷⁰

A contradição entre os dispositivos é apenas aparente: tanto a prestação do equivalente como as demais perdas e danos devidas pela *impossibilidade* do cumprimento *in natura* são perdas e danos em sentido largo. O tratamento especificado realizado no âmbito do direito dos contratos, contudo, permite anotar que, dentre os prejuízos causados pela falta de cumprimento, destaca-se a falta objetiva da prestação.

Não se pode perder de vista que o regramento processual é aplicável ao cumprimento de toda e qualquer obrigação, delitual ou negocial.⁴⁷¹ Trata-se de uma formulação genérica, a qual é adequadamente complementada com regras específicas da obrigação que se pretende cumprir. Dentre elas, o adimplemento da prestação contratual.

⁴⁶⁷ Art. 627 CPC/73. O credor tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando esta não lhe for entregue, se deteriorou, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente. Correspondente ao art. 809 NCPC: O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.

⁴⁶⁸ Exemplificativamente, é sob esse título que Cássio Scarpinella Bueno trabalha o conteúdo do dispositivo. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional e executiva. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 475.

⁴⁶⁹ “Art. 461, § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. A expressão “conversão em perdas e danos” adotada pelo CPC é recorrente na jurisprudência brasileira. Vide, por todos o seguinte excerto: “(...) 2. Tendo em vista a impossibilidade de outorga da escritura de compra e venda, possível a conversão da obrigação em indenização por perdas e danos. (...)”. (STJ, AgRg no REsp 1540897/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015).

⁴⁷⁰ “Art. 499 NCPC. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

⁴⁷¹ “(...) como a tutela *ex art. 461* não se restringe às prestações de fato com caráter obrigacional, as balizas substanciais aqui consideradas não se limitam às tradicionalmente fixadas nos estudos de direito civil (...)” (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Art. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). São Paulo: RT, 2003, p. 327).

A utilização da expressão *perdas e danos* em sentido largo no art. 499 NCPC não passou despercebida de parte da doutrina processualista. Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, por exemplo, a expressão deveria “(...) equivaler apenas ao valor do dano e não ao valor da prestação inadimplida”.⁴⁷²

Dogmaticamente, não parece plausível distinguir-se de forma absoluta o *dano* e a *prestação não cumprida*, como propõem os autores. Afinal, a falta de cumprimento é um dano indenizável de *per se* e a demanda pela falta de cumprimento, quando indenizatória, volta-se sempre e inevitavelmente à reparação de um dano.

Ainda assim, sua proposição é relevante e não deve ser ignorada, mostrando-se extremamente útil ao adequado alcance da indenização do *interesse positivo*. A recondução do lesado à situação de cumprimento do contrato pressupõe que se ele possa exigir o equivalente da prestação descumprida, dentre outros prejuízos.⁴⁷³

A distinção também permite anotar que a lógica que autoriza a indenização do *equivalente* da prestação é diversa daquela ligada ao pagamento das demais *perdas e danos* havidas em decorrência da falta de cumprimento. Há um sentido prático de realizar a distinção entre ambas, o que vai muito além de uma questão puramente terminológica.

Ora, o credor que demanda o cumprimento tem direito à vantagem esperada do contrato, no que se inclui de maneira evidente o direito ao recebimento da prestação ajustada. A possibilidade de exigir sua conversão em pecúnia decorre direta e imediatamente do fato do inadimplemento, o qual é fundamento suficiente para tanto.

Não se mostra cabível exigir uma prova específica da ocorrência de um *dano emergente* ou de um *lucro cessante* como pressuposto para que o credor possa exigir a vantagem que legitimamente esperava obter da prestação ajustada, ainda que pelo seu *equivalente* pecuniário. A inserção de requisitos de prova seria, aliás, mesmo contrária ao mandamento – nas obrigações de dar – que determina a indenização do equivalente.

Não se pretende desconsiderar, em absoluto, que a responsabilidade contratual pressuponha o preenchimento dos pressupostos de reparação de danos. Ocorre que esses requisitos não podem ser tomados como exigências para a comprovação de um dano que, de *per se*, decorre e confunde-se com o próprio inadimplemento da obrigação.

⁴⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. São Paulo: RT, 2015, p. 844.

⁴⁷³ A lição, aliás, pode ser qualificada como incontestada. Nesse sentido, vide Maria Helena Diniz: “havendo inexecução da obrigação, o prejudicado terá direito a uma reparação que possibilite reequilibrar a sua posição jurídica, ressarcindo-lhe todos os prejuízos, mediante a estimação das perdas e danos, realizando-se, então, a composição por meio de certa quantia em dinheiro, correspondente ao valor da prestação descumprida e dos danos sofridos com esse inadimplemento.” (DINIZ, Maria Helena. Curso..., p. 411).

Em outras palavras, a conversão da obrigação descumprida em obrigação pecuniária, ainda que tenha cunho indenizatório e seja prestada por *perdas e danos*, possui notas distintivas em relação ao regramento geral dos danos emergentes e dos lucros cessantes. São *perdas e danos* que se permitem qualificar como “*sui generis*”.

Tome-se como exemplo a já mencionada controvérsia quanto ao inadimplemento de compromissos de compra e venda de imóveis por parte do vendedor. Na impossibilidade de entrega do imóvel – como no caso de ter sido revendido a terceiros, ou nem sequer construído – a condenação ao cumprimento do *equivalente* (quando admitida) é usualmente calculada de forma abstrata, pelo *preço atual do bem* (ou similar).

Como, em regra, o bem imóvel sofre valorização com o tempo, o preço pago pelo comprador costuma ser inferior à vantagem econômica que obtém pelo equivalente. Nesses casos, ele mantém sua contraprestação, mas recebe uma prestação valorizada que corresponde, contudo, à prestação que receberia se houvesse cumprimento *in natura*.

Não há maiores controvérsias de que o equivalente, neste caso específico e desde que não haja parâmetro contratual diverso, deva ser calculado à data da condenação ou da liquidação.⁴⁷⁴ A lógica da conversão é permitir ao credor a aquisição de um bem equivalente àquele que lhe era devido. É discutível, porém, se esse pagamento seria qualificável como um *lucro cessante*⁴⁷⁵ ou, ao contrário, se seria um *dano emergente*.⁴⁷⁶

Na doutrina italiana, Massimo Bianca considera a *perda da prestação* – no que se inclui o valor necessário à obtenção do mesmo bem de igual valor ou similar – como um

⁴⁷⁴ “As perdas e danos dependentes de avaliação judicial devem ser arbitradas em função de valor que tenham no momento da condenação, e não na ocasião do inadimplemento” (GOMES, Orlando. Obrigações..., p. 213). No mesmo sentido a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça: “1.2. Converte-se a obrigação de subscrever ações em perdas e danos multiplicando-se o número de ações devidas pela cotação destas no fechamento do pregão da Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da ação de complementação de ações, com juros de mora desde a citação”. (STJ, REsp 1301989/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014).

⁴⁷⁵ “2. No que se refere aos **lucros cessantes**, o desate dado à questão mostra-se em consonância com a orientação aplicada por esta Corte em hipóteses semelhantes à presente, a saber, a de que, **em 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) (...)”. (STJ, AgRg no AREsp 486.194/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 14/08/2015, grifou-se).

⁴⁷⁶ “(...) a indenização devida a título de **danos emergentes** deverá corresponder **ao valor atualizado do lote e não àquele constante da escritura pública lavrada à época do negócio jurídico**, sob pena de não se atender à necessidade de recomposição **efetiva da perda patrimonial experimentada** (...). (STJ, REsp 1003429/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Benetti, Terceira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 26/05/2009, grifou-se).

dano emergente ao comprador. Afinal, o conteúdo da obrigação equivale ao interesse creditório sendo esse, nitidamente, equivalente ao interesse na prestação ajustada.⁴⁷⁷

No mesmo sentido move-se a doutrina portuguesa de João de Matos Antunes Varela, que diferencia a prestação faltante das vantagens que o lesado obteria subsequentemente à sua entrega, e que foram frustradas – como uma venda substitutiva do bem imóvel, no exemplo dado. Apenas no primeiro caso seriam *danos emergentes*, os quais define como prejuízos a bens e direitos já existentes na titularidade do lesado à época da lesão; no segundo, qualificam-se como *lucros cessantes*.⁴⁷⁸

Ora, o direito de crédito e de exigir um comportamento, ainda que convertido no equivalente pecuniário, aproxima-se mais da definição de *dano emergente* do que de *lucro cessante*. Mesmo o direito ao lucro contratual, pense-se na hipótese de um mútuo oneroso, não se mostra confundível com a definição de algo que razoavelmente se deixa de lucrar. O direito ao seu recebimento, com efeito, confunde-se com o cumprimento do contrato.

Permitindo-se interpretar para além do seu contexto original a lição de Judith Martins-Costa, dela se poderia retirar idêntico argumento. Para a jurista, o pagamento da prestação pecuniária descumprida (art. 404 CC) corresponde a *danos emergentes*, aos quais se acrescentam *lucros cessantes* (ou seja, os juros de mora).⁴⁷⁹ A mesma lógica mostra-se aplicável ao cumprimento pelo equivalente da prestação *in natura*.

Sem precisar descer às vicissitudes que qualificam cada uma das rubricas indenizatórias que compõem as *perdas e danos*, e ao mesmo tempo sem pretender desconsiderar a relevância dessa distinção⁴⁸⁰, entende-se que a discussão é nitidamente secundária à composição e à conversão do *equivalente* (estrito) da prestação.

Na medida em que se admita que o não cumprimento da prestação é, ao mesmo tempo, o fato do qual se presume a ocorrência de danos e o próprio dano experimentado pelo lesado, não haveria razão para se exigir qualquer qualificação suplementar, muito menos a fazer para operação de conversão depender da prova do prejuízo, que se presume.

Dito de outra forma, o comprador tem direito a exigir o pagamento do valor atualizado do bem independentemente de comprovar que imóvel poderia ser revendido por

⁴⁷⁷ BIANCA, Massimo. Commentario..., p. 261.

⁴⁷⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. I, pp. 599-600.

⁴⁷⁹ Para a jurista, com base em Clóvis Bevilacqua, também seriam lucros cessantes as custas e honorários de advogado. Essa afirmação, contudo, não nos parece tão clara. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, pp. 550-551).

⁴⁸⁰ Como afirma Paulo Mota Pinto, ao tratar dos lucros cessantes no contexto do Direito português, não é de se ignorar, por exemplo, a existência de consequências fiscais diversas. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1088).

esse melhor preço caso houvesse sido entregue:⁴⁸¹ essa vantagem se confunde com o cálculo de conversão da própria prestação devida, pois é uma prestação que *substitui* o seu valor ou ao que representaria, ao lesado e naquele tempo, o cumprimento.⁴⁸²

O problema que se coloca, no Direito brasileiro, refere-se muito mais ao parâmetro aplicável à conversão – lacuna sensível da lei brasileira – do que à comprovação do direito à sua realização. Esse é depurado do direito de crédito lesado, o qual apenas se *converte* ou se *modifica* na prestação da indenização respectiva.

Dificuldades na operação de conversão, contudo, não se mostram impeditivos da indenização que, em última análise, poderá ser realizada por arbitramento.⁴⁸³ De toda sorte, e sem pretender conferir uma solução definitiva a essa questão específica, mostra-se essencial diferenciar a operação de conversão da comprovação que se deve exigir, em regra, para indenização de *danos emergentes* ou de *lucros cessantes*.

Isso permite confirmar o que acima se introduziu, no sentido de que o *equivalente à prestação* corresponde a *perdas e danos “sui generis”*, presumidas em relação ao *an debeatur* (pois decorrem e confunde-se com o não cumprimento) e definidas em relação ao *quantum debeatur* por liquidação na forma da lei processual (art. 947 CC).⁴⁸⁴

E, mesmo além das obrigações de dar, a compreensão de que o direito ao cumprimento – *in natura* ou pelo *equivalente* – autoriza uma indenização “*sui generis*”, coloca novas luzes sobre a questão da tutela contra o inadimplemento contratual.

Para exemplificar o quanto exposto e, permitindo-se discordar em parte da fundamentação do Superior Tribunal de Justiça, a obtenção da prestação contratual não pode ser confundida com *lucro cessante* dependente de comprovação externa ao pacto.⁴⁸⁵ Por mais que se trate *lucro*, a sua indenização segue uma lógica probatória diversa.

⁴⁸¹ “Por vezes, sequer é preciso alegar a perda da oportunidade de celebrar o negócio jurídico com terceiro. No caso da indenização pelo interesse positivo, por exemplo, basta que haja valorização do bem que seria prestado pelo devedor inadimplente (como é regra, por exemplo, na aquisição de imóveis ‘na planta’)” (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. *Perdas e danos...*, p. 674).

⁴⁸² Se, ao invés de exigir o pagamento pelo equivalente, o comprador puder ainda exigir entrega do imóvel em atraso, não se poderia negar a existência de um nítido *lucro*, correspondente à sua valorização. Mas essa vantagem representada pela valorização interna da prestação seria mesmo um *lucro cessante*? É esse o raciocínio hipotético que deve guiar também a “conversão em perdas e danos” estabelecida na legislação.

⁴⁸³ Referindo-se à indenização pelo descumprimento de obrigações de dar – em comentários ao art. 627 CPC/1973 – Teori Zavascki afirma, com precisão: “pode ocorrer, embora seja pouco provável, que o valor da coisa esteja fixado no título executivo, hipótese em que a liquidação limitar-se-á a apurar eventuais perdas e danos. Por outro lado, se a coisa for de *impossível* avaliação, o valor será fixado por arbitramento judicial a partir da estimativa do credor (§ 2º)”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 8. Do processo de execução. Arts. 566 a 645. São Paulo: RT, 2000, p. 443).

⁴⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXII, p. 216, § 2.722.

⁴⁸⁵ De sua ementa, extrai-se que: “O lucro cessante não se presume, nem pode ser imaginário. A perda indenizável é aquela que razoavelmente se deixou de ganhar. A prova da existência do dano efetivo constitui

Refere-se a julgamento de controvérsia envolvendo o descumprimento de contrato de corretagem com exclusividade, pelo qual se ajustou que a contratada (uma corretora de seguros) seria única responsável pelo fechamento de contratos de seguro firmados pelo contratante. Segundo o acórdão, este não apenas firmou contratos de seguro com outros corretores, como impediu o adequado cumprimento do contrato por parte da contratada.

A título de indenização, a corretora lesada requereu o pagamento de todas as comissões que deixara de aferir, tomando como base de cálculo dos contratos efetivamente firmados pelo contratante em ofensa à cláusula de exclusividade.

Na visão do Relator Ministro Barros Monteiro, que acabou prevalecendo, o pedido indenizatório era improcedente, pois nenhum serviço havia sido prestado pela contratada.⁴⁸⁶ Ao entender da Corte, admitir o seu pagamento colocaria a corretora em uma situação mais vantajosa do que a que teria direito tivesse o contrato sido cumprido.

É interessante notar que, apesar de haver contrato entre as partes e apesar de ser incontroversa a existência de uma cláusula de exclusividade, o Tribunal considerou imprescindível a prova do *lucro cessante* pleiteado para conferir a indenização. É o que se depreende da ementa do julgado, expresso em afirmar que “não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade”.

Embora se esteja de acordo que a indenização pela integralidade das comissões não seria adequada – entendendo-se, assim, que haveria de ser deduzidos os custos usuais para fechamento de cada contrato e emissão da apólice, por exemplo⁴⁸⁷ – não há como negar que o recebimento das comissões se confunde com o cumprimento do pacto.

É um dano que se pode dizer *interno* a ele, identificado na falta da prestação devida. A prova bastante para sua obtenção é a existência de contrato e a comprovação de seu descumprimento por ato imputável à outra parte.⁴⁸⁸ Raciocínio análogo há de ser aplicado na hipótese de *conversão* da prestação *in natura* pelo seu *equivalente*.

pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória. Caso em que a corretora não se desincumbiu do ônus de comprovar a existência do dano sofrido com a quebra da exclusividade. (...)” (STJ, REsp 107.426/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 20/02/2000, DJ 30/04/2001, p. 137).

⁴⁸⁶ O julgamento conta com voto vencido do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, para quem a solução de não conferir indenização era contraditória: “dizer que não há dano significa afirmar que o contrato não tinha causa econômica, a permitir a sua extinção sem nenhuma consequência patrimonial.” Para ele, contudo, não haveria de ser conferir a integralidade das comissões, arbitrando a indenização em 10% sobre o valor aferido no curso do contrato.

⁴⁸⁷ Presume-se, ainda, que parar cumprir o contrato a corretora tenha assumido custos fixos de estrutura e pessoal, os quais seriam incompatíveis com o pedido de pagamento das comissões.

⁴⁸⁸ Desde logo anota-se que é controvertida a indenização devida em caso de resolução contratual. No caso específico, contudo, tratava-se de um contrato de prestação de serviços contínuo, cuja extinção não se opera com efeitos retroativos e, mais do que isso, o pedido vinculava-se ao passado e não às futuras comissões que o corretor deixou de receber.

É inerente a todos os contratos a existência (em potencial) de uma vantagem esperada pelos partícipes, a qual nem sempre é um *lucro* no sentido contábil do termo.⁴⁸⁹ A obtenção dessa vantagem compõe o cumprimento *in natura*, não se vislumbrando razão para ser diferente no que toca ao cumprimento *pelo equivalente*.

Aliás, assim não fosse, haveria de se admitir a existência de tratamento desequilibrado entre o credor da obrigação originalmente pecuniária, o qual pode exigí-la sem maiores provas, e aquele de prestação *in natura*, o qual deveria comprovar um *dano* decorrente da falta da entrega como pressuposto da conversão dessa mesma prestação em perdas e danos, apesar de ter (inconteste) direito ao recebimento daquela.

2.2.2 Conversão *abstracta* da prestação vs. cálculo *concreto* do prejuízo: obrigações de dar e obrigações de fazer

A opção legislativa brasileira, que claramente se refere ao *equivalente* como parte componente do *interesse positivo* – ainda que sem adoção dessa nomenclatura –, tem o condão de deixar claro que a falta objetiva da prestação é um dano indenizável nas obrigações que envolvam a entrega de um bem (obrigações de dar).

A afirmação poderia soar algo trivial, não fosse o fato de que o reconhecimento do direito ao *valor da prestação* em pecúnia não é algo posto, suscitando relevantes discussões em outros ordenamentos. Dentre eles, destaca-se o tratamento conferido pelo jurista português Paulo Mota Pinto quando da análise do *interesse positivo*.

Na sua visão, como a indenização devida pela falta de cumprimento tem como objetivo repor o *interesse* lesado, ela pode equivaler, ser superior ou mesmo inferior ao valor da prestação ajustada. A isso corresponde a análise concreta do prejuízo que se propicia pela *teoria da diferença*, como também se admite no Direito brasileiro.

Ocorre que, segundo a lição do jurista português, o caráter compensatório da indenização do *interesse positivo* faria com que não se pudesse considerar o valor objetivo da prestação descumprida como um *dano mínimo*, em desatenção à análise global da situação hipotética à qual o lesado deve ser reconduzido.

Exemplifica sua posição doutrinária com a hipótese de o credor adquirir um bem com o intuito de, posteriormente, doá-lo. A falta da entrega, na perspectiva do art. 562º do Código Civil português (ou seja, da comparação entre a situação real e a situação hipotética), não

⁴⁸⁹ Um contrato de compra e venda de casa própria para habitação, por exemplo, possui uma vantagem esperada que não se confunde com um lucro no sentido contábil do termo.

corresponderia a uma perda patrimonial; ainda assim, é fato que o *valor objetivo* do bem deixou de lhe ser entregue.⁴⁹⁰ Haveria danos a indenizar?

A resposta conferida por Paulo Mota Pinto é positiva, porém não se fundamenta no reconhecimento de um *dano mínimo*, considerado por ele contrário às regras gerais de indenização em Portugal. Ao seu entender, tanto o comprador poderia modificar a intenção de doar a qualquer tempo, e por isso faz jus à reparação, como ao devedor não seria lícito invocar, a seu favor, comportamentos do lesado que não lhe eram devidos.⁴⁹¹

A concepção rejeita, portanto, uma visão que tenha em mente o direito à indenização como prolongamento (ou equivalência) da prestação descumprida, remetendo-o às regras de composição da relação jurídica de reparação.⁴⁹² Em que pese sua inadequação em Portugal, entende-se que o panorama brasileiro é um tanto diverso.

No ordenamento jurídico nacional, o credor lesado tem direito à indenização pelo *interesse positivo*, nos termos do art. 389 e do art. 395, parágrafo único CC, e nela se inclui o recebimento do *equivalente* da prestação descumprida – ao menos nos contratos que envolvam a obrigação de dar coisa certa (art. 234 CC e 627 CPC). É o caso típico do descumprimento do contrato de compra e venda, aqui tomado como paradigma da análise.

Nesses casos, a indenização pela falta de cumprimento inclui, como *dano mínimo*, o valor equivalente à prestação que o credor não recebeu. O que não importa afirmar, contudo, que em determinadas circunstâncias a falta da prestação – abstraindo a possível ocorrência de outros danos – não cause prejuízos ao credor.

Isso se passa, por exemplo, na compra e venda na qual o preço do bem no mercado subiu e o comprador ainda não pagou, ou em que o preço abaixou e o vendedor ainda não entregou, nos quais a manutenção do próprio cumprimento pode não ser vantajosa ao credor, o qual teria direito a uma conversão por valor inferior ao preço ajustado⁴⁹³

⁴⁹⁰ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1502.

⁴⁹¹ Diferente, contudo, seria se fosse cabível a invocação da mitigação de prejuízos pelo credor. MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 1502. Situação análoga é mencionada por Pontes de Miranda, o qual se refere ao fato de que o valor material ou objetivo do bem pode ser superior ao interesse lesado: “Se A é dono de prédio, com edifício, que vale cinco milhões de cruzeiros, mas vai demoli-lo para no terreno construir casa de apartamentos, o valor – para A – é o do terreno (digamos: três milhões de cruzeiros) *mais* o material da demolição (digamos: trezentos mil cruzeiros). Se sobrevém incêndio, pelo qual responde B, pode B fazer a prova de que A já havia pedido às autoridades municipais a licença para nova construção e contratado com empresa demolidora a demolição. Em todo caso, o proprietário pode alegar a provar que mudara de vontade (...)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p. 210, § 2.722).

⁴⁹² “Para tal concepção, no interesse positivo (diferentemente de no interesse negativo), não estaria, em rigor, em causa uma indemnização, mas antes o prolongamento do direito do credor, devendo fixar-se a indemnização, pelo menos, no valor da prestação tal como é medido no mercado de aquisição (diferença entre o preço contratual e o preço de compra no mercado).” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1501).

⁴⁹³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1502.

Nesses casos, embora não se possa negar peremptoriamente o direito do credor de exigir o cumprimento pelo equivalente – o qual será calculado pelo *preço atualizado do bem*, a menor –, soaria mais adequado à tutela de seu direito a resolução do contrato, pela qual terá direito à restituição daquilo que já tenha pago e que, ao menos em tese, seria suficiente para (indiretamente) se prestar à indenização de eventual prejuízo sofrido.⁴⁹⁴

Em regra, contudo, a falta de recebimento da prestação será um dano indenizável, sendo o *equivalente à prestação* um dos componentes da indenização *equivalente do cumprimento* no Direito positivo brasileiro.⁴⁹⁵ Dito isso, é necessário poder calculá-la.

A falta de parâmetros legais ou jurisprudenciais bem fixados para o cálculo desse equivalente, isso é, da operação de conversão supra referida, não pode ser um empecilho à parte lesada pelo descumprimento de obter o equivalente à prestação descumprida. Da mesma forma, não parece possível impor ao lesado o uso de uma operação substitutiva como forma de liquidar o seu prejuízo, como condicionante à obtenção da reparação.

Vem à tona, então, a possibilidade de conversão *abstrata* do valor da prestação ou a possibilidade de cálculo *concreto* da indenização sofrida pelo lesado. Explica-se.

Sendo imposto por lei, o cálculo do equivalente é usualmente obtido por uma avaliação abstrata, a qual parte do valor de mercado da prestação descumprida ao tempo do pagamento da indenização. O objetivo, consoante já se afirmou, é permitir que o lesado possa ter acesso a um bem idêntico ou similar ao adquirido (em uma compra e venda).

Isso explica, por exemplo, porque o comprador tem direito a receber o valor atual do imóvel sem que precise comprovar a existência de um contrato subsequente que tenha sido frustrado pela falta de entrega (como por exemplo uma revenda a um preço mais vantajoso).

⁴⁹⁴ A restituição não é, em princípio, fonte de indenização. Sobre o tema vide item 4.1.3, Capítulo 6.

⁴⁹⁵ Na Alemanha, por exemplo, o panorama da indenização é um tanto diverso. Primeiramente, e conforme já se afirmou, há uma preferência abstrata pelo cálculo do dano pela teoria da diferença e não da sub-rogação, considerando a maior proteção que confere ao credor (item 2.2.3, *supra*). Para permitir o cálculo da diferença, costuma-se indicar a possibilidade de sua obtenção *abstrata* ou *concreta*, ou seja, considerando o preço do bem por avaliação ou aquele obtido em um negócio substitutivo. A avaliação abstrata não é, contudo, permitida em qualquer hipótese, sendo usualmente delimitada a bens negociados em contratos comerciais, inclusive por força do disposto no § 376 (2) HBG (“se for exigida a indenização por não cumprimento e a mercadoria tem um valor de bolsa ou de mercado, então pode ser exigida a diferença entre o preço da compra e venda e aquele da bolsa ou do mercado ao tempo e ao lugar em que é exigível”). Na hipótese de compra e venda de um apartamento ou de um automóvel, sem finalidade lucrativa, não seria cabível o cálculo abstrato. Vide, com críticas a esse entendimento e defendendo uma leitura do *interesse positivo* como uma representação em dinheiro da vantagem esperada com o contrato, e não como um dano – ou seja, conferindo-lhe uma noção de um mínimo equivalente à prestação, ao que se poderiam somar interesses específicos variáveis caso a caso – KNÜTEL, Christian. Die Schwächen der ‘konkreten’ und ‘abstrakten’ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 202, Mohr Siebeck, 2002, pp. 556-557 e 604.

Nesses casos, embora se esteja indenizando um *dano*, por pura abstração legal se está igualmente *cumprindo* a prestação ajustada, ainda que de forma diversa.

Não se exige do credor nem a prova de que poderia vendê-lo, nem a prova de que efetivamente adquiriu outro bem no seu lugar ou o fará com a prestação da indenização. Em todos os casos, a afirmação se justifica porque o lesado *adquiriu* o bem, sendo esse o *direito de crédito* que integra seu patrimônio, *in natura* ou pelo equivalente.

Também por isso, se a prestação desvalorizou entre a data da conclusão do contrato e a data em que deveria ter ocorrido, não parece haver motivos para que o credor possa exigir um complemento indenizatório. Afinal, tivesse o contrato sido cumprido ao tempo correto, receberia ele o seu *direito de crédito* também a menor.

A circunstância não se confunde com a depreciação do objeto da compra e venda por culpa do vendedor, e nem assim com a desvalorização eventualmente havida entre a data da entrega e a data da prestação da indenização. Neste último caso, o cálculo abstrato deverá levar em consideração aquele preço, e não este.

De toda sorte, e como a *conversão* apenas permite calcular o montante que equivale à prestação descumprida – e esta, insiste-se, é apenas um dos componentes indenizatórios da reparação devida –, nada impede que o credor comprove que a falta da prestação lhe causou danos não recobertos por essa conversão.

Assim, tanto no caso de valorização como no de desvalorização da prestação, poderá ser indenizado se comprovar que deixou de poder revender o imóvel por um preço mais vantajoso no período do inadimplemento. Diferentemente da conversão, que pode ser *abstrata*, deve-se aqui comprovar a existência do negócio alternativo que se perdeu, permitindo-se ao devedor fazer prova de que o lesado não teria obtido o lucro esperado.⁴⁹⁶

A menção ao *lucro* não é ocasional: apenas nesse segundo caso há um *lucro cessante* indenizável; na conversão *abstrata*, eventual resultado vantajoso confunde-se com o cumprimento da prestação devida.⁴⁹⁷ É por isso que, nesta última hipótese, não se afasta o direito à conversão abstrata pelo simples fato de o lesado não ter realizado uma compra

⁴⁹⁶ A diferença é sutil, mas não poderia passar despercebida. No primeiro caso, de conversão, o lesado está apenas exigindo o cumprimento da prestação *in natura* pelo seu equivalente pecuniário. Leva-se em consideração (na liquidação dessa operação de conversão) o valor de compra de um bem equivalente. Na hipótese de indenização pelo preço de revenda, o lesado não está apenas recebendo o valor de compra do imóvel, mas sim o valor que obteria de forma subsequente a ela. É natural que tenha que comprovar a possibilidade de revenda e a perda da oportunidade em decorrência do atraso para que possa exigi-la.

⁴⁹⁷ Daí porque, conforme se afirmou acima, não se poderia impor ao lesado o mesmo ônus e carga probatória que se lhe impõe no caso de comprovação de danos emergentes ou lucros cessantes diversos da conversão da prestação em termos pecuniários.

substitutiva, não se vislumbrando (ao menos em princípio) que essa alegação seja suficiente para eximir o devedor do pagamento do valor equivalente ao bem.⁴⁹⁸

Em síntese, se o lesado tem direito ao recebimento da prestação e o Direito brasileiro lhe confere a possibilidade de exigir a indenização pelo equivalente à prestação descumprida, então não se poderia negar a viabilidade de seu cálculo abstrato. A opção legislativa pode ser criticável, mas, uma vez existente, não pode ser desconsiderada.⁴⁹⁹

Porém, como o dano sofrido pode ser superior àquele obtido pelo cálculo abstrato, e na medida em que sua real composição possa ser analisada concretamente, é também de se admiti-la, sem que haja qualquer incompatibilidade entre o cálculo *abstrato* da conversão e o *concreto* dos danos, nesse último caso quando existente a comprovação.

A distinção mostra-se útil também no que diz respeito à prestação de *fazer*, cujo tratamento legal não se refere ao pagamento de um *equivalente* (art. 248, CC⁵⁰⁰). E assim se faz por um motivo bastante lógico: não se mostra defensável que o credor possa receber o *equivalente* ao serviço descumprido de forma abstrata. A lógica aplicável a essa modalidade obrigacional é um tanto diversa daquela referente às obrigações de *dar*.

Se o credor tomou o serviço de um terceiro, por um preço acima daquele ajustado com o devedor, poderá exigir a cobertura desse negócio – sendo a hipótese típica de um *dano emergente*. Porém, se nenhum serviço substitutivo foi contratado, não parece legalmente defensável o pagamento de uma soma pecuniária em sua substituição. Admite-se, porém, que a indenização de soma em dinheiro para possibilitar a contratação.

Caberá, naturalmente, o cálculo *concreto* do prejuízo e não a conversão *abstrata* no equivalente à prestação de fazer que se descumpriu. A esse cálculo se somam tanto *danos emergentes* como *lucros cessantes* complementares. O *interesse positivo* do lesado pode ser

⁴⁹⁸ Reitera-se a diferença fundamental. Ao se conferir o equivalente em dinheiro da prestação descumprida, se está ainda nos quadrantes de uma vantagem “interna” representada pelo contrato. Somente quando a ela se adere algo externo, com o uso subsequente que o credor faria com o bem, é que se exige uma comprovação específica como pressuposto indenizatório. Assim, há de se ler com cautela a visão de Jorge Cesa Ferreira da Silva, embasada em Pontes de Miranda, para quem o devedor poderia objetar que o lesado não colocaria o bem no comércio ou não poderia com ele obter algum lucro. A lógica, entende-se, somente é cabível para tais danos “suplementares” e não para a vantagem interna representada pela prestação, ou seja, não caberia a invocada contraprova no caso de conversão. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 84).

⁴⁹⁹ Um cálculo abstrato do dano, para composição da teoria da diferença, não é admitido em todos os casos. Essa negativa conduz à circunstância de que, não tendo o lesado (imagine-se o comprador) realizado uma compra substitutiva por preço desvantajoso, deixe de ter direito ao recebimento do equivalente à prestação, solução que parece incompatível com o direito brasileiro. Ao menos em relação à compra e venda que, como se disse, envolve o direito ao recebimento da prestação *in pecunia*, a conversão pelo equivalente é determinada por lei. Dúvidas podem surgir em contratos que não envolvam a prestação de dar, e sim de fazer.

⁵⁰⁰ Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

prestado pelo *equivalente* à prestação descumprida⁵⁰¹, somente não se admite – ou ao menos isso não se mostra de plano defensável diante da lei brasileiro – a sua conversão *abstrata*. Esta, aliás, é circunscrita aos contratos que envolvam um *dar*.

Bem definida a distinção entre uma *conversão* abstrata e um *cálculo* concreto do prejuízo, pode-se prosseguir a um último tópico essencial à adequada compreensão da indenização equivalente à prestação, bem como à composição do *interesse positivo*. Diz ele respeito ao relacionamento existente entre o cumprimento específico da prestação e a contraprestação a cargo do devedor lesado, nos contratos sinalagmáticos.

2.2.3 O caráter flexível da indenização *no lugar da prestação*: as teorias da sub-rogação e da diferença

A complexidade do tratamento da indenização pela falta de cumprimento não se esgota no reconhecimento do caráter *sui generis* das perdas e danos que substituem a prestação não cumprida e no espaço por ela ocupado no Direito brasileiro. É preciso analisar com maior atenção as formas possíveis de composição da indenização devida.

É intuitivo que, em uma primeira leitura, se identifique o *interesse positivo* ao chamado *cumprimento pelo equivalente*, remédio pelo qual o lesado pode exigir o cumprimento da prestação ajustada convertida em perdas e danos. Assim entendida, a indenização devida corresponderia ao valor pecuniário da prestação descumprida.

Embora usual, questiona-se se essa seria a única forma de se chegar ao resultado proposto. Lembre-se, outrossim, que se propôs enxergar o *interesse positivo* como a recondução do lesado à situação que, *economicamente*, estaria com o cumprimento da prestação. E, nesse contexto, vem à tona que o caráter flexível da composição da reparação pecuniária, a qual permite obter resultados idênticos por caminhos diversos.

Refere-se especificamente aos chamados métodos da sub-rogação e da diferença, pouco trabalhados no Brasil, mas reconhecidos (e controvertidos) há muito em ordenamentos estrangeiros, com especial relevância no Direito alemão. Sua função primordial é permitir definir o *quantum* devido *no lugar da prestação*, ou seja, a indenização que seja *equivalente* aos danos sofridos pela falta de cumprimento.

⁵⁰¹ Ao tema, especialmente para denotar o caráter cinzento da distinção entre a hipótese de *cumprimento pelo equivalente* e *resolução* contrato no caso de contratação de um terceiro para prestação do serviço contratado, voltar-se-á no item 2.3, Capítulo 6

De forma bastante geral, pelo método da sub-rogação (*Surrogationstheorie*), as obrigações contratuais reciprocamente ajustadas se mantêm, convertendo-se o dever de prestar em dever de indenizar pela integralidade da prestação. Nesse caso, o credor tem direito a exigir o correspondente *in pecunia* ao valor da prestação que foi descumprida, mas deve manter a sua contraprestação. Corresponde ao que se trabalha, no Direito brasileiro, sob o título de *cumprimento pelo equivalente*.⁵⁰²

À diferença do cumprimento específico da obrigação *in natura*, o qual não tem natureza indenizatória, a reparação pelo método da sub-rogação confere ao credor lesado uma prestação em dinheiro que corresponde à prestação descumprida. Não só, contudo: hão de ser indenizados também todos os demais danos moratórios decorrentes da falta de cumprimento, cujo tratamento é realizado no item 2.3, *infra*.⁵⁰³

Referindo-se ao método da sub-rogação, afirmou Pontes de Miranda que “a indenização pelo inadimplemento é a indenização pela *falta* da prestação. Se a pede o credor, não se exime de contraprestar, nem, se já contraprestou, pode repetir”.⁵⁰⁴ Ao assim enxergá-la, o tratadista defende que se trata de uma demanda condenatória e de cumprimento do contrato, ainda que pelo equivalente.⁵⁰⁵

É bastante evidente que o credor somente tem o direito de exigir a prestação de indenização que *substitua* integralmente a prestação a que tinha direito conquanto mantenha o sinalagma, ou seja, a sua contraprestação.⁵⁰⁶ A isso corresponde o que, no Direito brasileiro, costuma-se referenciar como *perdas e danos* compensatórias ou cumprimento pelo equivalente, devidas com a manutenção do contrato.

A constatação não permite, porém, deixar de se apontar algumas falhas, máxime considerando que o objetivo da tutela contra o inadimplemento das obrigações volta-se à proteção do credor lesado. E, nesse sentido, entende Paulo Mota Pinto haver nítido

⁵⁰² Bruno Miragem refere-se expressamente ao método da sub-rogação, “ou seja, no qual a prestação originária é substituída por prestação de indenização em dinheiro”. (MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil...*, p. 338).

⁵⁰³ Desde logo, porém, diga-se que a lógica de reparação desses outros danos é idêntica àquela que justifica a indenização de prejuízos causados pela mora conjuntamente à entrega da prestação (art. 395, *caput* CC): o cumprimento em atraso pode não ser suficiente à satisfação do *interesse* do credor.

⁵⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXIII, p. 193, § 2.809.

⁵⁰⁵ Para Pontes de Miranda, tanto a demanda de cumprimento *in natura* como aquela pelo *equivalente* são demandas de cumprimento do contrato, ou seja, o *cumprimento pelo equivalente* equivale à sua manutenção: “a da rejeição da prestação, pela superveniência da falta de interesse do credor, consequente à mora, e indenização pelo inadimplemento *mais* as perdas e danos decorrentes da mora, o que também é cumprimento do contrato”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXIII, p. 194, § 2.809).

⁵⁰⁶ Conforme apontam Dieter Medicus e Stephan Lorenz, contudo, só faz sentido a composição da indenização pelo método da sub-rogação se a contraprestação devida pelo credor não for pecuniária, e sim *in natura*. A afirmação compreende-se, pois, devendo ele receber o valor da prestação não cumprida pelo equivalente pecuniário, não haveria sentido que se lhe obrigasse a entregar também em pecúnia, em nítida troca desnecessária de valores. (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. *Schuldrecht I...*, p. 218).

desconforto de constranger o credor ao pagamento da sua contraprestação sem que tenha (ainda) recebido a prestação ajustada, impondo-lhe o risco do inadimplemento.⁵⁰⁷

Essa insuficiência protetiva, aliada à flexibilidade da composição da indenização em dinheiro, permitiu que a doutrina alemã desenvolvesse, mesmo sem uma base legal estrita⁵⁰⁸, um segundo método de cálculo do prejuízo, identificado como *método da diferença* (*Differenztheorie*).

Por ele, o credor tem a faculdade de deixar de cumprir a sua contraprestação e, *no lugar do cumprimento*, exigir a diferença entre o valor da prestação e da contraprestação ajustadas, além de ser indenizado por danos complementares por ela não compreendidos.⁵⁰⁹ Haveria, por assim dizer, uma *compensação* entre o valor devido e a vantagem esperada pelo contrato, compondo uma “*conta de chegada*”.

Nessas hipóteses, embora a indenização em dinheiro não seja equivalente à integralidade da prestação, não deixa de ser também suficiente para lhe recobrir os danos, pois calculada com a dedução da contraprestação que se mantém na esfera do credor. O *método da diferença* aqui referido em nada se confunde com a *teoria da diferença*, acima estudada, a qual diz respeito à comparação entre duas situações jurídicas.⁵¹⁰

Sob o ponto de vista *econômico* – e ainda que nitidamente *ficcional*, como se passa em toda e qualquer indenização pecuniária de um dano *in natura* –, a indenização devida pelo método da sub-rogação e pelo método da diferença reconduz o lesado à mesma situação hipotética, qual seja, a que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Ambos servem à composição do *interesse positivo* e da indenização *no lugar da prestação*.

Tome-se um exemplo *manualístico*, cuja simplicidade é diretamente proporcional à utilidade para compreensão dos conceitos: o músico A troca seu piano, que vale R\$ 5.000,00,

⁵⁰⁷ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1506.

⁵⁰⁸ EMMERICH, Volker. Das Recht..., p. 201.

⁵⁰⁹ Veja-se, por exemplo, que Claus Wilhelm-Canaris refere-se à indenização em substituição à prestação como “demanda do credor por uma importância em dinheiro no lugar da prestação acordada”, complementando que “essa reparação se baseia no fato de que o contrato não foi executado, o que se assemelha bastante com as consequências da rescisão”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. In: Revista de Direito Comparado n. 25. Rio de Janeiro: IDCLB, 2003 RS, pp. 19).

⁵¹⁰ A teoria da diferença, com efeito, estabelece o sentido da reparação como a recondução do lesado a uma situação hipotética, na qual estaria não fosse o evento lesivo. A forma de composição dessa relação é, por sua vez, referenciada pelo método da diferença ou pelo método da sub-rogação. Vide (item 3.1, Capítulo 1). Embora em alemão se refira ao que aqui se chama de *método* como *Differenztheorie*, entende-se melhor deixar a nomenclatura *teoria da diferença* àquela que deriva de Mommsen, e que enxerga a reparação de dano como uma comparação entre duas situações jurídicas.

por um vaso antigo de B, o qual vale R\$ 6.000,00. Enquanto o piano está adequado para ser entregue, o vaso se quebra durante o transporte, por culpa de B.⁵¹¹

Em um exercício puramente abstrato (ou seja, sem descer às vicissitudes do Direito brasileiro), o músico A teria duas opções para satisfação da vantagem esperada no contrato: poderia, em primeiro ponto, manter a entrega do piano e exigir o pagamento de R\$ 6.000,00, valor pecuniário da obrigação descumprida; ou, por outro lado, poderia manter o piano consigo (uma vez que só aceitaria trocá-lo pelo vaso), e exigir o pagamento de R\$ 1.000,00, o qual corresponde à diferença entre as prestações ajustadas.

Em ambos os casos, ele será reconduzido à situação de cumprimento do contrato, o que se faz pelo pagamento em pecúnia que representa o seu dano (ou seja, prestando-lhe seu *interesse positivo*). A composição do *quantum* devido, contudo, será diversa, pois calculada pela aplicação dos métodos da sub-rogação e da diferença, respectivamente.

É bastante evidente que o direito do credor de manter a contraprestação e exigir o pagamento da prestação pela integralidade do equivalente, bem como o direito de recusar a entregar sua contraprestação e exigir a satisfação apenas da diferença em relação à prestação, é intimamente dependente do sistema de descumprimento obrigacional.⁵¹²

Não é por acaso que, no Direito alemão, o surgimento destes métodos compreende-se especialmente diante das peculiaridades do sistema de proteção contra o descumprimento contratual adotado no BGB, máxime antes da Reforma.

É certo que, sob o ponto de vista lógico, o *método da diferença* surge para se contrapor ao caráter insatisfatório do *método da sub-rogação* pois, se o credor não pode mais receber a prestação *in natura*, não haveria razão para manter a obrigatoriedade de contraprestar *in natura*. O seu sentido estrito, contudo, somente se compreende na medida em que se tenha em mente que, antes da Reforma, o legislador alemão impedia a cumulação da resolução com a demanda indenizatória.

⁵¹¹ O exemplo, aqui exposto com adaptações, é retirado de LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 339. Na doutrina portuguesa, é citado por João de Matos Antunes Varela, o qual critica a teoria da diferença por considerá-la incompatível com a resolução do contrato, especificamente considerando que, no Direito português, à resolução se aplicam as regras da invalidade. (ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. II, p. 111).

⁵¹² Nesse contexto, por exemplo, a opinião doutrinária de Francisco Marino, ao tratar de exemplo análogo ao acima narrado (também com base em Larenz). Para o jurista, caso o credor opte por manter a entrega do cavalo, teria direito ao interesse positivo; se, porém, optasse por retê-la, teria que demandar apenas o interesse negativo, ou seja, não poderia receber nem o valor da prestação, nem a diferença entre as prestações ajustadas. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., p. 666). Como se verá adiante, a delimitação da resolução à reparação do *interesse negativo* trata-se de uma concepção bastante arraigada na doutrina brasileira, com a qual, respeitosamente, não se concorda (item 4.1, Capítulo 6).

Assim, ao invés de resolver o contrato e renunciar à demanda indenizatória, o lesado poderia manter sua contraprestação e ser indenizado apenas da diferença que deixou de realizar com o contrato, obtendo resultado análogo.⁵¹³ O método da diferença, tido como mais adequado à satisfação dos interesses em jogo e por isso prevalecente⁵¹⁴, apenas não seria cabível se o credor lesado já houvesse entregue a contraprestação, pois lhe faltaria fundamento para o pedido de restituição, o qual decorre da resolução.

A distinção das formas de composição da indenização manteve-se após a Reforma, mas passou a ser entendida como um *direito de livre escolha* do credor, o qual tem melhores condições de conformar o seu direito de crédito.⁵¹⁵ É plenamente possível hoje cumular a indenização com a resolução do contrato (§ 325 BGB).⁵¹⁶

Voltando os olhos ao Direito brasileiro, Pontes de Miranda se mostra bastante crítico à construção do *método da diferença*, a qual qualifica como deturpadora da lógica da indenização *em lugar* da prestação. Assim o faz por não admitir que haja uma *compensação* entre a indenização e a contraprestação devida: o credor que não pretenda contraprestar deve, necessariamente, lançar mão do remédio resolutivo.⁵¹⁷

De fato, a solução alemã é um tanto peculiar, especialmente na parte em que permite ao credor deixar de contraprestar sem resolver o contrato, hipótese que se entende incabível no Direito nacional. Isso não importa, contudo, afirmar a inutilidade do *método da diferença*. Ao contrário, aí reside uma relevante ferramenta na discussão quanto ao alcance da indenização por *perdas e danos* conjuntamente à resolução do contrato.

Conforme se verá oportunamente, é nitidamente majoritária a doutrina brasileira que considera essa indenização limitada ao *interesse negativo*, rejeitando a indenização do

⁵¹³ Muito embora, e eis um ponto fundamental em que o Direito alemão parece distanciar-se o brasileiro, o direito de exigir a reparação dos danos pelo método da diferença não pressupõe a resolução do contrato, podendo se dar independentemente a ela. (MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. Schuldrecht I..., p. 217).

⁵¹⁴ “O método da diferença adequa-se na maioria, senão em quase todos os casos, melhor ao interesse do credor” (LARENZ, Karl. Lehrbuch..., p. 341).

⁵¹⁵ Sobre a livre escolha do credor após a Reforma, vide PALANDT/Grüneberg. Bürgerliches..., p. 399, Rn. 20 (§ 280).

⁵¹⁶ “§ 325. Reparação de danos e resolução. O direito de demandar danos em contratos bilaterais não é extinto pela resolução” (em tradução livre).

⁵¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXIII, p. 195, § 2.809. Não é clara a posição do tratadista nesse contexto específico. Ele se refere a um exemplo de permuta de fazendas de gado por fábricas, descumprida por uma das partes, o que abriria à outra três possibilidades, quais sejam, recebimento tardio com perdas e danos, indenização total pela não entrega ou resolução. Posteriormente, afirma que, se o credor ainda não entregou a sua parte da prestação, poderia pedir a satisfação da diferença entre o valor que receberia e aquilo que dispendeu para uma compra substitutiva. Ou seja, lhe confere o direito à indenização pela diferença sem a resolução. (p. 195).

positivo em caso de resolução do pacto.⁵¹⁸ O argumento principal, como se infere de Araken de Assis, por exemplo, é de que seria ilógico permitir ao credor manter consigo a sua contraprestação e, ao mesmo tempo, cumular a prestação pelo equivalente.⁵¹⁹

Não há dúvidas de que a eficácia restitutória do remédio resolutivo seja incompatível com a indenização calculada pelo método da sub-rogação, pelo qual o credor lesado exige a integridade do equivalente à prestação, sem manter sua contraprestação; contudo, o mesmo não se pode dizer, ao menos em uma análise primeira, em relação ao método da diferença. Por ele, não haveria o alegado *bis in idem*.

Essa controvérsia específica, bem como a adequação da forma de composição da indenização ao sistema de descumprimento contratual brasileiro, será mais bem estudada no Capítulo 6. Sem pretender, por ora, discutir a composição da reparação de danos em cada caso, sublinha-se a possibilidade (*rectius*, necessidade) de se desvincular o *interesse positivo* de uma compreensão estrita do *cumprimento pelo equivalente* da prestação.

Dogmaticamente, insiste-se, a indenização representada pelo *interesse positivo* corresponde ao *equivalente* do prejuízo sofrido, e não apenas do valor objetivo da prestação descumprida (ainda que essa seja-lhe um componente relevante, ou um *dano mínimo*), alteração essa repleta de conteúdo. É por corresponder àquele equivalente, e não apenas a esse, que o *interesse positivo* permite reconduzir o lesado à *situação hipotética* em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido.

Seguindo-se a lógica da construção acima, e tendo em conta que a indenização pela falta de cumprimento é realizada *in pecunia*, a forma de composição da reparação pode ser variável, sem que se altere o resultado a ser obtido. E, bem analisada a questão, não parece haver um único sentido de composição da indenização no Direito brasileiro.⁵²⁰

⁵¹⁸ A utilização do termo *limitada* – o qual, anteriormente, se criticou (item 2.4, Capítulo 3) – tem especial conotação nesse contexto. Entende-se que a imposição da indenização pelo interesse negativo, afastando-se o direito ao interesse positivo, não é a solução mais adequada no Direito brasileiro. Remete-se o leitor, quanto à discussão, ao que se trabalhará de modo mais apurado no Capítulo 6.

⁵¹⁹ Exemplificativamente, é a opinião de Araken de Assis, que poderia ser resumida com o exemplo por ele conferido de resolução de contrata de compra e venda pelo comprador. Para o jurista gaúcho, seria ilógico que o vendedor pudesse retomar o bem e, ao mesmo tempo, exigir o pagamento do lucro consubstanciado na valorização do imóvel. Não há dúvidas que a situação não é adequada, mas ela também não parece compor o *interesse positivo*. (ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 147).

⁵²⁰ Pelo contrário, o tratamento do tema é tão lacunoso que há um espaço mais amplo para a atividade criativa da doutrina e da jurisprudência, respeitado naturalmente o “escopo da norma” de proteção contra o descumprimento. Por exemplo, aplicando o método da diferença, porém sem expressa referência a ele, pode-se mencionar julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando a rescisão de um pré-contrato para compra de energia elétrica. Com o não cumprimento por parte da fornecedora de energia, o contratante teve que buscar a satisfação de suas necessidades com outro fornecedor, pagamento preço a maior. Nesse caso, o dano indenizável consistia na “diferença entre o preço prometido e o efetivamente pago em razão da ruptura injustificada”, chamando atenção que o acórdão trabalha a hipótese de ruptura de pré-contrato como afeto à

Assim, por exemplo, se infere da lição de Orlando Gomes, para quem a obrigação de indenizar no âmbito da resolução por inexecução voluntária regula-se pela *Differenztheorie* (na tradução aqui adotada, *método da diferença*), expressamente referenciada e pelas quais as perdas e danos “se calculam pela diferença de valor entre a prestação e a contraprestação que se tornou inexigível”.⁵²¹

Não se deixe de notar, aliás, que a prevalência fática da reparação pecuniária no âmbito da responsabilidade civil decorre justamente da sua flexibilidade, o que se dá mesmo se reconhecendo que a recomposição *in natura* é (idealisticamente) mais adequada à finalidade de tornar o dano *indene*, pois serve à remoção do ilícito.⁵²²

Dito isso, entende-se que esquemas rígidos que identifiquem a prestação do *equivalente* necessariamente ao cumprimento *in pecunia* da prestação descumprida desconsideram a possibilidade de outras composições igualmente reparatórias dos danos e, na prática, por vezes mais vantajosas ao credor lesado. É, afinal, a satisfação dos interesses do credor que se busca com o sistema de proteção ao descumprimento.⁵²³

É também bastante claro que a composição da relação jurídica de reparação levará em consideração, invariavelmente, o valor pecuniário da prestação descumprida, o que remete à liquidação de sua conversão nos termos estudados no item 2.2.2, *supra*. Isso se passa tanto no método da sub-rogação quanto no método da diferença: no primeiro, porque se indeniza essa mesma prestação convertida *in pecunia*, no segundo porque esse mesmo valor obtido na conversão compõe o cálculo da diferença.

responsabilidade pré-negocial. (TJSP, Ap. Cív. nº 9198455-40.2009.8.26.000 Relator(a): Marcos Ramos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2011; Data de registro: 30/09/2011; Outros números: 1298791500).

⁵²¹ GOMES, Orlando. Contratos. 26ª edição. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 211.

⁵²² Nesse contexto, elucidativa a lição de António Pinto Monteiro, para quem as medidas que sirvam à eliminação da situação ilícita, atuando diretamente sobre o dano real e como forma de remover a sua causa, não são propriamente medias de reparação de dano. Além do evidente caso do cumprimento específico da obrigação (cuja tutela não é indenizatória), coloca-se aí a restituição *in natura*, que no Direito português é prioritária nos termos do art. 566º, n. 1 do Código Civil português. Ao final, arremata o professor catedrático, sobre a obrigação pecuniária ou pelo equivalente “sendo esta forma de indemnização (...) a mais divulgada na prática, até pela natural aptidão do dinheiro para substituir, em regra, qualquer obrigação”. (PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas..., pp. 87-90).

⁵²³ “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação..., p. 20). É, com efeito, o interesse da parte credor que vem em primeiro lugar. A afirmação não importa desconsiderar, e nem poderia ser assim interpretada, que esse interesse somente é tutelável se preenchidos alguns pressupostos. Nesse sentido, relevante a síntese de Ruy Rosado de Aguiar Jr: “O contrato deve realizar a sua finalidade social. (...) Logo, ele deve atender ao fim social para o qual existe, e não apenas para satisfazer o interesse da parte.” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. O direito das obrigações na contemporaneidade. In: Revista de Direito do Consumidor. Vol. 96/2014, p. 13 – 20. Nov - Dez / 2014, acesso pela RTOnline).

Da mesma forma, e havendo *danos concretos* a ser indenizados, pode-se calculá-los tanto em atenção à sub-rogação como à diferença, nesse último caso tomando como parâmetro comparativo o negócio substitutivo.

As peculiaridades de cada um desses *métodos* e sua compatibilidade com o Direito brasileiro – bem como o caráter *cinzento* da distinção de sua aplicação em alguns casos – serão estudadas com maior atenção Capítulo 6. Por ora, e para finalizar uma apresentação geral da composição do *interesse positivo*, deve-se fazer menção à indenização que complementa as *perdas e danos* referenciadas à prestação.

2.3 Perdas e danos que complementam a indenização

Conforme elucidado, a reparação devida pela falta de cumprimento apresenta-se externamente de forma unitária. O *interesse positivo*, fórmula de síntese que representa a situação hipotética em que o lesado estaria se o contrato houvesse sido cumprido, tem como função elucidar o conteúdo econômico desse *status ad quem* de forma concreta.

Apenas por um recurso didático, propôs-se realizar uma cisão de componentes indenizatórios, distinguindo-se entre o dano causado pela *falta da prestação* e demais *danos complementares* a ela, em essencial aqueles destinados a apagar os efeitos do *tempo* ou da *demora*. É sobre estes que se passa a tratar no presente tópico.

A existência desses prejuízos complementares, que vêm *ao lado da prestação*, é perceptível pela constatação objetiva de que a recondução à situação de cumprimento pode não se esgotar na indenização do equivalente à prestação, máxime quando esse é prestado de forma diversa àquela acordada e, especialmente, no tempo incorreto.

Ora, assim como o credor que recebe a prestação *in natura* com atraso tem direito a ser indenizado dos danos causados pela mora, o mesmo direito possui aquele que recebe uma indenização substitutiva. São prejuízos que assumem variadas formas e que somente podem ser elucidados caso a caso, sendo sua recondução à noção de *danos emergentes* e *lucros cessantes* bem mais cristalina do que aquela que toca aos danos acima estudados.

Assim, por exemplo, 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 em decorrência; da mesma forma, 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).

Esses prejuízos complementam e compõem o *interesse positivo*, pois sua ocorrência pressupõe o direito ao cumprimento. Referem-se, pois, também à recondução do lesado à situação hipotética de cumprimento: se o contrato houvesse sido adequada e tempestivamente cumprido, tais danos não teriam ocorrido.⁵²⁴

Retomando-se o paradigma do contrato de compra e venda, pela maior facilidade na compreensão do alcance da indenização, diga-se que o primeiro e mais evidente dano complementar decorre da falta de recebimento da prestação ajustada ao tempo correto. A afirmação é cabível tanto para a reparação do dano do comprador, como de vendedor.

No caso do vendedor, tem ele direito ao recebimento da prestação descumprida corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora (art. 404 CC).⁵²⁵ O parágrafo único desse dispositivo permite textualmente a indenização por danos complementares para além dos juros moratórios, cuja comprovação se mostra imprescindível.

Conquanto o pedido de cumprimento da prestação original em pecúnia (ou seja, o pagamento o preço na compra e venda) seja execução coativa do contrato, e, portanto, não se confunda com a indenização substitutiva, é certo que a indenização complementar representada pelos juros moratórios tem conteúdo indenizatório.

É discutível se e sob que condições o uso alternativo ou subsequente do dinheiro pelo vendedor componha danos indenizáveis, para além dos juros de mora. É a hipótese, por exemplo, de o credor alegar que teria reinvestido o preço da venda em um fundo mais rentável que os juros moratórios, voluntários ou legais.

Não parece ser de plano incompatível o pedido de complementação – aliás, note-se que esse pedido é admitido, *in abstracto*, pelo art. 404, parágrafo único CC⁵²⁶ – mas a ele se

⁵²⁴ Conforme se afirmou acima, é discutível se o pagamento apenas de tais danos complementares (como ocorre no cumprimento específico da prestação, ou na execução forçada), seria qualificável como satisfação do *interesse positivo*. Em suma, a questão está em saber se os danos moratórios compõem autonomamente o conceito ou se, ao contrário, somente o compõem na medida em que integram a indenização unitária decorrente da falta de cumprimento. Entende-se que, sempre que os danos decorrentes da mora disserem respeito à prestação em si, haverá razão para defender sua recondução ao *interesse positivo*. É o caso, por exemplo, do recebimento tardio que frustrou uma venda subsequente no período da mora.

⁵²⁵ “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. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.”

⁵²⁶ O dispositivo não existia no CC1916, opção que era duramente criticada por Agostinho Alvim, ao tratar sobre a indenização no pagamento de obrigações pecuniárias: “Quer dizer: consistem somente nos juros da mora. A regra é injusta (...) Todavia, a lei não permite outra indenização. Ela não quer somente impedir a prova de que o dinheiro poderia produzir mais de seis por cento. Ela proíbe qualquer indenização além dessa”. (ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 185).

adere a necessidade de comprovação especificada do uso consecutivo que se daria ao dinheiro, o que pode suscitar fundadas dúvidas quanto à possibilidade de indenizar.⁵²⁷

De toda sorte, e também abrangida pelo dispositivo legal, está a existência de indenização de outros prejuízos, não vinculados à prestação extemporânea e que, portanto, podem ser prestados conjuntamente com os juros moratórios (diferentemente, contudo, dos prejuízos aventados no parágrafo anterior, que os *complementam*).⁵²⁸

Já o comprador que se vê privado do recebimento e uso do bem adquirido tem direito a receber danos emergentes (se teve dispêndios para obter outro bem temporariamente) ou lucros cessantes (correspondentes aos frutos daquele específico bem que deixou de poder fruir). Especificamente no caso de bens imóveis, é firme a jurisprudência brasileira no sentido de presumir a ocorrência de tais *lucros cessantes*.⁵²⁹

Para além do prejuízo diretamente decorrente da falta do cumprimento da prestação ajustada, o descumprimento pode ter sujeitado o credor ao pagamento de indenização por atraso ou incidência de cláusula penal perante terceiros. Esse valor é um dano emergente indenizável, desde que comprovado o efetivo dispêndio e a ligação causal com a falta de cumprimento, o que também pode ser uma prova complexa.

De se exigir, como pressuposto da indenização, a comprovação suficiente dos pressupostos de causalidade dispostos no art. 403 CC, ou seja, o caráter direto e imediato entre o *evento lesivo* e a consequência prejudicial.

Tanto comprador como vendedor podem ser indenizados por despesas tornadas inúteis em decorrência do descumprimento.⁵³⁰ Nelas se incluem, por exemplo, gastos realizados para receber a prestação, que não ocorreu, como o que se passa com a contratação de frete ou transporte que se tornou inútil, desde que tais custos tenham de ser novamente dispendidos pelo credor para recebimento da prestação em atraso.

⁵²⁷ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1532. Dentre outros motivos que denotam a peculiaridade da questão, está o fato de que não é crível ao lesado, *a posteriori*, indicar o fundo que teria investido o valor da prestação, especialmente porque nesses casos se afastaria o natural risco de especulação financeira.

⁵²⁸ Assim, por exemplo, se o vendedor não recebeu o preço e com isso descumpriu um contrato com o fornecedor, poderá exigir a satisfação dessas perdas e danos conjuntamente com os juros de mora.

⁵²⁹ Entendimento mais recente chega a afirmar o caráter compensatório da indenização de forma a permitir sua cumulação com multa moratória: “(...) 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrendo atraso na entrega do imóvel pela construtora, é perfeitamente possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta compensatória, razão pela qual não há que se falar em *bis in idem*.” (STJ, AgRg no REsp 1544333/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015).

⁵³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXIII, pp. 182-183.

Essas despesas pontuais, qualificáveis como desaproveitadas e indenizáveis no *interesse positivo*, não se confundem com os gastos necessários ao cumprimento do contrato, cuja utilidade se mantém mesmo com o atraso no cumprimento. Sobre esse, seu dispêndio presumidamente se inclui na expectativa na prestação do credor lesado.

Assim, por exemplo, custos de comissão de corretagem na venda de imóveis arcados pelo vendedor não são atingidos pela falta de cumprimento do comprador, a não ser que haja resolução do contrato. O mesmo se passa com os custos fixos do vendedor, empregados na fabricação do bem ou do produto, e que são recuperáveis com o recebimento do preço, mesmo que fora do prazo ajustado.

Por parte do comprador, os custos que teve com a escritura pública de compra e venda, bem como o pagamento de eventual imposto não se transmudam em danos indenizáveis com a entrega em atraso do bem prometido. Não são despesas que se qualifiquem como desaproveitadas e, portanto, não são indenizáveis.

Como se denota dessa apresentação meramente exemplificativa, todos esses danos referem-se apenas *indiretamente* à prestação descumprida, não se prestando a substituí-la, tal como o que ocorre nas perdas e danos *ao lado da prestação*. É isso que justifica que, apenas quando prestado conjuntamente a essas é que se qualificam como parte do *interesse positivo*, cuja essência está em ser uma indenização substitutiva do cumprimento.

Há, ainda, alguns prejuízos complementares que não são autonomamente vinculadas ao *interesse positivo*, podendo surgir também no *interesse negativo*. É o caso de honorários advocatícios e de custas processuais que o lesado desembolsa em decorrência do *evento lesivo* e que também são indenizáveis.

3. A composição da indenização medida pelo *interesse negativo*

A indenização pelo *interesse negativo* tem como objetivo reconduzir o lesado à situação em ele que estaria se não tivesse iniciado as negociações contratuais, ou seja, se não tivesse *confiado* na conclusão válida do contrato. Dirige-se a um *status quo*, e não à recolocação da parte lesada na situação de cumprimento do contrato no qual se *confiou*.⁵³¹

O *interesse negativo* é usualmente vinculado a *eventos lesivos* ocorridos antes da formação do contrato. É natural que, não tendo o contrato ainda sido formado validamente, o pretenso contratante não possa demandar a proteção positiva de suas expectativas

⁵³¹ Reitera-se que não se nega a possibilidade de uma proteção positiva da confiança, mas é fato que essa não é realizada pelo *interesse negativo*.

contratuais. Por excelência, é o campo da responsabilidade pré-negocial, a ser estudada no Capítulo 5, no que se inclui também a responsabilidade pela invalidade.

Como se tem afirmado, há de se evitar ligações apriorísticas que pretendam definir o *interesse* reparável em desatenção às peculiaridades de cada hipótese lesiva. Assim como é possível que haja reparação do *interesse positivo* diante de um *evento lesivo* ocorrido antes da formação do contrato, pode-se também vislumbrar o direito à reparação do *interesse negativo* fora dos limites da responsabilidade *pré-negocial*, vinculando-o à tutela do contrato. Trata-se do *duplo filtro* proposto (item 4, Capítulo 3).

De toda sorte, e independentemente da hipótese lesiva, o objetivo da indenização do *interesse negativo* será idêntico: recolocar a parte lesada na situação em que estaria sem o contrato ou sem o início das negociações, o que abrange a indenização de todos os prejuízos causados, tanto *danos emergentes*, como *lucros cessantes* (art. 402 CC).

À diferença do *interesse positivo*, acima estudado, o parâmetro para definição de tais rubricas indenizatórias não será o *contrato* ou o seu *cumprimento*, mas antes aqueles que se vinculam à *situação hipotética a quo*, em que o lesado estaria sem o contrato. Aqui, portanto, ao invés de se *adicionar* algo, se *abstrai* algo que aconteceu. As dificuldades de compreensão, conquanto permaneçam, são nitidamente diversas.

Com efeito, enquanto no *interesse positivo* discutem-se questões sensíveis do sistema de descumprimento contratual – tema central e, entende-se, ainda lacunoso no Direito brasileiro –, aqui se propõe um parâmetro indenizatório pouco conhecido e aplicado no cotidiano acadêmico e forense nacional, e por vezes referenciado como representativo de uma indenização parcial ou a menor.⁵³²

Para desmistificar a percepção de que o *interesse negativo* seria uma indenização “limitada”, ou mesmo que um sucedâneo menor do *interesse positivo*, há de se analisar com cautela a composição das rubricas que o compõem. Como já se expôs, o conceito é

⁵³² “Culpa in contrahendo – Conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, **excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo**. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do Agravo para a subida dos autos” (STF, RE 43951, Relator(a): Min. Antonio Villas Boas., Segunda Turma, julgado em 22/12/1959, ADJ DATA 17-04-1961 PP-00024 EMENT VOL-00422-03 PP-01195), grifou-se. Em um julgado mais recente, ainda que sem expressamente afastar a indenização por lucros cessantes, liga-se o *interesse negativo* ao ressarcimento de gastos: “Indenizam-se os gastos antecipados pela parte contrária, pois não houve celebração de contrato final esperado. São o que a doutrina denomina de interesses negativos.” (TJSP, Ap. Cív. nº 134186-53.2006.8.26.0000. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2011; Data de registro: 20/09/2011; Outros números: 4609154600).

compatível às regras de responsabilidade civil brasileiros, bem com extremamente *útil* à solução de problemas indenizatórios (Capítulo 3). Resta compreender sua *composição*.

3.1 Danos emergentes: especialmente despesas realizadas

A primeira e mais característica rubrica indenizatória que compõe o *interesse negativo* corresponde às despesas que se tornaram inúteis diante do *evento lesivo* (especialmente, mas não somente, a não formação do contrato).⁵³³ É um típico dano emergente, pois se reporta a gastos efetivamente dispendidos pelo lesado. Isso não importa, contudo, em afirmar que toda e qualquer despesa possa ser assim qualificada.

A distinção entre *interesse positivo* e *negativo* proposta por Rudolf von Jhering surgiu justamente impulsionada pela existência de gastos inutilizados em desfavor daquele que confiou na formação válida do contrato. No caso das caixas de charuto enviadas a maior, por erro na indicação da quantidade pelo comprador, a preocupação do jurista alemão era imputar ao *errante* os custos de porte e retorno das mercadorias.⁵³⁴

Pelo que chamou de *senso de justiça*, e ainda que o ordenamento jurídico protegesse a vontade interna do *errante* e lhe conferisse o direito à anulação do contrato, não se poderia fazer com que tais gastos recaíssem sobre a parte inocente. Assim, tanto a responsabilidade pré-negocial como a indenização pelo *interesse negativo* surgem primordialmente (mas não só) para permitir a indenização de tais despesas inúteis.⁵³⁵

Não se pretende aqui trabalhar a necessária desvinculação da *culpa in contrahendo* da hipótese de invalidade e muito menos desconsiderar que o conceito (mesmo alargado) não se liga de maneira indissociável ao *interesse negativo*, ou vice-versa. Da mesma forma, a constatação quanto ao caráter “originário” da reparação de despesas inúteis não desconsidera que elas não são os únicos danos indenizáveis.

Isso superado, pode-se afirmar indubitável que a frustração da *confiança* quanto à formação válida do contrato tenha a potencialidade de tornar despesas realizadas em inúteis ou desaproveitadas. Assim, a mesma rubrica indenizatória que impulsionou a formulação de Jhering é, ainda hoje, a marca característica do *interesse negativo*.

⁵³³ “O problema da responsabilidade pré-contratual é justamente esse, qual seja, o dos gastos que se fazem antes do contrato e quando há a ruptura.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: Revista dos Tribunais, vol. 775. São Paulo: RT, 2000. Acesso pela RTOnline).

⁵³⁴ Remete-se à explicação dos casos analisados por Jhering, realizada no item 2.1, Capítulo 1.

⁵³⁵ Sobre a história da *culpa in contrahendo*, bem como sua vinculação à indenização do *interesse negativo*, pela qual erroneamente se entendeu a identificação de ambos, remete-se o leitor ao desenvolvimento teórico do *par conceitual* trabalhado realizado no Capítulo 2, especificamente nos itens 2 e 3.

É bastante usual que pretensos contratantes realizem gastos na fase de tratativas ou negociações, a qual muitas vezes é um processo extenso e custoso. A própria entrada e manutenção de negociações pode importar em custos, o que é bastante comum em processos licitatórios ou de concorrência, por exemplo. A mesma afirmação poderia ser feita em relação a contratos já formados (ainda que *invalidamente*).

Se, por vezes, tais despesas são realizadas dentro dos limites do *risco* natural do ato de negociar e contratar, por outro lado podem ser vinculadas à *confiança* da parte, a qual tinha expectativa legítima de que o contrato desejado seria validamente concluído. Conquanto ambas possam ser desaproveitadas com a não formação do contrato (ou sua formação inválida), apenas as últimas são (potencialmente) indenizáveis.⁵³⁶

Exemplificam-se em despesas de viagem e estadia⁵³⁷, despesas preparatórias para o recebimento ou para a realização a prestação, em custos de envio de documentos ou produtos, contratação de pesquisas e de consultoria, bem como na realização de investimentos diretamente relacionados ao contrato que não se formou validamente.⁵³⁸

Sua característica principal é justamente o fato de que, no momento em que foram realizadas, não se qualificavam como perdas patrimoniais, por mais que correspondessem à diminuição do ativo de quem as despendeu. É apenas por um evento futuro, o qual viola a *confiança* depositada pela parte, que as qualifica como prejuízos patrimoniais – pois é apenas supervenientemente que elas se qualificam como despesas *desaproveitadas*.

Essa característica permite distingui-las de outras despesas havidas pelo lesado e que, porém, são comuns também ao *interesse positivo*. Consoante se afirmou, gastos com advogados e custas processuais bem como aquelas despesas havidas para a satisfação do *interesse* (já) lesado, não se confundem com as aqui trabalhadas.

Da mesma forma, é possível que o lesado, tanto no *interesse positivo* como no *interesse negativo*, responda por prejuízos causados a terceiros, como no caso de incidência

⁵³⁶ Na doutrina italiana, afirma-se que são ressarcíveis as despesas efetuadas quando a futura conclusão do contrato já era tida como praticamente certa. (AFFERNI, Giorgio. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 79).

⁵³⁷ Como no exemplo de Vicente Dário Moura: um pretenso contratante de Porto Alegre, sob suas expensas, dirija-se até Recife com vistas a negociar a conclusão do contrato. O anfitrião pernambucano, contudo, informa quando da chegada do gaúcho que havia celebrado o contrato com um terceiro há duas semanas. Tivesse o pretenso contratante de Pernambuco informado o partícipe da inutilidade de sua visita a Recife, este não teria realizado os dispêndios da viagem. A ofensa ao dever de lealdade enseja a reparação de danos, dirigido ao *interesse negativo*, como sustenta o jurista português. (MOURA, Dário Vicente. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil..., p. 315).

⁵³⁸ STJ, REsp 1367955/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014.

de cláusula penal. Parece plenamente adequado que, comprovada a ligação de causalidade entre o *evento lesivo* e a falta subsequente, tais despesas sejam indenizadas.

Para bem delimitar o conteúdo que se está a tratar, é imprescindível traçar os critérios de qualificação das despesas como inúteis ou desaproveitadas, ou seja, de saber como e por qual razão elas se transmudam em danos. Complementarmente, vem à tona dois outros pressupostos para sua indenização: a ligação dos gastos à *confiança* e não ao *risco*, bem como a análise de sua proporcionalidade, isso é, seu caráter útil e adequado.

3.1.1 A inutilidade ou o desaproveitamento de despesas

A expressão *desaproveitamento de despesas* assume diferentes sentidos jurídicos. Apesar de sua nomenclatura soar autoexplicativa, ela é um *faux amis*, pois somente é adequadamente compreendida para além de seu sentido literal.

É incontestado que a indenização por despesas desaproveitadas surge vinculada ao *dano de confiança* e ao *interesse negativo*, ainda que por analogia.⁵³⁹ Refere-se, em sentido amplo, a despesas realizadas pelo lesado em razão da confiança depositada em determinada situação jurídica, como se vislumbrava logo na elucidação de Jhering.

Conforme ensina Paulo Mota Pinto, contudo, a possibilidade de sua reparação acabou por ultrapassar os limites da responsabilidade negocial e pré-negocial, vindo a encontrar abrigo também naquela delitual.⁵⁴⁰ É a noção de desaproveitamento de despesas, por exemplo, que está na base da noção de *dano de privação de uso*, pela qual se toma como dano o valor de uma despesa ou do custo de determinado bem.

Especificamente no Direito alemão, a discussão do desaproveitamento das despesas ganhou foros de autonomia com a Reforma do BGB, pela qual se inseriu a possibilidade de, ao invés de demandar danos *no lugar da prestação*, o lesado pela falta de cumprimento possa optar por exigir o ressarcimento das despesas frustradas, assumindo-se uma presunção de rentabilidade que delas adviria (§ 284 BGB).⁵⁴¹

⁵³⁹ Entendendo que a ligação se dá por analogia, vide LANGE, Hermann e SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 256.

⁵⁴⁰ O que é criticado por Paulo Mota Pinto por faltar à responsabilidade delitual um conteúdo mais denso de confiança. (MOTA PINTO, Paulo. Despesas desaproveitadas e dano. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. I. Responsabilidade entre o passado e o futuro. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Iuridica, 2012, p. 591).

⁵⁴¹ Como já se afirmou, eis mais uma razão que justifica o afastamento da ligação absoluta entre o tipo de *interesse* indenizável e a hipótese lesiva. Sobre o tema, já adiantando algumas considerações que serão mais bem elucidadas no Capítulo 6, Claus-Wilhelm Canaris explica o sentido do novo § 284 nos seguintes termos: “o credor pode pedir reembolso por despesas incorridas na presunção razoável de que haveria uma execução, despesas essas que se tornaram inúteis devido à não-execução ou execução defeituosa (...) Esse aspecto

Nesse contexto específico, a noção de desaproveitamento liga-se ao que se denomina de *frustração* ou *presunção de amortização*, pelos quais se presumem que os gastos realizados representam (ainda que parcialmente) a expectativa de vantagem esperada por aquele que os dispendeu. Ou seja, a não satisfação das expectativas (contratuais) frustra não apenas a realização das despesas em si consideradas, como especificamente a *presunção de rentabilidade* que delas advém.⁵⁴²

Em qualquer uma dessas concepções, discute-se a sua adequação aos requisitos de reparação de danos, na medida em que as despesas são realizadas anteriormente ao *evento lesivo* e, portanto, não preenchem o requisito de causalidade – na medida em que se realizam *antes* desse mesmo *evento*. Sem descer a essa especificidade, cuja discussão é extremamente frutífera, há de se distinguir tal pensamento da *frustração* da noção ampla de *desaproveitamento de despesas*, aqui trabalhada.

Embora não se desconsidere que possam ser inseridas em um contexto maior de *presunção de rentabilidade* – afinal, se presume que o lesado realize despesas em atenção a um objetivo econômico mais amplo –, os gastos inúteis ou desaproveitados reparáveis pelo *interesse negativo* mostram-se mais facilmente compreensíveis. Eles se referem, com efeito, ao primeiro e mais evidente sentido do termo.

Trata-se, portanto, de danos materiais e objetivamente aferíveis. No elucidativo termo em inglês, são os chamados *out-of-pocket costs*.⁵⁴³ Ou seja, custos e dispêndios realizados pelo lesado no curso das negociações, ou mesmo no curso contratual, e que posteriormente passam a ser qualificáveis como inúteis ante o *evento lesivo*.

É evidente que o problema de causalidade também aqui se coloca, pois não se pode negar que o gasto é realizado voluntariamente pelo lesado antes de poder ser qualificado como dano. Não parece, contudo, que exista qualquer incompatibilidade do reconhecimento de sua indenização, especialmente porque a eles se adere a ligação à *confiança* legítima, a qual circunscreve os danos potencialmente indenizáveis.

contempla particularmente o interesse do credor caso ele não tenha tido nenhum prejuízo importante em relação a qual possa exigir um ressarcimento”. A situação é exemplificada pelo autor a partir de um conhecido caso da jurisprudência alemã, conhecido como *Stadthalle*. Um partido político aluga um prédio municipal para nele realizar uma convenção partidária. O contrato não é cumprido pela Prefeitura, intencionalmente. Segundo o entendimento do *Bundesgerichtshof*, não haveria dano reparável, na medida em que os alegados danos como publicidade, viagens de funcionários, reserva de quartos de hotel não estariam compreendidos pela falta de cumprimento da prestação. (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito..., pp. 19-20).

⁵⁴² É exatamente essa rubrica indenizatória que os alemães acolheram após a Reforma no § 284 BGB, o qual será melhor trabalhado no item 5 Capítulo 6.

⁵⁴³ A denominação é usada, por exemplo, por FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance...

Em outras palavras, os gastos são feitos na *confiança* e, sendo esta posteriormente frustrada, passam também posteriormente a ser qualificados como gastos *desaproveitados*. Como, ao tempo de seu dispêndio, vinculavam-se já à expectativa legítima e, na medida em que é a frustração dessa que conforma o suporte fático do *evento lesivo*, há uma relação nítida de causalidade que se possa sustentar.

Antes mesmo da análise da vinculação à *confiança*, é imprescindível anotar que o caráter *inútil* ou *desaproveitado* é uma marca indelével da possibilidade de reparação de tais despesas. Ou seja, não basta realizar dispêndios (ainda que *em confiança* ou diante de *legítima expectativa*), é imprescindível que estes se tornem inúteis ou desaproveitados e, com isso, importem em efetiva diminuição do patrimônio do lesado.

Há de se distinguir, portanto, entre as despesas que se exaurem com o falimento das negociações ou com a invalidade do contrato e aquelas que, ainda que realizadas na confiança da contratação, geram um incremento no patrimônio do lesado e podem ser recuperadas. Essa distinção é que permite a qualificação da despesa como *inutilizada*.

Exemplifica-se com o pretenso contratante que, confiando na realização do negócio, assume gastos de conservação ou melhoria do seu imóvel. Na medida em que as negociações não chegam a bom termo, e ainda que preenchidos os pressupostos da ruptura injustificada de negociações, essas despesas poderiam ser consideradas inúteis?

Em princípio, a resposta haveria de ser negativa. O lesado investiu no seu próprio patrimônio, a ele agregando valor. Por mais que não tivesse realizado as despesas se não houvesse confiado na contratação, é discutível a sua qualificação como um gasto tornado inútil ou desaproveitado (ao menos em sua integralidade), na medida em que a vantagem se agrega ao patrimônio do lesado.⁵⁴⁴

Diferentemente seria, contudo, se os valores dispendidos tivessem sido investidos no incremento ou na conservação de bem alheio, como o do pretenso contratante.⁵⁴⁵ Nesse caso,

⁵⁴⁴ Assim, por exemplo, decisão italiana citada por Giorgio Afferni: o vendedor que realiza reparos no teto de sua propriedade, na confiança de que o contrato de compra e venda será realizado, não tem direito à indenização. (AFFERNI, Giorgio. *Il quantum...*, p. 80). No mesmo sentido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao analisar o pedido de indenização por despesas realizadas na reforma de imóvel voltado à locação: “a tudo isto deve acrescentar-se o fato de que as reformas terem valorizado o imóvel e – eventualmente – terem colocado o imóvel em condições de locação”. (TJSP, Ap. Cív. nº 883790-0/2. Relator(a): Manoel Justino Bezerra Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/08/2008; Data de registro: 13/08/2008).

⁵⁴⁵ Foi a hipótese do julgamento de apelação no Tribunal de Justiça de São Paulo em que uma das partes, confiando na realização do contrato para incorporação imobiliária, como limpeza do terreno e pagamento de impostos atrasados e ônus sobre o imóvel: “Responsabilidade pré-contratual. Despesas realizadas pela autora, de forma antecipada, com o objetivo de viabilizar negócio futuro com o réu. Não celebração do contrato, após uma série de diligências e pagamentos feitos pela autora. Comportamento concludente do réu que gerou expectativa da autora de finalização do contrato e estimulou a realização de despesas para a regularização do

para além do fundamento de reparação pela responsabilidade civil pré-negocial, o incremento seria, no mínimo, restituível pelas regras de enriquecimento sem causa.⁵⁴⁶

Excepcionalmente, contudo, e reiterando que a análise aqui formulada é meramente abstrata, seria possível indenizar as despesas realizadas em favor do próprio patrimônio do lesado, se possível comprovar a inexistência de um valor agregado, ou das baixas possibilidades de retorno desse investimento por outro negócio.⁵⁴⁷

Da mesma forma, se o investimento foi realizado especificamente para a finalidade do contrato – um investimento *built to suit*, por exemplo – e isso reduz a possibilidade de utilização do bem, impondo o seu desfazimento, tanto as despesas de construção como as de desfazimento da obra poderiam ser consideradas indenizáveis.

O ônus da comprovação é, naturalmente, da parte lesada. Ou seja, cabe a ela comprovar o dispêndio e também a inutilidade ou desaproveitamento das despesas. Entende-se, contudo, que não é necessário descer-se às vicissitudes de presunção de rentabilidade ou de amortização para que sejam indenizáveis no *interesse negativo*, razão pela qual sua indenização é bastante diversa daquela devida pelo *interesse positivo*.

Essa distinção (por vezes um tanto sutil) coloca-se, como se verá adiante, na possibilidade de tomar tais despesas como forma de cálculo do *interesse positivo* no quadro da responsabilidade contratual ou, como sustenta parte da doutrina, identificá-las a uma indenização parcial do *interesse negativo* no contrato. Nesses casos vem à tona o problema da presunção de rentabilidade,⁵⁴⁸ não, porém, no contexto ainda geral do *interesse negativo* que se tem por ora (vide o desenvolvimento no item 5, Capítulo 6).

imóvel. Composição de interesses negativos, consistentes nos danos que sofreu a autora com a frustração do negócio na fase de pontuação. Sentença de procedência. Recurso improvido”. (TJSP, Ap. Cív. nº 134186-53.2006.8.26.0000. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2011; Data de registro: 20/09/2011; Outros números: 4609154600).

⁵⁴⁶ É evidente que com relevante diferença quanto ao cálculo do valor equivalente em dinheiro, na medida em que a indenização abrange o dano, e a restituição apenas o enriquecimento.

⁵⁴⁷ O que Giorgio Afferni exemplifica com o caso de uma condição de mercado desfavorável. (AFFERNI, Giorgio. *Il quantum...*, p. 81).

⁵⁴⁸ Um julgado inglês, *Anglia Television v. Reed* costuma ser citado quando do tratamento de despesas tornadas inúteis. Tratava-se de discussão envolvendo uma produtora de filmes que viu seu contrato com o ator que faria o papel central em determinada produção rompido unilateralmente por esse dez dias antes do início das filmagens. A produtora requereu, a título de indenização, especialmente por não ter conseguido contratar outro ator, a reparação de todas as despesas havidas, *antes e após* o contrato, o que lhe foi concedido por se entender que se tratavam de gastos razoáveis no contexto contratual. Comentando o julgado, que é referenciado à tutela do *reliance interest*, Thomas Ackermann posta-se contrariamente à qualificação: para ele estaria em jogo uma presunção de rentabilidade das despesas tornadas inúteis no âmbito do *interesse positivo*, no sentido de *despesas desaproveitadas* proposto por von Thur (ACKERMANN, Thomas. *Der Schutz...*, p. 297). O autor alemão embasa seu posicionamento em texto de Michael Kelly, o qual também traz notas bastante interessantes. O autor americano afirma que a televisão nem sequer indicou a existência de lucros cessantes, que não poderiam ser calculados, apenas requerendo o reembolso de despesas. O seu raciocínio é bastante interessante: o interesse negativo não importaria o reembolso das despesas realizadas antes do contrato, porque

3.1.2 A vinculação necessária à *confiança*

As partes em negociações tendem a assumir gastos que são naturalmente ligados à sua participação nas tratativas. Nem todas essas despesas podem ser consideradas como danos emergentes indenizáveis pelo *interesse negativo*. O critério relevante para definir em que medida se qualificam como efetivos prejuízos é justamente a *confiança*.⁵⁴⁹

Como se afirmou, o *interesse negativo* liga-se fundamentalmente à proteção das expectativas da parte lesada. Ainda que não seja adequado identificá-lo à *confiança*, ou vice-versa – assim como se passa na ligação entre *interesse positivo* e *interesse no cumprimento* (item 3, Capítulo 2) –, não se poderia desconsiderar sua íntima ligação.

A indenização do *interesse negativo* pressupõe (em regra) a ocorrência de um dano de confiança, e assim são também qualificáveis as despesas tornadas inúteis. Em outras palavras, somente aqueles gastos realizados *após* a formação da confiança é que se mostram indenizáveis. Mas não é só esse o limite que se coloca à sua reparação.

Com efeito, também há de se analisar a questão em sentido contrário: gastos realizados *após* o *evento lesivo* não se confundem com despesas inúteis. Nessa hipótese, o próprio suporte fático da noção de despesas realizadas de acordo com a confiança não se faz presente, pois a expectativa legítima deixa de existir com a sua frustração.

É claro que despesas anteriormente assumidas e que se só venham a se tornar efetivas após a frustração da confiança podem ser qualificadas como despesas desaproveitadas ou inúteis; mas a elas se diferenciam das surgidas em razão do *evento lesivo*, posteriores e havidas em decorrência deste, e que são nitidamente diversas.

Assim, e consoante já se afirmou, não são despesas desaproveitadas os gastos havidos com advogados ou custas processuais após a ruptura da *confiança*. Ainda que esses também sejam indenizáveis, as discussões mais relevantes afetam apenas àqueles gastos pretéritos e que, pode-se dizer, qualificam o *interesse negativo*.

seriam o risco unilateral da produtora que nelas teria incorrido mesmo que o contrato não houvesse disso concluído [lembre-se que não está em jogo a ruptura de negociações, e sim do contrato]; o contrário, contudo, se passava com o interesse positivo pois, se o contrato tivesse sido cumprido, o custo da produção seria no mínimo correspondente à vantagem que se esperava obter. A reparação dessas despesas, portanto, não se colocava no âmbito do *interesse negativo*. (KELLY, Michael. The Phantom Reliance Interest in Contract Damages In: Wisconsin Law Review 1755, 1992, pp. 1816-1817).

⁵⁴⁹ Assim, e ainda que em entendimento delimitado à responsabilidade pré-negocial – sendo, portanto, meramente *tendencial* a reparação do *interesse negativo* – a precisa afirmação de Antônio Junqueira de Azevedo: “haveria dois pressupostos da responsabilidade pré-contratual: a) confiança na realização do futuro negócio; e b) o investimento na confiança”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências..., Acesso RTOnline.

A distinção é evidente também sob o ponto de vista da causalidade. No caso das despesas realizadas em confiança à conclusão válida do contrato, há uma transformação superveniente na sua natureza, que permite afirmá-las como um *dano indenizável*. No caso das despesas assumidas após o *evento lesivo*, o nexo de causalidade direto e imediato é muito mais evidente, e se opera segundo as regras usuais de qualificação dos *danos injustos*: não fosse sua ocorrência, as despesas não teriam lugar.

Bem delimitado que a indenização se dirige à reparação de despesas tornas inúteis ou desaproveitadas, porém realizadas já quando existente a *confiança* quanto à realização válida do negócio, há de se analisar quando esse suporte fático é preenchido.

Partindo-se da divisão proposta por Thomas Ackermann, seguida por Paulo Mota Pinto, a análise pode ser realizada a partir de três diferentes momentos, quais sejam: despesas realizadas por ocasião da conclusão do contrato, após e antes dela.⁵⁵⁰ Denotando o que se tem afirmado, a distinção sugerida deixa implícito que a indenização do *interesse negativo* não decorre apenas e tão somente da falta de formação do contrato.

Despesas realizadas *com a conclusão do negócio* são nítidos dispêndios de confiança, que dela se presumem. Sua indenização somente é cabível, naturalmente, nos casos em que o contrato desejado se formou, ainda que invalidamente. Aqui se incluem custos com advogados e emolumentos, como o pagamento de escritura pública ou mesmo de tributos eventualmente incidentes, dispendidos *no ato de formação do pacto*.⁵⁵¹

Nada impede, contudo, que antes da formação do contrato uma das partes adiante ou realize despesas relacionadas com o instrumento contratual. Nesses casos, porém, a ligação à confiança não será sempre evidenciada, o que dependerá de uma análise mais específica sobre se tais custos foram dispendidos nos limites da proteção conferida pelo ordenamento ou, ao contrário, se foram realizados pela parte sob seu risco.⁵⁵²

No que toca a despesas havidas *após a formação do contrato*, Paulo Mota Pinto sugere a distinção entre gastos havidos na confiança voltada ao cumprimento e despesas realizadas, também no curso do contrato, porém após o conhecimento da invalidade ou da

⁵⁵⁰ MOTA PINTO, Paulo. Interesse... vol. II, pp. 1079-1087 e ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., pp. 280-297.

⁵⁵¹. No contexto alemão pós-Reforma, afirma o jurista que esses custos podem ser utilizados para mediação da presunção de rentabilidade do interesse positivo. (ACKERMANN, Thomas. Der Schutz ..., p. 289).

⁵⁵² Também assim Paulo Mota Pinto, afirmando que os custos para elaboração da proposta não se incluíam nessa rubrica, pois não foram causados nem pela confiança nem pelo lesado. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse... vol. II, p. 1078).

ineficácia, e que se voltam para garantir o seu cumprimento, malgrado a invalidade. As primeiras são despesas desaproveitadas; as segundas, não.⁵⁵³

Assim, custos assumidos pelo lesado na confiança quanto à validade do contrato ou ao recebimento da prestação ajustada são qualificados como *despesas inutilizadas*. No exemplo da caixa de charutos de Jhering, são assim qualificáveis os custos de envio da mercadoria, os quais se tornaram inúteis com a invalidação do contrato por erro.

Por fim, e de especial relevância no âmbito da tese, são as despesas realizadas *antes da formação do contrato*. É exatamente nesse momento que se coloca com maior evidência a necessidade de distinguir entre despesas realizadas em atenção à *confiança* e, ao contrário, aquelas assumidas dentro do risco natural de toda e qualquer negociação.

Como se tem afirmado, apenas os gastos realizados em conta e por função da formação da confiança é que se mostram (em tese) indenizáveis. É o que afirma Cristiano Zanetti, para quem “a indenização do interesse negativo não serve para eliminar os riscos unilateralmente assumidos pelos candidatos a contratante no processo negocial”.⁵⁵⁴

Nem mesmo a posterior ocorrência de um ato ilícito, especificamente a ruptura de negociações (por exemplo), teria o condão de retroativamente fazer com que o pretenso contratante pudesse assumir a responsabilidade de indenizar o outro por todo e qualquer gasto inutilizado no *iter* das negociações. A questão é facilmente depurada do sentido conferido à proteção do lesado, e que se volta à *confiança* ou à *legítima expectativa*.

Assim, e para delimitar a análise à não formação do contrato (como se verá com maior atenção no Capítulo 5), o pretenso contratante somente terá direito à indenização daquelas despesas que se liguem casualmente com a criação da confiança que posteriormente se viu frustrada (*evento lesivo*). O duplo ônus de comprovação é seu: tanto o dispêndio efetivo ou a assunção da despesa que se tornou inútil, como essencialmente a formação da confiança e sua vinculação mútua ao dano injusto.

⁵⁵³ Isso se passa não apenas porque deixam de estar vinculadas à confiança, na medida em que realizadas após a frustração dessa, mas essencialmente porque são dispêndios voltados para a obtenção do resultado desejado com o cumprimento do contrato, indenizáveis apenas no âmbito do *interesse positivo*, e não do *negativo*. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse... vol. II, p. 1081).

⁵⁵⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 158. No mesmo sentido, e afirmando se tratar da orientação dominante na Alemanha (com citações doutrinárias e também jurisprudenciais), vide FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 313-314).

Não se pode evitar, nem é esse o “*escopo da norma*” de proteção à fase pré-negocial (não desconsiderando a tutela do *interesse negativo* fora dela), o risco representado pelas negociações contratuais, sob pena de se destruir a sua essência.⁵⁵⁵

3.1.3 O critério da razoabilidade

A indenização de despesas inúteis ou desaproveitadas no âmbito do *interesse negativo* não pressupõe apenas que elas tenham sido realizadas nos quadrantes da *confiança* quanto à formação válida do contrato. Com efeito, é preciso distingui-las adicionalmente por um critério de proporcionalidade e razoabilidade.

Como se sabe, o Direito brasileiro não contém qualquer regra específica aplicável à responsabilidade pré-negocial. A lacuna poderia, aliás, ser qualificada como dúplice, na medida em que também o tratamento da responsabilidade pela invalidade (a qual, entende-se, é também pré-negocial), é desconsiderado pelo legislador.⁵⁵⁶

É certo que a falta de tratamento legislativo pode e deve ser contornada para se admitir a existência da responsabilidade civil na fase formativa, ao que muito bem se adequam as cláusulas gerais do art. 187 e do art. 422 CC.⁵⁵⁷ Definido o suporte fático que autoriza o reconhecimento da responsabilidade, contudo, vem à tona o problema da sua quantificação e do alcance da indenização devida.

Tem-se aqui em consideração especificamente a necessidade de avaliação da qualificação das despesas realizadas pelo lesado – para além, portanto, da inexistência de um mandamento legal inequívoco de que a indenização se dirija (tendencialmente, é verdade) ao *interesse negativo*. Na falta de uma definição legal peremptória, o problema é resolvido pela aplicação das regras gerais de indenização.

E, nesse contexto, partindo do pressuposto de que são indenizáveis as despesas “necessárias, normais e razoáveis, isto é, adequadamente efectuadas por causa das negociações”⁵⁵⁸, como sugere Mario Júlio de Almeida Costa, pode-se acrescentar aos critérios supra estudados a avaliação da proporcionalidade ou razoabilidade do dispêndio.

A análise da razoabilidade das despesas, a qual se entende cabível pela qualificação de sua utilidade *vs.* carácter voluptuário, é adequadamente obtida apenas diante de

⁵⁵⁵ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 52.

⁵⁵⁶ O que não importa dizer que não haja fundamento suficiente à indenização, conforme já se elucidou na NR 330, *supra*.

⁵⁵⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁵⁵⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 80.

peculiaridades de cada contrato. É a defesa que faz Paolo Gallo, por exemplo, para quem despesas voluptuárias ou fúteis não são indenizáveis. Trata-se de um limite intrínseco a qualquer pretensão indenizatória, seja ela delitual ou contratual.⁵⁵⁹

O fato de ser necessário analisar a qualidade da despesa diante de peculiaridades do caso específico não torna possível que se confundam despesas elevadas com aquelas voluptuárias ou fúteis. Não é a quantidade da despesa que determina a sua indenização, mas sim a sua qualidade obtida *in concreto*.

Além do mais, é plenamente possível que, mesmo em uma economia de mercado, determinado (pretenso) contratante realize investimentos úteis e necessários em valor superior à vantagem econômica esperada com o contrato, como se passa em contratos “desvantajosos” firmados para possibilitar a inserção e abertura de mercado, por exemplo.

Uma vez frustrada a *confiança* na realização do contrato – que, em sentido amplíssimo, tem a potencialidade de abranger a confiança na sua existência, na sua validade e também no seu cumprimento –, tais despesas transmudam-se em danos.

3.2 Lucros cessantes: oportunidades alternativas

Se a reparação dos *danos emergentes* acima trabalhada suscita problemas pontuais que se mostram facilmente contornáveis, a discussão quanto à reparação de *lucros cessantes* no *interesse negativo* é certamente mais complexa. Discutem-se não apenas a possibilidade de indenização por essa rubrica indenizatória, como também as dificuldades de sua comprovação (o que, aliás, é indissociável da indenização do *lucro cessante*).

A primeira controvérsia, referente à possibilidade abstrata de reconhecimento da reparação de lucros cessantes no *interesse negativo*, já foi exposta anteriormente (item 2.4, Capítulo 3). Conforme ali se sustentou, não há razão para delimitar e deixar de aplicar os termos do art. 402 CC à indenização medida pelo *interesse negativo*, a qual não se mostra uma indenização *a menor* ou *limitada* em relação às regras gerais.⁵⁶⁰

Com efeito, todos os danos que se liguem em causalidade direta e imediata ao *evento lesivo* são indenizáveis, sendo esse o sentido da indenização pela extensão dos danos

⁵⁵⁹ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il quantum..., p. 504.

⁵⁶⁰ Não há razão, portanto, para delimitar a aplicação do dispositivo apenas ao interesse positivo. É o que faz, por exemplo Francisco Medina, na seguinte passagem: “Quando o representante sabe que ele não tem poder de representação, as perdas e danos devem ressarcir o interesse positivo, ou seja, elas têm como parâmetro a posição em que a contraparte estaria se o ato jurídico tivesse sido ratificado (art. 402 do CC/2002, por analogia).” (MEDINA, Francisco Sabadin. Negócio jurídico sob identidade alheia ou falsa no direito civil brasileiro. In: Revista de Direito Privado. Vol. 62/2015, p. 59 – 94. Abr - Jun / 2015, acesso pela RTOonline).

determinada pelo art. 944 CC. Insiste-se no fato de que o lesado deve ser reconduzido à situação hipotética em que estaria se não tivesse iniciado as negociações contratuais, abrangendo todos os prejuízos necessários à adequada recondução.

Não há argumento convincente que afaste *a priori* a reparação dos lucros cessantes, resultado que seria contrário às regras de responsabilidade civil adotadas no Direito brasileiro. Nesse contexto, nem mesmo a consideração supra referida, quanto ao fato de que o ressarcimento de despesas tornadas inúteis seja, por excelência, a rubrica indenizável no *interesse negativo*, poderia negar a conclusão que ora se afirma.

Em verdade, bem compreendido o texto no qual a distinção entre os *interesses* aqui trabalhada foi originalmente proposta, vislumbra-se com bastante clareza que o próprio Jhering não desconsiderava e muito menos negava a possibilidade de que a *culpa in contrahendo* abrangesse a indenização de ganhos obstados ou de lucros cessantes.

O texto fazia expressa referência à indenização de lucro cessante nos casos de um cocheiro que fora marcado para o dia errado, ou do hotel que deixou de receber hóspedes pelo agendamento equivocado da data da hospedagem.⁵⁶¹ À diferença do caso da venda da caixa de charutos, aqui haveria aqui um *lucro obstado* e não apenas *adiado*. Para Jhering, eles comporiam também a indenização pelo *interesse negativo*.

É bastante interessante notar que a indenização de lucros cessantes era referendada por Jhering e que, não obstante, sua recepção posterior acabou por fundamentar relevantes entendimentos limitativos da reparação do *interesse negativo* apenas às despesas desaproveitadas.⁵⁶² Essa leitura equivocada, bem como as críticas ao conceito que dela se seguiram, devem ser afastadas na leitura aqui defendida.⁵⁶³

Diante do contexto de desenvolvimento teórico da distinção, realizado no Capítulo 2 ao qual se remete, anotou-se um caminho heterogêneo de construções e desconstruções que aguçaram a complexidade do tema proposto. Dentre as conclusões parciais que se devem

⁵⁶¹ JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo...*, p. 16. Exemplos análogos são citados por CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré contratual...*, pp. 208-209.

⁵⁶² A adesão a tal limitação de alcance é qualificada por Jean Anéx, à luz do Direito suíço, como “incompreensível, infundada e insustentável” (ANÉX, Jean. *L'intérêt négatif, su nature et son étendue*. Lausanne: Imprimerie Vaudoise, 1977, p. 119).

⁵⁶³ Como visto, exemplificativamente, é com base nisso (dentre outros motivos) que se compreende o entendimento crítico de António Menezes Cordeiro, para quem a indenização do *interesse negativo* seria limitada, por não incluir os lucros cessantes. (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações*. Tomo IV. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias. Coimbra: Almedina, 2010, p. 158).

evitar, especialmente porque não mais se sustentam nos ordenamentos em que foram concebidas, está justamente a questão da reparação dos *lucros cessantes*.⁵⁶⁴

Há, portanto, de se rejeitar uma visão restritiva da abrangência da indenização devida pelo *interesse negativo*, seja porque ela não se mostra indissociável do conceito, seja porque não é compatível às regras de indenização no Direito nacional.⁵⁶⁵

Isso não importa, contudo, em afirmar peremptoriamente que a indenização do *interesse negativo* abranja, de maneira necessária, a rubrica dos *lucros cessantes*. A razão é bastante singela: assim como as despesas desaproveitadas, eles deverão ser devidamente comprovados pela parte lesada, sob pena de não ser indenizadas.

Chega-se, então, à segunda controvérsia acima indicada, correspondente à composição e comprovação dos *lucros cessantes abrangidos* pelo *interesse negativo*. E, máxime quando em comparação ao lucro indenizável no *interesse positivo*, surgem aqui algumas peculiaridades que devem ser bem compreendidas.

Primeiramente, faz-se necessário aderir à distinção proposta por Jhering entre o lucro obstado e o lucro adiado. Conforme a síntese de Francisco Marino, “lucro adiado não é lucro perdido”, sendo a máxima aplicável a qualquer demanda indenizatória.⁵⁶⁶ Caberá ao lesado comprovar o caráter definitivo do lucro que deixou de obter – o que se dá especialmente quando não obtém ou mantém consigo a sua contraprestação, ou sendo ela perecível –, sob pena de não fazer jus à sua indenização.

Mais do que isso, contudo, é imperioso estabelecer os limites para qualificação do *lucro cessante*, os quais têm em consideração *oportunidades alternativas* ou *negócios alternativos* que o lesado deixou de firmar. Em outras palavras, o parâmetro de cálculo dos prejuízos não é o contrato que deixou de ser firmado ou mesmo que se firmou.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴ Assim, por exemplo, admite-se na Alemanha a reparação do lucro cessante (ACKERMANN, Thomas. Der Schutz..., p. 297 e também LANGE, Hermann e SCHIEMANN, Gottfried. Schadensersatz..., p. 64). Na Itália, é lúcida a afirmação de Giorgio Afferni no sentido de que “essa orientação restritiva foi abandonada e hoje é pacífico que o dano ressarcível a título de responsabilidade pré-contratual possa incluir também o lucro cessante de oportunidades alternativas” (AFFERNI, Giorgio. Il *quantum*..., p. 82).

⁵⁶⁵ Não se concorda, pois, com a definição delimitadora realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgado acima mencionado, NR 532. Mais ainda, e conforme salienta Cristiano Zanetti, o caso não envolvia propriamente a *culpa in contrahendo*, mas sim o descumprimento de contrato preliminar (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 161). A restrição constante do julgado poderia se justificar em determinado período de desenvolvimento dos conceitos (note-se que ele data de 1950), mas, certamente, não mais atualmente.

⁵⁶⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., p. 672.

⁵⁶⁷ Assim, por exemplo, deve-se ler com cautela a lição de Clóvis do Couto e Silva, no sentido de que o disposto no art. 1.059 CC 1916 (atual 402 CC) não se aplicaria na responsabilidade pré-negocial: “em se tratando de responsabilidade pré-contratual, somente deverá prestar em favor do prejudicado o interesse negativo, isto é, o que efetivamente perdeu ou gastou, na confiança da realização do negócio, e não o que deixou de lucrar”. Ora, os lucros obstados são aqueles desejados do negócio que não se formou (ou se formou invalidamente) – e isso

Como se sustenta, a distinção entre *interesse positivo* e *negativo* é direcional, pois representam situações hipotéticas diametralmente opostas. Daí porque eventuais *lucros cessantes* devidos pelo *interesse negativo* não levarão em conta a vantagem representada com a prestação contratual. Ou seja, não são medidos pelo *interesse no cumprimento* e, sim, pelo que o lesado deixou de ganhar por ter confiado naquele contrato.⁵⁶⁸

Note-se a alteração de conteúdo: não se indenizam as vantagens esperadas *daquele* contrato no qual se confiou, pois isso seria conferir ao lesado a indenização 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.⁵⁶⁹

Em comparação com os componentes que integram o *interesse positivo*, o comprador não terá direito ao *equivalente* da prestação ou à 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.

E, com isso, deve-se exigir do lesado a comprovação quanto à existência de negócios alternativos, como também a demonstração de parâmetros objetivos para a *quantificação* de tais *lucros cessantes*. Não parece haver uma base segura para, indistintamente, admitir-se o cálculo abstrato ou equitativo desse no Direito brasileiro, até mesmo porque esse cálculo tem que ser embasado na existência de uma *proposta*.

É de se admitir, contudo, a possibilidade de utilização de *máximas da experiência*, como forma de comprovação da existência de negócios alternativos. A proposição, feita no âmbito geral do *lucro cessante* por Hans Fischer⁵⁷⁰, soluciona o problema da existência de tais negócios, mas não o da quantificação do dano, o qual permanece em aberto.

É indubitável que, fora da excepcionalidade de uma presunção de existência de negócios alternativos, sua prova é bastante difícil. Não é de se admitir, contudo, que o requisito probatório possa ser afastado, na medida em que tais danos não são indenizáveis

apenas tendencialmente – mas podem existir em relação a negócios alternativos. (COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar..., p. 199).

⁵⁶⁸ Na síntese de Gisela da Cruz Sampaio Guedes, “(...) 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, ou, então, com o próprio investimento financeiro do capital”. (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes..., p. 145).

⁵⁶⁹ É o que entende Carlyle Popp: “Isto que a parte deixou de ganhar, porém, não tem nenhuma identificação com o contrato a ser firmado. Assim, o valor do contrato e as vantagens que auferiria não importam, pelo menos diretamente, para a aferição dos lucros cessantes”. (POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 279).

⁵⁷⁰ FISCHER, Hans Albrecht. A reparação..., p. 107

“sem um mínimo concludente de apoio concreto”.⁵⁷¹ As dificuldades, entende-se, simplesmente refletem aquelas já naturais à reparação dos *lucros cessantes*.

E, nesse ponto, é sensível a distinção entre demandar o *cumprimento pelo equivalente* à luz do *interesse positivo* e demandar *lucros cessantes* de negócios alternativos com base no *interesse negativo*.

Resta então compreender os qualificativos de negócios alternativos que permitem que o lucro que deles poderia se esperar possa ser obtido pela reparação aqui trabalhada.

Assim como o que se passa com o ressarcimento das despesas desaproveitadas, somente são indenizáveis oportunidades perdidas que se liguem de maneira *etiológica* à confiança, na expressão de Mario Júlio de Almeida Costa.⁵⁷² Em outras palavras, somente contratos que o lesado deixou de firmar por ter *confiado* na realização daquele que não se formou validamente é que se mostram em essência indenizáveis.

À semelhança da distinção realizada supra, quando do tratamento do requisito da *confiança* para a indenização de gastos desaproveitados, há de referenciar aqui um duplo limite: são indenizáveis danos havidos entre a formação da confiança e a sua frustração, ambos elementos que compõem de forma necessária o *evento lesivo*.

O negócio alternativo que o lesado deixou de concluir deve ser, assim, contemporâneo ao surgimento da confiança legítima; nem anterior à sua formação, nem posterior à sua frustração. Não está em jogo um mero uso alternativo de recursos realizável a qualquer tempo, portanto, máxime após a frustração da confiança.

Por sua vez, não se mostra exigível que a oportunidade perdida tenha conteúdo semelhante àquele do contrato que se frustrou. É essa a visão de Paulo Mota Pinto, à qual se adere, entendendo indenizável o dano decorrente de um uso alternativo de natureza não comercial, como o trabalho pessoal empregado pelo lesado na *confiança* quanto à realização do contrato, por exemplo.⁵⁷³ A pedra de toque será, sempre, o critério de causalidade, o qual necessariamente deve estar presente, a ligar o *evento lesivo* (confiança e frustração posterior) e a perda da oportunidade de realização do negócio.

Admitindo-se a reparação por um uso alternativo de recurso que se deixou de realizar em decorrência da *confiança*, abre-se espaço para a constatação de que, em um mercado

⁵⁷¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 80.

⁵⁷² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 77.

⁵⁷³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1095. O jurista português exemplifica com caso julgado pelo Tribunal alemão, que conferiu ao arquiteto que, confiando na compra de um terreno realizou trabalho de planos de construção do imóvel, o valor normal de seu trabalho, por não poder empregar sua força de trabalho de forma lucrativa.

ideal, a reparação do *interesse negativo* seria idêntica à do *interesse positivo*, pois negócios alternativos teriam o mesmo conteúdo econômico daquele frustrado.⁵⁷⁴

Esse é um dos argumentos que, especialmente no âmbito do *common law*, levou à negativa da reparação de *lucros cessantes* no âmbito do *reliance interest*, ao entendimento que com ele se estaria indenizando o *interesse positivo* do lesado.⁵⁷⁵

A afirmação refletiu-se na doutrina estrangeira, havendo vozes que sustentam não propriamente uma proibição da indenização, mas uma nítida correspondência da indenização do *interesse positivo* e do *interesse negativo* nos casos em que este abrange o *lucro cessante*. Assim, por exemplo, o entendimento de Paolo Gallo, para quem os limites entre os componentes do *par conceitual* seriam falhos, pois plenamente possível indenizar vantagens que o lesado deixou de obter pelo *interesse negativo*.⁵⁷⁶

Ao ver de Gallo, nesses casos se indenizaria conjuntamente o *interesse positivo*, identificado aos lucros de negócios alternativos: “se de fato vem ressarcida a título de lucro cessante também a oportunidade perdida de concluir outros contratos, iguais ou mais vantajosos, deve resultar evidente que pelo menos nesses casos o ressarcimento não apenas engloba o interesse positivo (...) como pode ser superior”.⁵⁷⁷

A compreensão não há de ser seguida. A simples unidade da rubrica indenizada não importa a necessária unidade do conteúdo indenizável: no *interesse negativo*, o objeto da indenização é o lucro cessante do contrato alternativo que se deixou de firmar, e não *do contrato em cuja formação se confiou*. Eventual identidade do *quantum* obtido não afasta a diversidade dos danos e suas causas, sendo meramente circunstancial.

Essa consideração, contudo, coloca em evidência a possibilidade de que a indenização pelo *interesse negativo* seja idêntica ou até mesmo superior à devida pelo *interesse positivo*. Afinal, se as despesas tornadas inúteis são (em regra) menores do que a

⁵⁷⁴ “(...) numa sociedade em que todas as alternativas estivessem disponíveis e todos os mercados fossem ‘perfeito’ não haveria distinção relevante entre o ‘expectation’ e o ‘reliance’, já que a perda averbada por não se ter realizado um contrato (o dano de ‘reliance’) seria idêntica ao ganho que se obteria com a conclusão de um contrato alternativo (os ganhos de ‘expectation’)”. (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica..., p. 698).

⁵⁷⁵ É o que se infere, por exemplo, do seguinte excerto de Patrick Atiyah: “mas se o caso de conferir perdas e danos por lucros cessantes ou pela perda da expectativa contratual é de certa forma difícil, o mesmo não se poderia certamente afirmar em relação aos danos de confiança ou ao ‘dano’ de restituição”. (ATIYAH, Patrick. An Introduction to the Law of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 449)

⁵⁷⁶ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il quantum..., pp. 488-489.

⁵⁷⁷ Em outra passagem, o jurista italiano afirma que “o exame da casuística indica evidenciar uma série de casos nos quais o ressarcimento do dano a título de interesse negativo engloba também o interesse positivo, vale a dizer, não apenas as despesas, mas também a perda de lucros”. (GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il quantum..., pp. 492-493). O entendimento do autor não corresponde à majoritária doutrina italiana, como se pode ver da lição de Vincenzo Roppo, expressamente admitindo que o *interesse negativo* congrega tanto as despesas inúteis como o fato de o lesado ter perdido outras ocasiões de negócios, sendo ambos os principais componentes que o compõem. (ROPPO, Vincenzo. Il contratto..., p. 186).

vantagem esperada pelo contrato, quando a elas se adere a possibilidade de ressarcimento do lucro de um negócio alternativo, o problema passa a assumir outros contornos.⁵⁷⁸

Se bem comprovada a circunstância que obriga a indenizar, não se vê razão para negar de forma abstrata e apriorística que a indenização do *interesse negativo* possa superar ou equivaler àquela devida pelo *interesse positivo*.

Defensores da hipótese de limitação dirão que não se poderia recolocar o lesado em uma situação mais favorável do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente firmado e executado. A constatação é, de fato, bastante sedutora e foi (em parte) acolhida no Código Civil alemão⁵⁷⁹; uma análise mais atenta, porém, inclusive à luz do sentido da adoção do conceito de *interesse negativo*, não permite que seja acolhida.

A primeira objeção que vem logo à tona é o fato de que a discussão quanto à existência ou não de limitação somente é justificável se reconhecida que a responsabilidade pré-contratual não seja responsabilidade extracontratual *pura*, ou absolutamente desvinculada do contrato. Outrossim, houvesse tal desvinculação absoluta, nem sequer seria colocada em evidência a distinção entre *contrato* e *não contrato*.⁵⁸⁰

A utilização do parâmetro contratual, por sua vez, não se mostra como subterfúgio à limitação da indenização, nem poderia ser tomada como fundamento suficiente para afastar o fato de que a indenização é medida pela extensão dos danos (art. 944 CC).

Sob essa ótica, destaca-se a afirmação de Ruy de Albuquerque, integralmente aqui adotada, para quem “a ideia de que o contratante ficaria numa situação mais favorável do que a resultante da celebração do contrato traduz-se na ignorância de que se pretende colocá-lo na situação em que estaria se não fosse a culpa do contraente”.⁵⁸¹ Ora, se há diferentes *situações jurídicas hipotéticas*, cada qual obtida pelas regras gerais de responsabilidade civil, não seria mesmo adequada a discussão de uma limitação.

⁵⁷⁸ Concorde-se nesse ponto com Carlyle Popp, para quem a discussão sobre a existência de limites indenizatórios somente seria (em tese) cabível no que diz respeito aos *lucros cessantes*, e não aos *danos emergentes*. (POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 280).

⁵⁷⁹ Com efeito, tanto nas hipóteses de invalidação por *erro* ou *declaração não séria* (§ 122, BGB) como na responsabilidade do *representante sem poderes* (§ 179, BGB), a indenização pelo *interesse negativo* não pode ser superior ao que se obteria com o contrato. Nos demais casos de *culpa in contrahendo*, a lei alemã não impõe qualquer limite e, portanto, admite-se que o *interesse negativo* supere o *positivo*.

⁵⁸⁰ E, embora não se pretenda definir uma ou outra posição, parece que esse argumento é bastante relevante para a discussão sobre o regime de responsabilidade aplicável à falta pré-negocial. Em suma, ela não se mostra definitivamente desvinculada do contrato. Analisando a problemática sob a mesma ótica, mas adotando a compreensão de que a limitação não se justificaria ante o caráter extranegocial da responsabilidade civil por culpa in contrahendo, vide TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Informação assimétrica..., p. 440.

⁵⁸¹ ALBUQUERQUE, Ruy de. Da culpa in contrahendo..., p. 84.

Dessa forma, entende-se cabível a indenização por *lucros cessantes*, bem como que a indenização devida pelo *interesse negativo* seja superior à devida pelo *interesse positivo*. A sua ocorrência não é comum, contudo, na medida em que a comprovação das oportunidades perdidas não é tão simples como o é (ou deveria o ser, tal como sustentando acima) o direito a exigir o *equivalente* da estação descumprida, no âmbito contratual.

3.3 Indenização pela perda de uma chance?

Por fim, hão de se traçar algumas considerações a respeito da possibilidade de indenização pela *perda de uma chance* no âmbito do *interesse negativo* – e que, de alguma forma, reflete-se também no tratamento do *interesse positivo*.⁵⁸²

É sabido que a reparação de chances perdidas é admitida no Direito brasileiro. O tema, contudo, ainda suscita relevantes discussões, como a questão de sua qualificação como dano emergente ou lucro cessante. Sem desconsiderar os espaços ainda a preencher, delimita-se a análise ao problema específico de saber se a *perda de oportunidade* pode ser considerada um dano indenizável nos limites do *par conceitual* ora trabalhado.

Deve-se preliminarmente depurar o sentido da chance perdida, o qual delimitará a possibilidade de sua indenização. Refere-se à qualificação da *chance* como vinculada *ao negócio que se frustrou* ou *ao negócio alternativo que não se realizou*. Somente nesta última concepção é que se mostra adequada a qualificação respectiva.

Não parece concebível que a contratação frustrada (invalidade ou mesmo descumprida) possa ser tomada como parâmetro para o cálculo do dano mensurado pelo *interesse negativo*. Não obstante, é o que admitia a doutrina francesa até o paradigmático acórdão Manoukian, de 2007.⁵⁸³ A sua afirmação não encontraria fundamento no Direito brasileiro, nem se adequaria ao sentido da proposição formulada na tese.

Com efeito, e denotando um sentido prático evidente da adoção do *par conceitual* que aqui se sustenta, sabe-se que sua aplicação no Direito francês é bastante tímida. A inexistência de parâmetros indenizatórios nem sempre se mostra algo positivo, pois tem o condão de impedir a plena compensação da *situação hipotética* à qual se deve reconduzir o

⁵⁸² Assim, defendendo a possibilidade de cálculo parcial dos lucros contratuais obstados a título de indenização do *interesse positivo* (ainda que no âmbito da responsabilidade na contratação pública), desde que não cumulável com a indenização por despesas desaproveitadas, vide FERREIRA, Rui Cardona. Indemnização..., p. 360.

⁵⁸³ DESHAYES, Olivier. Le dommage précontractuel. In: RTDcom. Avril/Juin 2004, p. 191 e sg. e GHESTIN, Jacques. La responsabilité..., p. 454.

lesado. Em outras hipóteses, contudo, é contornável pela adoção de critérios por vezes artificiais.

A indenização pela perda da chance vinculada ao contrato que não se firmou (ou que se firmou invalidamente) parece um exemplo típico da segunda opção. Não há sentido prático em afirmar que o lesado não tem direito ao cumprimento do contrato e utilizar a frustração desse mesmo contrato como parâmetro de indenização de danos. Ou há ou não há direito ao cumprimento do contrato. A perda da chance não é meio termo razoável.

Diferentemente se passa, contudo, se a chance perdida não estiver relacionada ao contrato que não se formou (ou que se formou invalidamente) e sim a um contrato alternativo que se deixou de firmar. O ponto que aqui se coloca, contudo, é a nítida remissão de ambos a *oportunidades perdidas*, hipótese ligada ao *lucro cessante*.

E, sem pretender negar de forma peremptória a possibilidade de reparação pela *perda de uma chance*, não se mostra admissível que ela seja um sucedâneo da reparação por *lucros cessantes* de contratações alternativas cuja plausibilidade não se comprovou.

A possibilidade de presunção da existência de negócios alternativos – especificamente quando os bens adquiridos poderiam ser vendidos em mercado ilimitado ou de balcão, por exemplo – não se confunde com a indenização da chance perdida. Se cabível a presunção, não haverá indenização da *chance*, e sim do *lucro cessante*.

Mostra-se, portanto, cabível o recurso à *perda de uma chance* quando se puder comprovar que, em razão da confiança, a parte deixou de procurar negócios alternativos. Ou seja, desde que provável a existência e tais negócios, mas não *certeira* a chance de êxito em relação eles.

Seria o caso, somente em um exercício hipotético, de alguém que confia em uma vaga de emprego e, com isso, perde a oportunidade de se submeter a outros processos de contratação – pense-se em um jogador de futebol que precisa aproveitar janelas de transferências, ou de um professor universitário em início de semestre ou ano letivo. Ambos serão trabalhados, em um contexto mais específico, adiante no trabalho.⁵⁸⁴

⁵⁸⁴ Defendendo a aplicação da perda de uma chance para indenização em caso de responsabilidade pré-negocial trabalhista, mencionando inclusive entendimentos jurisprudências sobre o tema, vide o seguinte entendimento doutrinário: “Assim sendo, nem todo dano ocorrido na fase pré-contratual pode ser considerado como perda de uma chance, mas somente aqueles relacionados à grande probabilidade de atingir um resultado benéfico ou de evitar um prejuízo, o que, no âmbito das relações de emprego, será a contratação ou não do trabalhador – quando, por exemplo, o sujeito deixou de participar de outras entrevistas de emprego diante de promessa de contratação do empregador, mas este não o contrata ou o faz em cargo com piores condições do que a proposta, piorando o estado anterior do trabalhador.” (LOVATO NETO, Renato e OLIVEIRA, Lourival José de. Responsabilidade pré-contratual nas relações de emprego:

4. Síntese

A forma de composição da indenização pelo *interesse positivo* e pelo *interesse negativo* não é unitária nem estanque, somente sendo definível *in concreto*. É possível, contudo, traçar alguns parâmetros abstratos dessa composição, tendo em conta que o resultado final que se busca alcançar é sempre idêntico.

Como visto, a lógica que pauta a indenização do *interesse positivo* é reconduzir o lesado à situação de *cumprimento* e, no caso do *interesse negativo*, à situação de *inexistência* de negociações. E essa compreensão é fundamental: esse resultado se obtém pela indenização que, economicamente, reconduza o lesado a tais situações.

A definição do alcance dos *danos emergentes* ou dos *lucros cessantes* indenizáveis dependerá de uma análise específica da hipótese lesiva. De forma geral, e tendencial, o *interesse positivo* compreenderá o pagamento de uma indenização equivalente à prestação descumprida e aos danos complementares dela causados, e o *interesse negativo* a despesas desaproveitadas e oportunidades alternativas perdidas.

Bem compreendida a forma geral da reparação guiada por cada um desses parâmetros e, mais especificamente, fixado o sentido de uma releitura da forma de reparação à luz dos parâmetros indenizatórios propostos, pode-se então prosseguir no tratamento de dois grupos de casos, quais seja, a responsabilidade pré-negocial e negocial.

CAPÍTULO 05 – RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-NEGOCIAL EM CASOS DE NÃO FORMAÇÃO DO CONTRATO –

O primeiro grupo de casos relevante de aplicação da distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* localiza-se na responsabilidade pré-negocial e, mais especificamente, na sua configuração em casos de não formação do contrato. A dupla qualificação não é irrelevante, pois a responsabilidade na fase formativa pode também se configurar quando concluído o contrato (por. ex., na formação de contratos inválidos).

Sem pretender trabalhar todas as hipóteses lesivas cabíveis neste espaço (duplamente) delimitado, centraliza-se o estudo na chamada ruptura de negociações, típica circunstância referenciada à responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. A ela, aderem-se outras que, apesar de autônomas, são relevantes para a compreensão do próprio sentido da afirmação e do suporte fático da ruptura injustificada.

O intento do capítulo não é, naturalmente, revisitar os pressupostos de configuração da responsabilidade pré-negocial – embora um sobrevoo sobre eles seja imprescindível – mas apontar as consequências reparatórias aplicáveis uma vez reconhecida a existência do dever de reparar. E, em suma, colocar em prática a análise do *evento lesivo* pelas lentes do *par conceitual*, cuja aplicação se propõe.

1. Delimitação do objeto de estudo

Reconhecida dogmaticamente pela doutrina e objeto de reiterada análise pela jurisprudência, a responsabilidade pré-negocial é *locus* adequado e fértil para a verticalização de algumas questões ainda em aberto no Direito brasileiro.⁵⁸⁵ Dentre elas, destaca-se com bastante evidência a questão do *quantum* reparatório.

É nesse primeiro grupo de casos que a distinção trabalhada no âmbito da tese mostra-se útil à resolução do problema da indenização. Aliás, foi justamente na *culpa in*

⁵⁸⁵ Paradigmático para esse reconhecimento no Direito brasileiro é o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr, conhecido como *caso dos tomates* e assim ementado: “Contrato. Tratativas. “Culpa in contrahendo”. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instancias da ré. Voto vencido, julgado improcedente a ação. (TJRS. Ap. Cív. nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991). O caso será melhor analisado no item 3.2.2, *infra*.

contrahendo, expressão que se identifica à responsabilidade civil pré-negocial, que a distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* foi originalmente proposta.⁵⁸⁶

Na medida em que o contrato não chegou a ser formado (ou não foi validamente concluído), seria intuitivo afastar a possibilidade de recondução do lesado à situação de seu cumprimento (*interesse positivo*). A inexistência do pacto importaria na rejeição da configuração de descumprimento contratual e também na rejeição de obtenção do resultado equivalente àquele esperado com o negócio não concluído.

Ocorre que, de acordo com o caminho até agora trilhado, devem-se evitar tais ligações apriorísticas, uma vez que o conteúdo da relação jurídica pré-negocial violada não é necessariamente homogêneo. Não se pretende negar que a tendência reparatória na responsabilidade pré-negocial seja identificada ao *interesse negativo*, mas ela por si só não é suficiente para confirmar esse sentido indenizatório

Considerando o *duplo filtro* de análise proposto (item 4, Capítulo 3), deve-se estudar a responsabilidade pré-negocial com enfoque na definição do *evento lesivo* que leva à reparação, a partir do qual se pode adequadamente definir a *situação hipotética sem o dano*. É justamente esse o intento do presente capítulo.

Algumas considerações prévias são necessárias para compreensão do caminho trilhado. Em suma, elas partem da consideração de que a *culpa in contrahendo* é um conceito compósito, integrado por diversas hipóteses lesivas,⁵⁸⁷ de forma que não seria possível analisar todas indistintamente e com o mesmo rigor de tratamento.

Essa multiplicidade justifica não apenas a adequação da divisão do tema em grupos de casos⁵⁸⁸ (são, pois, inúmeras as hipóteses de responsabilidade pré-negocial, como também a realização de um amplo recorte, focando-se apenas no tratamento da responsabilidade pré-negocial nos casos de *não formação do contrato*.⁵⁸⁹

⁵⁸⁶ Remete-se o leitor à apresentação dos conceitos realizada no item 2, Capítulo 1.

⁵⁸⁷ A afirmação é de Carlos Alberto da Mota Pinto, em referência à relação jurídica pré-negocial. Segundo o jurista português: “A responsabilidade «in contrahendo» abrange uma multiplicidade de fenómenos demasiado complexa para ser compaginar com o sintetismo dum dever único”. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Suplemento XIV, pp. 157-158).

⁵⁸⁸ Na lição de Dieter Medicus, à qual se adere, o alargamento da *culpa in contrahendo* – originalmente proposta em atenção apenas à hipótese de formação de contratos inválidos – faz com que o estudo do problema reparatório tenha que ser realizado, necessariamente, a partir de grupos de casos. (MEDICUS, Dieter. Ansprüche..., p. 550).

⁵⁸⁹ Judith Martins-Costa identifica ao menos seis grupos de casos reconduzíveis à responsabilidade pré-negocial. São eles: a) o recesso injusto de negociações; b) a causação de danos à pessoa ou ao patrimônio no curso das negociações; c) a conclusão de um contrato nulo, ineficaz ou anulável; d) a falha informacional; e) falsas representações na fase formativa (quando não reconduzíveis ao dolo) e f) danos culposamente ocorridos na fase de negociações, que posteriormente levou a um contrato válido. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado...2015, p. 418).

Mesmo quando delimitado o estudo às hipóteses em que o contrato desejado não chegou a se formar, contudo, mantém-se a necessidade de uma divisão interna em diferentes grupos de casos. Se é certo que a figura mais relevante e representativa, tanto do ponto de vista dogmático como jurisprudencial, seja a ruptura injustificada de negociações, seria inadequado limitar a análise apenas a ela.

Como se defende, a definição do *interesse* reparável tem o relevante *efeito colateral* de colocar em evidência a necessidade de estudo aprofundado de diferentes *hipóteses lesivas* (item 3.2, Capítulo 3). Isso posto, devem-se distinguir diferentes eventos que conduzem à reparação em casos de não formação do contrato.

Abstraindo-se a violação aos *deveres de integridade*, cuja consequência reparatória escapa por completo à distinção entre *interesse positivo* e *negativo*,⁵⁹⁰ há ao menos duas circunstâncias lesivas relevantes que são reconduzíveis à responsabilidade pré-negocial, porém que não se confundem com a *ruptura injustificada de negociações*.

A primeira delas é a hipótese prevista no art. 430 CC⁵⁹¹, pelo qual o proponente tem do dever de informar o aceitante acerca do recebimento tardio da aceitação, sob pena de responder por perdas e danos. O legislador não especifica o conteúdo da indenização, mas não há dúvidas quanto à configuração do dever de indenizar, fundamentado *ex lege*.

Apesar de se impor ao proponente o dever de indenizar, a lei não determina a formação do contrato. Ao contrário, é bastante clara que a chegada tardia da aceitação não obriga o proponente a se manter vinculado à proposta e que sua responsabilidade não decorre da não formação do contrato, e sim da do não cumprimento do dever de informar. Em outras palavras, pela ofensa a um dever *pré-negocial* (e legal) de informação.

Um segundo grupo de casos distinto da *ruptura abusiva de negociações*, compõe-se da hipótese de excepcional configuração de um *dever de contratar* na fase anterior à formação do contrato. A afirmação quanto à existência de um *dever de concluir o contrato* na fase formativa há de ser lida com bastante cautela, não se desconhecendo que possa ser interpretada como uma contradição em termos.⁵⁹²

⁵⁹⁰ A distinção já foi realizada no Capítulo 1, item 5.3, ao qual se remete. Corroborando o quanto afirmado, Carlos Alberto da Mota Pinto, à luz do Direito português e alemão, sugere a distinção entre deveres de declaração – voltados a exteriorizações de vontade relevantes à formação do contrato – e deveres de conservação e cuidado – dirigidos à proteção da pessoa e do patrimônio da outra parte. À divisão refere-se como concepção estrita e larga da relação existente no momento de formação, respectivamente. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial..., p. 154).

⁵⁹¹ “Art. 430, CC. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.”

⁵⁹² É de se reconhecer com Cristiano Zanetti que, já estando as negociações em fase final e já tendo sido definidos os pontos essenciais do contrato, não haverá mais meras negociações. Nesses casos, seria possível

É bastante evidente que a existência de um *dever de contratar* possa ser confundida com a própria formação do contrato. Afinal, na medida em que a contratação se torne obrigatória, seria discutível a recondução à responsabilidade na fase formativa, pois a infração ao dever se confundiria com o descumprimento da obrigação já concluída.

Isso ocorre de forma evidente em situações nas quais se pode depurar a existência de figuras com eficácia vinculantes típicas, como a “revogação” da oferta após a aceitação⁵⁹³ ou a recusa à contratação definitiva fundada em um contrato preliminar.⁵⁹⁴ Não há dúvidas de que ambas – desde que existente uma *proposta* e um *contrato preliminar* – não seriam reconduzíveis ao âmbito da responsabilidade civil pré-negocial.

Em outras situações, contudo, há uma *zona gris*, em que a *densificação* das negociações⁵⁹⁵ fundamenta um *dever de contratar* ou de *conclusão do contrato*, ainda que sem que se possa vislumbrar a existência formal de um instrumento contratual. Nelas, a recondução ao regime negocial ou ao pré-negocial não é evidenciada de forma tão clara.

Entende-se ser esse o caso, ao menos em uma análise perfunctória, da declaração de “revogação” de oferta irrevogável ocorrida antes de expedida a aceitação. Embora não haja contrato, há mais do que uma expectativa legítima de contratação pelo oblato, a qual se fundamenta justamente no caráter irrevogável da proposta. A admissão da revogação contradiria o caráter irrevogável, o que faz com que deva ser estudada com maior atenção.

Também compõem essa zona cinzenta algumas situações em que a existência do *dever de contratar* não se vincula diretamente à prática de um negócio jurídico com eficácia própria (como a *proposta*) mas, antes, decorre da interpretação das circunstâncias negociais. É possível que, à luz destas, configure-se um dever de efetivamente concluir o negócio, cuja infração é diversa daquela encontrada na *ruptura das negociações*.

defender que ou o contrato se formou ou, caso não respeitada a forma prevista em lei, formou-se um contrato preliminar. (ZANETTI, Cristiano. Responsabilidade..., p. 148).

⁵⁹³ Com a expedição da aceitação, e desde que ela chegue dentro do prazo acordado a conhecimento do proponente (art. 434, CC) o contrato é considerado formado. Após a sua conclusão, não é dado à parte revogar a proposta – e quanto à aceitação, entende-se que essa nunca é de se admitir – de forma que não é possível a revogação de uma proposta aceita, à qual se confunde com a negativa de cumprimento do contrato. Nesse sentido, vide a lição de Orlando Gomes: “Na hipótese de já se ter formado o contrato, a *retratação* [melhor seria: revogação] é inválida, significando recusa de cumprir o contrato”. (GOMES, Orlando. Contratos..., p. 79).

⁵⁹⁴ Conforme exata lição de Pontes de Miranda: “é preciso que não se confundam os deveres cuja infração resulta responsabilidade por ‘culpa in contrahendo’ e os deveres oriundos do pré-contrato. Aquêles não são de fonte contratual, mas sim de fonte anterior a qualquer contrato. A responsabilidade por infração de deveres oriundos do pré-contrato rege-se pelos mesmos princípios que a responsabilidade por infração de deveres oriundos do contrato”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXII, p. 323, § 4.243).

⁵⁹⁵ A expressão é de MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2014, p. 293.

Voltando-se os olhos ao tratamento conferido ao tema da responsabilidade pré-negocial na jurisprudência brasileira, denota-se que os limites entre a vinculação pré-negocial e aquela negocial não são bem delimitados, ao contrário do que se passa na análise doutrinária do tema.⁵⁹⁶ Há uma farta gama de julgados que se referem à responsabilidade na fase formativa, nem sempre a partir dos mesmos pressupostos.⁵⁹⁷

Esse caráter heterógeno – quiçá insuperável em um tema tão amplo e fluido com a responsabilidade civil, máxime aquela pré-negocial – reforça a conclusão que se tornou clara anteriormente: não é possível definir a responsabilidade advinda da fase formativa a partir de seu resultado lesivo, ou seja, circunscrevê-la à reparação do *interesse negativo*.

Ora, se nem mesmo nos casos em que há nítida responsabilidade pré-negocial seria cabível afirmar de forma peremptória que a indenização seja direcionada ao *interesse negativo*, com muito mais cautela devem-se evitar essas ligações apriorísticas quando os limites, internos e externos, dessa responsabilidade não são bem delimitados.

Exemplificativo do quanto afirmado é a persistente confusão entre a hipótese de descumprimento do *contrato preliminar* – o qual é um *negócio jurídico* autônomo, cuja prestação confunde-se com a própria conclusão do contrato definitivo⁵⁹⁸ – e a conformação da responsabilidade pré-negocial.⁵⁹⁹ Tais casos, entende-se, deveriam ser nitidamente

⁵⁹⁶ Dentre a doutrina brasileira, destaca-se a distinção realizada por Cristiano Zanetti, que diferencia a fase de tratativas daquela de formação dos contratos, esta identificada tanto por declarações unilaterais de vontade (oferta e aceitação) como por contratos naturalmente insertos no processo de formação de outros contratos (contratos preparatórios, temporários e parciais). (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., Capítulo I).

⁵⁹⁷ Exemplo bastante ilustrativo é o tratamento do que se chama de *responsabilidade pré-negocial* no contrato de seguro, nos casos em que o segurando envia a proposta ao segurador que, no prazo de 15 (quinze) dias que lhe é conferido por Resolução da SUSEP, informa a sua recusa à contratação, ou deixa de fazê-lo. Se não houve recusa expressa, a qual é exigida, houve aceitação e o contrato de seguro se formou. Não há, assim, falar-se em responsabilidade na fase formativa. Nada obstante: “Responsabilidade pré-contratual da seguradora - Exigidas boa-fé e lealdade também durante as tratativas para a contratação do seguro - Frustração da expectativa de contratação do consumidor, sem negativa expressa, para o período de análise do risco proposto à empresa (...)”. (TJSP, Ap. Cív.nº1231388-0/6. Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/05/2009; Data de registro: 04/06/2009). No mesmo sentido, também fazendo referência à responsabilidade pré-negocial, vide TJSP, Ap. Cív. nº 1.063.176-0/1. Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/05/2009; Data de registro: 04/06/2009.

⁵⁹⁸ A necessidade de recondução do contrato preliminar à responsabilidade contratual já era apontada por Gabrielle Faggella, referindo-se a eles como “verdadeiros contratos”. (FAGGELLA, Gabrielle. Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali. In: Archivio Giuridico “Filippo Serafini”. Terza Serie – Vol. XI (dell’intera collezione Vol. LXXXII. Roma: Presso La Direzione dell’Archivio Giuridico, 1909, p. 128).

⁵⁹⁹ Assim, por exemplo, referindo-se à responsabilidade pré-contratual por ofensa a contrato preliminar de franquia, ainda que expressamente considerando que esse possuía todos os requisitos necessários ao contrato definitivo, vide TJSP, Ap.Cív. nº 9109500-04.2007.8.26.0000. Relator (a): Andrade Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/12/2012; Data de registro: 14/12/2012; Outros números: 7191606200.

reconduzidos à responsabilidade pelo não cumprimento de um dever obrigacional e contratual.⁶⁰⁰

Assim, à potencial multiplicidade de circunstâncias lesivas somam-se também as dificuldades interpretativas e de definição do âmbito da responsabilidade civil pré-negocial no Direito brasileiro. Em conjunto, confirmam a premissa da qual se partiu e evidenciam a utilidade de uma análise mais atenta acerca do *interesse* reparável.

Dito isso, a maior ou menor amplitude conferida à responsabilidade em casos de *não formação do contrato* não deve se refletir no problema indenizatório. Como se tem sustentando, essa definição não se vincula à natureza do direito que fundamenta o pedido de reparação de danos: somente o *evento lesivo* permite definir o sentido da indenização.

Nesse contexto, embora a hipótese central que se pretenda trabalhar seja a *ruptura injustificada das negociações* – o que se justifica considerando a sua relevância dentro desse abrangente tema –, o estudo que se propõe é realizado à luz de uma perspectiva mais ampla, ainda que sem a pretensão de abarcar toda a complexidade do tema.

Para isso, e tendo bem delimitado o objetivo de conferir substrato suficiente para o estudo do problema da reparação de danos, imprescindível analisar preliminarmente o estado da arte da proteção conferida à fase formativa no Direito brasileiro.

2. O processo de formação negocial e sua proteção no Direito brasileiro

Muito embora o Código Civil regule a formação dos contratos exclusivamente a partir dos negócios jurídicos unilaterais representados pela *proposta/oferta* e pela *aceitação*, seria insuficiente uma análise do processo formativo que se limitasse ao estudo dessas figuras.⁶⁰¹ Em analogia com a obrigação, sua formação é também um processo.

⁶⁰⁰ Como entendimento adotado em farta jurisprudência sobre o compromisso de compra e venda de imóveis, cujo cumprimento é exaurido com a outorga da escritura pública de compra e venda. Dentre vários julgados nesse sentido, vide TJSP. Ap. Cív. nº 0013266-14.2011.8.26.0602. Relator (a): Alexandre Coelho; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2015; Data de registro: 11/12/2015.

⁶⁰¹ Vide artigos 427 a 435 CC. O tratamento da formação do contrato a partir do paradigma do encontro entre a *proposta* e a *aceitação* é encontrado em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Conforme apontam Ingeborg Schwenzer e Florian Mohs, contudo, trata-se de uma construção do oitocentista, cuja aplicabilidade às contratações contemporâneas poderia ser colocada em dúvida, como de fato o é na prática internacional referenciada por ambos. Os autores trabalham o tema, à luz da CISG, com um instigante título “Old habits die hard”. De fato, há muito mais para ser trabalhado na fase que antecede ao contrato do que a existência destas duas figuras. (SCHWENZER, Ingeborg e MOHS, Florian. Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World. Reproduced with permission of Internationales Handelsrecht (6/2006) 239-246, published by Sellier, European Law Publishers. Disponível em «<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>», acesso em 04.02.2014).

Essa identificação é dúplice. Em primeiro lugar, e sob ponto de vista de seu caráter dinâmico, vislumbra-se a conclusão contratual como o resultado de um período de negociações, o qual pode ter duração e complexidade variáveis caso a caso. Em um segundo momento, salienta-se a existência de uma multiplicidade de deveres vinculantes às partes antes mesmo da formação do pacto, marca da *obrigação como processo*.⁶⁰²

Com efeito, o processo formativo pode se iniciar mediante simples contatos iniciais, sem qualquer eficácia vinculante, aos quais poderá seguir uma fase de negociação e de conclusão propriamente dita. No primeiro caso, há tão somente a manifestação da vontade de *tratar* ou *negociar*; no segundo, vislumbra-se a possibilidade de prática de atos individualizados com eficácia que vincule as partes.⁶⁰³

Dentre estes últimos, os quais são regidos por regras específicas dispostas no Código Civil, destacam-se a *proposta* e a *aceitação*, supramencionados, como também negócios jurídicos naturalmente insertos no processo de formação, tais como *contratos preliminares*, *opção* e *contratos de preferência*, por exemplo.⁶⁰⁴

Identificada a configuração desses negócios jurídicos, bilaterais ou unilaterais, a existência de vinculação jurídica é evidenciada. Assim se passa com bastante precisão no descumprimento do *contrato preliminar*, o qual deve ser remetido às regras de descumprimento obrigacional,⁶⁰⁵ como no caso da revogação da proposta (que, nos termos do art. 427 CC⁶⁰⁶, *obriga* o proponente), pese embora a existência de divergências sobre o alcance do dispositivo e as consequências que lhes são aplicáveis.⁶⁰⁷

A mesma afirmação, contudo, não parece ser tão clara nas situações em que não se vislumbram tais figuras com eficácia própria, como se passa na formação de confiança de que o oblato aceitará a proposta que lhe foi dirigida⁶⁰⁸ ou de que não revogará a proposta ainda quando revogável ou mesmo aquela legítima expectativa que nasce antes mesmo da prática de qualquer ato decisório. Nesses casos, a existência e o alcance da vinculação

⁶⁰² “Com a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência.” (COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, p. 20).

⁶⁰³ ZANETTI, Cristiano. *Responsabilidade...*, pp. 09-11.

⁶⁰⁴ A exemplificação é realizada por Cristiano Zanetti, conforme anteriormente mencionado (NR 596).

⁶⁰⁵ Como dito, a distinção dogmática nem sempre encontra respaldo na jurisprudência, que por vezes aplica o regime da responsabilidade pré-negocial ao descumprimento de contratos preliminares. Vide NR 599.

⁶⁰⁶ “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

⁶⁰⁷ Remete-se o leitor ao item 3.2.1, *infra*.

⁶⁰⁸ ZANETTI, Cristiano. *Responsabilidade...*, p. 35.

(negocial) eventualmente existente serão resultados de um processo interpretativo, realizado à luz de circunstâncias concretas.

É indiscutível que a dinâmica negocial se manifesta em diferentes intensidades, vislumbrando-se estágios diversos nesse processo formativo, identificados à fase de negociação, ora a uma fase de decisão.⁶⁰⁹ A distinção – expressamente adotada no art. 227º do Código Civil português, o qual diferencia entre a fase *preliminar* e a fase de *formação* – poderia ainda ser subdividida em outros estágios.⁶¹⁰

Assim, o tratamento da *proposta* e da *aceitação*, conquanto relevante no âmbito da responsabilidade pré-negocial, é apenas uma parte de um todo bastante mais complexo. E, também por fazerem parte desse conjunto de circunstâncias que as cercam, a prática de tais negócios unilaterais haverá de ser interpretada circunstancialmente.

Isso permite alertar, como faz António Menezes Cordeiro, que qualquer divisão interna de fases *in contrahendo* somente tem sentido se vista com uma abstração voltada ao seu estudo: “todo processo de negociação é um *continuum*”.⁶¹¹ E é como um todo *em formação* que a fase anterior ao contrato deve ser analisada, ainda quando admitida uma divisão (não estanque) de fases que permita a facilitação de sua compreensão.

Dito isso, não há dúvidas de que o início de contatos dirigidos à possível formação do contrato é um fato relevante ao Direito. Ou seja, antes mesmo da prática de qualquer ato decisório, a relação entre os supostos contratantes pode fazer surgir um fato jurídico, o qual se identifica em uma verdadeira relação jurídica de cunho não contratual.⁶¹²

Com efeito, embora antes da conclusão formal do contrato não se possa aventar a existência do contrato propriamente dito –, cuja formação pressupõe o encontro de vontades –, não se poderia ignorar que o espaço das negociações é tutelado juridicamente.

É ele justamente o *locus* de desenvolvimento da responsabilidade pré-negocial. Sob esse título, regem-se as chamadas vinculações especiais surgidas na fase formativa, nas quais

⁶⁰⁹ Na doutrina portuguesa, Carlos Alberto da Mota Pinto sugere uma divisão dual, entre uma fase *negociatória* – desde o início das negociações até a formulação da proposta – e uma fase *decisória* – já inserida no âmbito das duas declarações de vontade, que passam a ser autonomizadas. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade..., p. 168).

⁶¹⁰ É isso que propõe, exemplificativamente, Carlyle Popp, depurando a existência de um estágio inicial, de meros contatos, passando a um estágio intermediário, em que se inicia o surgimento da confiança quanto à conclusão do negócio, e terminando em um estágio final, no qual se poderia eventualmente vislumbrar o direito à conclusão do contrato. (POPP, Carlyle. Responsabilidade civil..., pp. 231-232).

⁶¹¹ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2014, p. 293.

⁶¹² Conforme se verá abaixo, entende-se ser cabível a afirmação de que a relação entre as partes no momento pré-negocial é uma efetiva relação jurídica de cunho obrigacional. Remete-se o leitor ao item 2.2, *infra*.

se ergue um vínculo de confiança entre os pretensos contratantes, cuja intensidade é também fruto de um processo contínuo de desenvolvimento.

Se por vezes se pode inferir a existência de um vínculo especial da prática de atos dotados de eficácia própria, como aqueles realizados já na fase decisória, em outros casos essa relação é depurada de um mandamento de lealdade e probidade imposto pelo Direito.

Em síntese, e na medida em que o processo de formação do negócio jurídico é desenvolvido, as partes vinculam-se ao cumprimento de determinados deveres de conduta, os quais conformam uma ordem de proteção fomentada pelo Direito. Na lição de Judith Martins-Costa, essa vinculação supera a proteção geral conferida pelo *neminem laedere* para fundamentar deveres específicos, decorrentes do princípio da boa-fé.⁶¹³

É a autonomização destes deveres na fase formativa que permite distinguir a responsabilidade pré-negocial daquela aquiliana “pura”, mesmo que isso não importe na necessária criação de um regime consequencial diverso e autônomo.⁶¹⁴ É indubitável que a proteção à fase formativa não se volta contra a prática de ilícitos absolutos, mas à violação de deveres específicos, cuja existência qualifica a sua autonomia.

Tanto o reconhecimento da existência de deveres especiais de conduta surgidos antes mesmo da formação do contrato, como a consideração de que sua violação satisfaz o suporte fático da responsabilidade civil, não são dados que se possam qualificar como postos. Ao contrário, são construções dogmáticas bastante recentes.

Em suma, ambos resultam de amplos desenvolvimentos fomentados desde a proposição da *culpa in contrahendo* por Jhering no século XX (lembre-se, àquela altura uma

⁶¹³ “Considera-se que na fase antecedente a um contrato (e também na que a sucede) há uma qualificação derivada do grau de proximidade do contato social entre os agentes que entraram em contato em vista de um possível contrato (...)”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado...2015, pp. 384-386). Em trabalho anterior, a jurista já afirmava a especificação de tal dever, para identificar que há um amplo campo a descoberto entre a responsabilidade contratual e aquela delitual, os quais chamou de graus intermédios de contatos sociais, “que são *menos* do que um contrato (contato qualificado pelo ato voluntário), porém já são *mais* do que a rarefeita relação social derivada de uma relação nascida de um delito civil.” (MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto..., acesso pela RTOonline).

⁶¹⁴ Não se pretende discutir a fundo a qualificação jurídica da responsabilidade pré-negocial. De toda sorte, não se poderia deixar de anotar relevante entendimento doutrinário que considera cabível uma *terceira via* de responsabilidade, não limitada àquela pré-negocial (mas que a abrangeria), denominada de responsabilidade pela confiança. No contexto da língua portuguesa, destaca-se a defesa que dela faz Manuel A. Carneiro da Frada, para quem a *culpa in contrahendo* careceria de compatibilidade com o delito e também com a obrigação, nesse último caso porque os deveres que nela se fundam “não constituem obrigações em sentido estrito, pois não são deveres de prestar”. A responsabilidade seria vinculada à confiança, a qual comporia uma via autônoma de responsabilidade civil. A proposição foi formulada originalmente pelo autor em FRADA, Manuel A. Carneiro da. Uma ‘terceira via’..., p. 95.

verdadeira *descoberta jurídica*), os quais conduziram à identificação do processo formativo com a proteção da *confiança*, e sobre o qual se deve olhar mais atentamente.⁶¹⁵

2.1 As diferentes intensidades da vinculação pré-negocial

A identificação de deveres de proteção à confiança na fase pré-negocial é resultado de um paulatino esforço de compreensão da vinculação nascida antes mesmo da conclusão formal do negócio jurídico, ou da prática de negócios unilaterais decisórios. Sem pretender revisitar esse relevante percurso,⁶¹⁶ permite-se focar a compreensão contemporânea de conformação dessa relação jurídica.

A afirmação de que a fase formativa do contrato não é irrelevante ao Direito é usual em diferentes ordens jurídicas, domésticas e internacionais.⁶¹⁷ O seu tratamento ou a sua localização no âmbito da responsabilidade civil são, contudo, bastante diversos.

⁶¹⁵ Sobre a identificação da fase pré-negocial à confiança, afirma Ana Prata que a liberdade negocial é restringida quanto mais próximos os contatos entre as partes, sendo que “a confiança vai progressivamente ganhando corpo e consistência, pondo-se então o problema da injustiça da sua desprotegida frustração quando uma das partes, inesperada e arbitrariamente, rompe as negociações”. (PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual, 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17).

⁶¹⁶ Destacam-se, considerando a relevância que tiveram na construção da responsabilidade civil pré-negocial, as formulações de Gabrielle Faggella (1906), na Itália, seguida pelos desenvolvimentos de Raymond Saleilles (1907), na França. Ao primeiro é devido o tratamento da fase pré-negocial como fonte de responsabilidade civil, identificada no consenso, expresso ou tácito, de iniciar as tratativas. O jurista italiano negava à fase pré-negocial o caráter de vínculo contratual, *culpa in contrahendo*, assunção de garantia, mandato, *negotiorum gestio* ou mesmo a evocação da boa-fé ou da equidade, essas últimas por considerar de caráter empírico, variável caso a caso. Referindo-se textualmente à construção de Faggella, Raymond Saleilles a festeja como uma doutrina nova e uma solução nova em uma área pouco estudada na doutrina, tanto italiana como estrangeira, ainda que assumindo posicionamentos pontuais divergentes (especificamente no que diz respeito à composição da indenização, para ele abrangente também da perda de oportunidades). (SALEILLES, Raymond. De la responsabilité..., p. 722).

⁶¹⁷ No âmbito internacional, especial referência deve ser feita aos Princípios UNIDROIT que, em mais de uma passagem, reconhecem tanto a responsabilidade pré-negocial como a sua vinculação à boa-fé e à confiança. É essa a leitura de Lauro Gama Jr, para quem o princípio da boa-fé (Artigo 1.7) abrange toda o *iter* contratual e dialoga com outras regras, especialmente, no âmbito deste trabalho, com a proibição da revogação da oferta quando era razoável ao aceitante confiar no seu caráter irrevogável [2.1.4 (2) (b)] e com a responsabilidade por perdas e danos pela ruptura das negociações de má-fé (2.1.15). Este último dispositivo, aliás, considera de má-fé a parte que adentra negociações sem ter efetivamente a vontade de concluir o contrato. (GAMA JR., Lauro. Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 311-317). A disposição do art. 2.1.15 dos Princípios UNIDROIT é muito próxima àquela do Art. 2:301 (Negociações contrárias à boa-fé) dos Princípios de Direito Contratual Europeus (PECL), o qual também estabelece a liberdade de não concluir o contrato, mas excepciona a responsabilidade em caso de ofensa à boa-fé. A CISG, por sua vez, contém regra geral de obediência ao princípio [Art. 7 (1)], porém não se refere à responsabilidade pré-negocial, cujo tratamento parece escapar ao seu âmbito de aplicação. Conforme ensina Ulrich Schroeter, a responsabilidade pela *culpa in contrahendo* foi sugerida pela delegação da então Alemanha oriental na Convenção de Viena, mas restou rejeitada. Ainda assim, discute-se doutrinariamente a existência de deveres pré-contratuais depurados diretamente da CISG, sendo certo que ela não trabalha expressamente com a sua regulamentação. (SCHROETER, Ulrich. In: SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Coordenação de tradução Eduardo Grebler, Vera Fradera, Cesar Guimarães. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 375-376, Introdução aos arts. 14 a 24).

Nesse ponto, o Direito brasileiro aproxima-se daqueles ordenamentos que fundamentam a existência de deveres de proteção no princípio da boa-fé.⁶¹⁸ É essa a linha adotada na Alemanha, em Portugal e na Itália, por exemplo, países em que a incidência da boa-fé na fase anterior formativa é expressamente referenciada pela legislação.⁶¹⁹

Evidentemente que não se pretende desconsiderar as naturais discrepâncias desses sistemas, entre si e em relação ao Direito brasileiro. Identifica-se, porém, um direcionamento uniforme no que diz respeito à concretização de deveres específicos surgidos antes da formação do contrato, com base na boa-fé. É esse também o sentido da responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro contemporâneo.

Assim, a falta de um dispositivo análogo no Direito nacional àqueles encontrados na Alemanha (§ 311⁶²⁰), em Portugal (art. 227º)⁶²¹ e na Itália (art. 1.337⁶²²) não é obstáculo ao reconhecimento da incidência do princípio da boa-fé na fase de formação do contrato, conquanto o caminho percorrido pelo jurista brasileiro possa ser mais longo.⁶²³ Nem mesmo a aparente restrição de incidência do princípio à conclusão e à execução do contrato, contida no art. 422 CC, permitiria negar esse reconhecimento.⁶²⁴

⁶¹⁸ Refere-se naturalmente à faceta objetiva da boa-fé, ou seja, sua compreensão como princípio e norma de conduta, a qual não se confunde com o estado subjetivo de crença que caracteriza a boa-fé subjetiva. Nesse sentido, elucidativa a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, ao tratar da responsabilidade pré-negocial no Brasil em 1992, ou seja, recém editado o Código de Defesa do Consumidor: “Tanto nas tratativas quanto no momento da conclusão do contrato, a situação no Brasil é encarada, pois, na verdade, pelo lado da má fé, isto é, o entendimento é o de que somente é responsável por perdas e danos aquele que agiu de má fé na fase de formação contratual. Na verdade, ainda aqui, trata-se, pois, de um aspecto da boa-fé subjetiva.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p 415 e sg. Acesso pela RTOnline).

⁶¹⁹ Conforme já se elucidou (item 3.3 Capítulo 2), o Direito francês também reconhece a responsabilidade pré-negocial, porém não se poderia negar que a noção de boa-fé não se desenvolve com a mesma intensidade e direcionamento na França. Em geral, pode-se afirmar com Judith Martins-Costa que o tratamento primordialmente subjetivo do conceito tem sido paulatinamente reconstruído em inclinação à objetivação. Ainda assim, a boa-fé no *Code Civil* não possui a mesma função daquela encontrada no BGB, também por razões ligadas à amplitude e à restrição das regras de reparação civil em cada um desses ordenamentos, respectivamente. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado...2015, p. 414, NR 116).

⁶²⁰ Remete-se o leitor a NR 219.

⁶²¹ Remete-se o leitor a NR 234.

⁶²² Remete-se o leitor a NR 244.

⁶²³ Conforme afirma Cristiano Zanetti, “o intérprete brasileiro está forçado a percorrer um caminho mais longo do que os juristas italianos e português para cuidador do período das negociações, na medida em que não lhe sé possível afirmar pura e simplesmente que a boa-fé deva ser observada nessa fase (...).” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 110).

⁶²⁴ A disposição do artigo, o qual se refere à observância da boa-fé nas fases de conclusão e de execução do contrato, é criticada pela melhor doutrina. Nesse contexto, elucidativa a afirmação de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem “o artigo é insuficiente, deficiente e, além de tudo, revela que está num paradigma anterior aos tempos nos quais estamos vivendo”. O jurista fazia expressa crítica ao fato de que a boa-fé deveria também incidir na fase pré-negocial que, como se sabe, não acabou adotado de forma expressa pelo Código. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências..., acesso pela RTOnline).

Uma interpretação alargada do dispositivo, para dela fazer abranger a incidência da boa-fé também na fase de negociações, e não apenas na fase decisória ou de conclusão, é defendida pela doutrina⁶²⁵, reconhecida pelas Jornadas de Direito Civil⁶²⁶, bem como na jurisprudência.⁶²⁷ Aderindo-se a essa interpretação larga, permite-se afirmar que a boa-fé objetiva conforma toda a fase anterior à formação do contrato no Direito brasileiro.⁶²⁸

Essa consideração abre espaço para distinguir a proteção à boa-fé da tutela fluida contra a prática de atos ilícitos. Com efeito, o princípio da boa-fé direciona e concretiza uma ordem especial de confiança, que se volta à proteção e ao estímulo da *fides* no processo formativo do contrato ou do negócio jurídico. Assim o faz fomentando a observância de deveres específicos, ainda que naturalmente flexíveis.⁶²⁹

Sobressaem-se aí duas figuras autônomas – *boa-fé* e *confiança* – que, conquanto possam ser muitas vezes sobrepostas, não se identificam de maneira absoluta. No sentido que assumem na fase pré-negocial, contudo, ambos os conceitos se direcionam à promoção de uma ordem de cooperação ou, nas palavras de Almeida Costa, à conformação de um “dever geral de procedimento correcto na fase negociatória”.⁶³⁰

⁶²⁵ Exemplificativamente, vide a lição de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes quanto à necessidade de interpretação extensiva “abrangendo também a fase preliminar à conclusão, ou de ‘pré-conclusão’. Afinal, a expressão ‘conclusão’ do contrato mostra-se indicativa de um processo que culmina com a contratação”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil ..., vol. II, p. 16).

⁶²⁶ Enunciado 25, I Jornadas de Direito Civil – Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

⁶²⁷ Somente para elucidar um universo bastante amplo de julgados que reconhecem a incidência da boa-fé em todas as fases contratuais, inclusive aquelas das tratativas e a pós-contratual, vide o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, fundamentado no Enunciado 25 das Jornadas, supra citado: “Ademais, a exigência de conduta proba das partes, nos termos do art. 422 do CC, não está limitada ao lapso temporal de vigência do contrato principal em que inserida” (REsp 1203109/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 11/05/2015).

⁶²⁸ Com efeito, a boa-fé subjetiva não parece conter notas distintivas em relação à figura do ato ilícito culposos e, conseqüentemente, à responsabilidade aquiliana ou delitual “pura”. Daí porque, conforme afirma Vincenzo Roppo, o estado subjetivo de boa-fé não é excludente da responsabilidade pelo agir contrário ao princípio. (ROPPO, Vincenzo. Il contratto..., p. 176).

⁶²⁹ Seria tarefa impossível e contrariaria o próprio sentido da boa-fé objetiva intentar determinar o seu conteúdo aprioristicamente. É certo que há grupos de casos de deveres que se mostram reiterados na prática, e que permitem um estudo mais aprofundado. Deve-se compreendê-los, porém, como meras ilustrações das possibilidades do princípio, e não como grupos de casos estanques. Dito de outra forma, qualquer apresentação ou classificação desses deveres será sempre relativa. Apresentando uma classificação exemplificativa, e anotando textualmente que a tipificação é relativa, vide MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto..., acesso pela RTOOnline. Sobre o tema, já se teve oportunidade de escrever, destacando-se que a classificação desses deveres pode ser de *dupla natureza*, tanto porque o mesmo dever permite ser interpretado como integrante a diferentes grupos, como porque é possível haver uma interação mais ou menos próxima em relação aos deveres de prestação. (STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 120).

⁶³⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade civil..., p. 70.

A distinção entre ambos, na lição de Judith Martins-Costa, fundamenta-se no fato de que a confiança visa a *assegurar* expectativas e a boa-fé, por sua vez, serve para *direcionar condutas*.⁶³¹ Dessa forma, ao mesmo tempo em que a tutela da confiança é mais ampla do que a da boa-fé, a recíproca também se mostra verdadeira.⁶³²

Em que pese a existência da distinção de sentidos, nota-se a utilização indiferente dos termos no Direito brasileiro, especialmente quando polarizados à fase pré-negocial e aos deveres que nela se fundam. Isso se passa pois ambos, deveres de boa-fé e deveres de confiança, são mandamentos que atuam de forma coordenada para a proteção de expectativas legítimas fundadas às partes antes mesmo da conclusão do contrato.

É evidente também que a afirmação não desconsidera que a proteção à confiança não se limita à fase formativa, pois é fundamental a toda e qualquer relação jurídica, inclusive (e especialmente) àquela de cunho contratual.⁶³³ Há, contudo, de se destacar a sua relevância na fase de negociações, especialmente quando ainda não praticados atos decisórios dotados de eficácia vinculantes, como a *proposta*.

Isso porque, na ausência de deveres específicos – os quais se depuram com evidência da existência do contrato, mas também de uma proposta, por exemplo – a vinculação das partes na fase pré-negocial é propiciada primordialmente pela tutela à confiança: é ela o fundamento imediato da vinculação, cuja intensidade será naturalmente variável a depender das circunstâncias concretas.

Resta, então, compreender qual o sentido da afirmação quanto à existência de uma ordem de confiança surgida antes mesmo da formação do contrato. Em suma, quais os deveres que decorrem da confiança e qual o sentido da proteção a ela conferida?

Primeiramente, é indubitável que a fase de negociação ou de tratativas é primordialmente marcada pela liberdade de contratar, na qual se inclui a liberdade de não

⁶³¹ Conforme a jurista, há uma íntima ligação entre boa-fé e confiança, dentre outros aspectos representada pela existência de proteção à *fides* no núcleo de ambas. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado, 2015, p. 233 e 236).

⁶³² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 64.

⁶³³ Consoante se demonstrou no Capítulo 2, especialmente no item 4.2, a relação contratual é também fundamentada na confiança ou, no termo usado no *common law*, no *reliance*. Foi o que, dentre outros motivos, justificou o afastamento da noção de *interesse na confiança* para designar o *interesse negativo*, uma vez que aquele pode estar também presente na tutela do *interesse positivo*. Sobre o tema, há doutrina que sustenta que a confiança passaria de *coadjuvante* à *protagonista* na responsabilidade contratual, e assumiria o papel de fator de imputação do dever de reparar, em substituição à culpa. (CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: RT, 2013, p. 259 e 271).

contratar.⁶³⁴ As partes que iniciam contatos voltados à possível formação de um contrato, em regra, não assumem para si a obrigação de concluir o negócio jurídico pretendido.

Isso não importar em negar que devam se comportar segundo as regras de *correttezza*, na recorrente e elucidativa expressão italiana.⁶³⁵ Dentre elas, está aquela de *não romper imotivadamente* as negociações. Seu conteúdo é intimamente ligado à liberdade de contratar: o pretense contratante pode desvincular-se da negociação em curso; não lhe é permitido, contudo, que o faça de forma *imotivada, injusta* ou *abusiva*.⁶³⁶

Nesses casos, protege-se a legítima expectativa da parte que confiou que as negociações chegassem a bom termo, ou seja, que o contrato seria concluído e que a outra parte agiria de forma proba. A confiança protegida, tipicamente pré-negocial, volta-se à “eventual celebração do negócio”⁶³⁷ e, portanto, à sua futura celebração.⁶³⁸ Ainda não há contrato vinculante às partes, e a ofensa à confiança não protege a sua efetiva formação.

Em segundo ponto, contudo, haveria de se anotar que a mesma confiança que confere substrato à *ruptura injustificada* pode, a depender de circunstâncias fáticas excepcionais, ser *densificada* a ponto de fundamentar a existência de um *dever de contratar*.⁶³⁹ Trata-se de casos limítrofes, consoante acima já se afirmou.

Defende-se ser esse o caso da proposta irrevogável, pela qual o proponente permanece em *estado de vinculação cogente* até sua aceitação ou recusa, por exemplo.⁶⁴⁰ Do ponto de vista do oblato, há não apenas uma confiança legítima quanto à seriedade da proposta, como uma proteção legal dirigida à impossibilidade de sua revogação.

⁶³⁴ Permite-se discordar do entendimento esboçado em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual se infere serem requisitos da responsabilidade pré-contratual, *in verbis*: “negociações preliminares, obrigatoriedade da contratação, certeza na celebração de contrato”. Respeitosamente, se há obrigatoriedade da contratação, há *dever de contratar* e é discutível (como se verá abaixo, item 3.2) a remissão à responsabilidade pré-negocial e, certamente, incabível a remissão àquela de *ruptura de negociações*. Malgrado a discordância, o julgado contém uma explanação bastante interessante acerca da responsabilidade da administração pública. (TJSP. Ap. Cív. nº 0139502-81.2005.8.26.0000. Relator (a): Gilberto Leme; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/08/2011; Data de registro: 16/08/2011; Outros números: 992051395028).

⁶³⁵ “A ‘boa-fé’ é entendida em sentido objetivo, como regra de conduta: ou seja, como sinônimo de ‘*correttezza*’.” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, p. 175).

⁶³⁶ Na visão de Karina Nunes Fritz, a parte que pretende romper as negociações deve apresentar à outra um motivo justificado, nele residindo a conduta leal e honesta esperada dos partícipes. (FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva...*, p. 298).

⁶³⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto. *A responsabilidade...*, p. 169.

⁶³⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações...*, p. 303.

⁶³⁹ A situação diverge da existência, também excepcional, de um *dever de contratar* independente da entrada em negociações. As hipóteses foram tratadas por Antônio Chaves, identificando especialmente na oferta de produtos e serviços a existência da impossibilidade de recusar-se à contratação. (CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 15 e sg.). Também não se confunde com a existência do *dever de concluir o contrato* como conteúdo do *dever principal* decorrente do contrato preliminar.

⁶⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado...*, 2015, p. 401.

Nesses casos, tanto a tutela da confiança permitiria defender a configuração de um *dever de contratar*, como também a existência de eficácia vinculante decorrente da proposta, negócio jurídico unilateral dotado de eficácia própria. O proponente que pretende revogar a proposta irrevogável, entende-se, ofende o *dever de contratar*.

Mas a existência de um *dever de contratar* pode também surgir sem que seja necessária a existência de negócios unilaterais com eficácia específica. É claro que, não havendo dúvidas de que a configuração é excepcional, na medida em que a fase anterior ao contrato ainda é regida em princípio pela liberdade, a conclusão será dependente de um competente esforço argumentativo; não se pode negá-la de plano, contudo.

Ilustra a afirmação o conhecido (e já mencionado) “*caso dos tomates*”, julgado no início da década de 1990 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.⁶⁴¹ O acórdão, da lavra do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Jr., é expresso em reconduzir o problema à *culpa in contrahendo* e, portanto, à responsabilidade civil pré-negocial.

Tratava-se de discussão envolvendo agricultores gaúchos e a sociedade Cica. Anualmente, a empresa adquiria a integralidade da safra de tomates, sem contratação formal. Em determinado ano, e apesar de ter fornecido as sementes para plantio do fruto, a empresa recusou-se a adquirir a produção, a qual não foi inteiramente absorvida.

A leitura do inteiro teor da decisão, paradigmática no Direito brasileiro por expressamente reconhecer um dever de vinculação à boa-fé na fase formativa, permite afirmar a existência dessa zona limítrofe, na medida em que as circunstâncias narradas poderiam configurar tanto a *ruptura de negociações*, como a ofensa ao *dever de contratar*.

Esse caráter é ainda mais evidenciado quando analisada a consequência reparatória imposta *in casu*, qual seja, a compra da safra não absorvida – e que se volta à recolocação do lesado na situação em que estaria se o contrato esperado tivesse sido firmado e, ainda, tivesse sido cumprido (o tema será trabalhado abaixo, item 3.2.2).⁶⁴²

Tanto nos casos excepcionais em que se permite a configuração de um *dever de contratar*, como na hipótese (exemplificativa) da revogação de proposta irrevogável, a

⁶⁴¹ Trata-se da decisão cuja ementa se reproduziu na NR 585, *supra*. O acórdão é comentado com precisão, dentre outros, por MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2000, pp. 473-475; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências..., acesso RTOonline e por ZANETTI, Cristiano. Responsabilidade..., pp. 177-179.

⁶⁴² A reparação concedida no *caso dos tomates* é referenciada em posterior julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo como prestada a título de *interesse positivo*, justamente por reconhecer a perda de oportunidade de realizar o contrato com terceiros. Permite-se discordar dessa fundamentação – contratações alternativas não compõem o *interesse positivo* e, sim, o *negativo* –, porém não da conclusão. Sobre o tema, remete-se ao tratamento mais aprofundado do julgado realizado no item 3.2.2, *infra*.

confiança protegida não se volta mais à expectativa de eventual celebração do contrato, mas, antes, à confiança legítima de que o contrato efetivamente se formaria.⁶⁴³ Como se verá abaixo, essa distinção reflete-se de maneira evidente no *quantum* reparável.

Antes de estudar a identificação do sentido e da conformação da relação jurídica de reparação, há de se finalizar a introdução do tema com um olhar sobre a relação jurídica surgida na fase pré-negocial. É isso que se faz no tópico que segue.

2.2 Relação jurídica pré-negocial e deveres de boa-fé e de confiança

Conforme elucidado, o vínculo pré-negocial qualifica-se pela incidência do princípio da boa-fé e pela proteção à confiança, os quais atuam de maneira coordenada para compatibilizar o exercício da autonomia privada e as limitações que a ela se impõem com o início das negociações.⁶⁴⁴ Nestes princípios fundamentam-se as exigências de *eticidade* e *probidade*.

A inserção do *topos* da boa-fé e da confiança representa a superação de uma visão liberal e individualista do fenômeno contratual, à luz da qual predominava a indiferença em relação à fase formativa.⁶⁴⁵ Nesse contexto, vislumbra-se um conflito potencial entre *interesses da liberdade negocial*, de um lado, e *interesse no fomento da boa-fé e da proteção da confiança*, voltados à proteção das expectativas, de outro.⁶⁴⁶

O embate entre tais *interesses* (possivelmente) antagônicos é, segundo Judith Martins-Costa, definido no âmbito do Direito Civil pelo estudo dos diferentes estágios de vinculação que se desenvolvem na fase de formação.⁶⁴⁷ Nesse contexto, especial atenção deve ser conferida à configuração da chamada relação jurídica pré-negocial.

Na medida em que se afirmou que a responsabilidade civil pré-negocial pressupõe a existência de uma *densificação* do dever geral de não causar danos a outrem, o que justifica

⁶⁴³ MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade..., p. 170.

⁶⁴⁴ POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 134. Naturalmente, tais limitações à autonomia privada não se dão com o simples início do processo de negociação, mas com o seu desenvolvimento e correspondente criação paulatina de confiança quanto à chegada a um bom termo. Nesse sentido, elucidativa a afirmação de Dieter Medicus, à luz do Direito alemão, no sentido de que “a mera entrada em negociações ainda não limita a liberdade da parte de concluir o contrato”. (MEDICUS, Dieter. Ansprüche..., p. 547).

⁶⁴⁵ O adjetivo é empregador por José Alexandre Tavares Guerreiro, ao se referir à doutrina individualista e liberal do contrato, a qual considerava “que a frustração dos entendimentos preparatórios não incidia em qualquer sanção explícita da ordem jurídica” (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In: Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos. Vol. 4, p. 143 e seguintes, acesso pela RTOline em 12.06.2014).

⁶⁴⁶ A tensão é identificada por MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 386. No mesmo sentido, vide MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade..., p. 168.

⁶⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 387 e sg.

seu tratamento para além dos limites da responsabilidade aquiliana “pura”,⁶⁴⁸ pode-se nela vislumbrar a formação de uma *relação jurídica obrigacional*.

O reconhecimento e a formulação de uma relação jurídica na fase anterior ao contrato devem-se fundamentalmente ao Direito alemão. Na Alemanha, berço dos amplos e relevantes desenvolvimentos em torno do princípio da boa-fé (§ 242 BGB), reconhece-se há muito o que se chama de *relação legal sem deveres de prestação*.⁶⁴⁹

Consoante já se demonstrou, o desenvolvimento da boa-fé e sua vinculação à fase pré-negocial é profundamente marcado, no contexto do Direito tedesco, pela necessidade de superação dos limites da tipificação das hipóteses de responsabilidade civil delitual no § 823 BGB (item 3.2, Capítulo 2). Fundada no Direito romano, essa limitação foi também a pedra de toque para proposição original da *culpa in contrahendo* por Jhering.⁶⁵⁰

Como se sabe, a noção originalmente proposta pelo jurista alemão não foi integralmente acolhida no BGB em sua redação original, ainda que tenha recebido amplo abrigo na doutrina e, especialmente, na jurisprudência alemã. Para contornar os limites legais da responsabilidade delitual, paulatinamente se passou a identificar os deveres de proteção à responsabilidade contratual, o que possibilitaria a reparação mais ampla.⁶⁵¹

Com a Reforma, o resultado dessa construção doutrinária e jurisprudencial encontrou espaço nos §§ 241 (2)⁶⁵² e 311 (2)⁶⁵³, bases legais da existência de uma relação jurídica já na fase de formação do contrato. No primeiro, refere-se ao conteúdo da relação obrigacional

⁶⁴⁸ Diferentemente do que se passa no Direito francês, portanto, em que o tratamento da responsabilidade pré-negocial é reconduzido àquela delitual sem maiores dúvidas.

⁶⁴⁹ LORENZ, Stephan e RIEHM, Thomas. Lehrbuch..., p. 185. Note-se que não se está a defender sua natureza negocial, exatamente porque inexistente um dos elementos essenciais à essa configuração (a *vontade negocial* ou a *declaração de vontade*). Adotando-se o entendimento de João Alberto Schützer Del Nero, nos sentido de que “a qualificação jurídica de um fato nada mais é que o resultado de uma certa atividade, lógica e axiológica, em que, mediante a comparação entre elementos do fato e traços característicos de diversos modelos jurídicos, termina por afirmar-se que o fato ‘corresponde’ a um determinado modelo”, então não se poderia efetivamente qualifica-lo como de índole voluntária, negocial e prestacional (DEL NERO, João Alberto Schützer del. Conversão substancial do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 80). Sobre o elemento volitivo e sua inclusão no suporte fático do negócio jurídico, não se poderia deixar de fazer menção à lição de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem a vontade não seria elemento do negócio, e sim a declaração de vontade que absorveria a primeira. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico..., p. 82).

⁶⁵⁰ Como já se elucidou, Rudolf von Jhering localizou uma lacuna no tratamento da *culpa in contrahendo*, a qual não poderia ser reconduzida nem à noção de delito, nem àquela contratual. Inicia aí o que reconduziria os alemães ao desenvolvimento dos deveres de proteção em um quadro alargado do contrato, o que também justifica o recurso à nomenclatura de *interesse contratual positivo e contratual negativo*. Para uma visão mais aprofundada do contexto de surgimento dos conceitos, vide item 2.1, Capítulo 1.

⁶⁵¹ Essas mesmas considerações permitem compreender a razão pela qual se propôs na Alemanha uma responsabilidade pela confiança, autonomizada dos regimes tipificado da responsabilidade delitual e alargado daquela contratual. Novamente, dificuldade essa não existente no Brasil.

⁶⁵² Remete-se o leitor à NR 118.

⁶⁵³ Remete-se o leitor à NR 219.

como abrangente de “direitos, interesse jurídicos e outros interesses das partes” e, no segundo, determina-se que essa obrigação nasce já com as negociações.

As mesmas dificuldades enfrentadas na Alemanha não encontram paralelo no Direito brasileiro, uma vez que o regramento da responsabilidade aquiliana ou delitual é amplo o bastante para abarcar a infração aos deveres de boa-fé.⁶⁵⁴ O fato de se prescindir de uma *relação obrigacional sem deveres de prestação* não significa, contudo, que o conceito deva ser necessariamente rejeitado. Ao contrário.

A vinculação da fase pré-negocial à boa-fé, assente também na experiência brasileira, faz com que se reconheça a existência de deveres específicos, cujo conteúdo não se confunde com o *neminem laedere*. Embora não seja imprescindível a permitir sua reparação, é natural que tais deveres sejam identificados a uma *relação jurídica*, não confundível com o contrato que não se formou, mas ainda assim de cunho nitidamente obrigacional.⁶⁵⁵

Esse reconhecimento, contudo, não poderia ser confundido com a remissão automática do tratamento do descumprimento de tais deveres à responsabilidade contratual, como ocorreu na Alemanha. No Direito brasileiro, aliás, é majoritária a tendência de identificação ao regime da responsabilidade civil *delitual* ou *aquiliana*.⁶⁵⁶

⁶⁵⁴ Em verdade, a opção alemã de expressamente relacionar a responsabilidade pré-contratual ao contrato é bastante peculiar e não poderia ser considerada como representativa de uma tendência legislativa em outros sistemas contemporâneos. Ao contrário, ao menos no contexto europeu parece que a afirmação é inversa. No âmbito do direito comunitário, por exemplo, o Regulamento Roma I (versando sobre a lei aplicável às obrigações contratuais), expressamente exclui de seu âmbito de aplicação “as obrigações decorrentes de negociações realizadas antes da celebração do contrato” (art. 1º, 2, i). Ou seja, havendo responsabilidade civil pré-negocial, a solução do eventual conflito de leis será definida pelo Regulamento Roma II, que regula o conflito de leis das obrigações *extracontratuais*. É certo que ambos os documentos comunitários apenas definem a situação de conflito de leis, mediante a identificação da regra aplicável; não impõem, por certo, a aplicação de um ou outro regime (o qual será regido pela lei materialmente aplicável). Ocorre que a opção de qualificar, para aplicação da regra de conflito de leis, a responsabilidade pré-negocial como afeta às obrigações *extracontratuais* não parece ser de todo irrelevante.

⁶⁵⁵ Reconhecendo a existência de uma relação jurídica análoga àquela encontrada no Direito alemão, vide a lição de Judith Martins-Costa: “Significa dizer, portanto, que, no curso das negociações preparatórias de um contrato existe entre os interessados uma *relação jurídica obrigacional de fonte legal, sem deveres primários de prestação*, mas que se pode revestir por *deveres de proteção*”. (MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto..., acesso pela RTOonline).

⁶⁵⁶ Apenas a título exemplificativo, é esse o entendimento de CHAVES, Antônio. Responsabilidade ..., acesso pela RTOonline (aplicando, porém, o regramento da culpa contratual); DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade..., p. 138; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, pp. 319-322, § 4.248; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos. 19a edição. Atualizada Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34 e MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p.429. Afirmando que a responsabilidade pré-negocial decorre da infração a um dever que não é primário, embora sem haver relação obrigacional (e, portanto, referindo-se direta ou indiretamente a uma terceira via), vide GOMES, Orlando. Obrigações..., 2004, p. 179; PEREIRA, Regis Fichtner..., pp. 273-277; MIRAGEM, Bruno. Direito Civil..., p. 94. E, por fim, expressamente adotando a tese da responsabilidade contratual ou negocial, POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 150 e GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 265). Na jurisprudência, destaca-se o recente julgamento da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, aplicando à hipótese o regime de juros de mora da responsabilidade contratual, que será melhor trabalhado abaixo (item 3.1.2,

Sem pretender enfrentar com profundidade a controvérsia quanto ao regime de responsabilidade aplicável, deve-se salientar que o reconhecimento da formação de um *vínculo especial*, justificado pelo recurso à existência de deveres decorrentes da boa-fé e da confiança, não importa na necessária aplicação do regime da responsabilidade civil negocial. São, pois, duas discussões diversas entre si e autônomas.

Exemplificam a afirmação os exemplos encontrados nas experiências do Direito português e italiano, nos quais a doutrina ainda é tendencialmente a favor da natureza *aquiliana* da responsabilidade na fase de formação do contrato⁶⁵⁷ e, ao mesmo tempo, reconhece a existência de “certos deveres recíprocos”⁶⁵⁸ ou de uma relação qualificada por deveres especiais de proteção a interesses recíprocos na fase formativa.⁶⁵⁹

Pois bem. Depurar o conteúdo dessa relação jurídica *pré-negocial*, ou seja, dos deveres que a compõem, é essencial à definição do *interesse* reparável. Ao mesmo tempo, desconsiderar que sua composição é variável e flexível, até mesmo porque boa-fé e confiança não são princípios estáticos ou de conteúdo unitário⁶⁶⁰, levaria à equivocada conclusão quanto à existência de um único *evento lesivo* a elas vinculado.

Em suma, e reafirmando o que se tem defendido ao longo do texto, adotar essa simplificação do problema seria o mesmo que pretender definir o conceito da relação pré-

Capítulo 5). (STJ, REsp 1367955/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014).

⁶⁵⁷ Em relação ao Direito português, e conforme Ana Prata, antes da entrada em vigor do Código Civil de 1966 não havia grandes controvérsias que a responsabilidade aplicável era extracontratual, o que passou a ser discutido após, com relevantes vozes favoráveis a esse enquadramento (Almeida Costa) e contrárias, reconduzindo à responsabilidade negocial (Carlos Alberto Mota Pinto e Vaz Serra). (PRATA, Ana. Notas sobre..., pp. 208-2014. Dentre essas últimas, destaca-se a opinião doutrinária de António Menezes Cordeiro que, ao trabalhar a Reforma do Direito alemão, prestigia o fato de que se tornou clara a aplicação do regime de responsabilidade contratual inerente à responsabilidade pré-contratual, o que também poderia tornar mais fácil a compreensão em Portugal quanto à qualidade obrigacional da responsabilidade daí advinda. (MENEZES CORDEIRO, António. Da Modernização do Direito Civil. Aspectos Gerais. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 111-112). Já no que toca ao Direito italiano, destaca-se a opinião de ROPPO, Vincenzo. Il contratto..., p. 184 e SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo Secondo. Terza edizione. Torino: UTET, 2004, p. 260, no sentido da responsabilidade delitual e Francesco Benatti, defendendo a recondução à responsabilidade contratual, por considerar “que a esse propósito, foi observado justamente que o enquadramento da norma [art. 1337 *Codice Civile*] na categoria da responsabilidade ‘ex delicto’ conduziria a uma deformação do significado que a lei atribui à boa-fé neste campo” (BENATTI, Francesco. La responsabilità..., p. 128). Há porém, conforme afirma Paolo Gaollo, vozes relevantes sem defesa de uma natureza atípica ou híbrida dessa responsabilidade. (GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la fattispecie. In: In: Rivista di Diritto Civile. 2004, II, p. 299).

⁶⁵⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações..., p. 303.

⁶⁵⁹ ROPPO, Vincenzo. Il contratto..., p. 184. Para o jurista italiano, os deveres surgidos na fase pré-negocial não teriam cunho obrigacional, por não dizerem respeito ao dever de prestação, e por isso a sua violação será extraobrigacional ou delitual. Ainda assim, reconhece a existência de uma relação qualificada.

⁶⁶⁰ A tentativa de determinar o conteúdo dos deveres de proteção seria, como ressalta Eva Moreira, vã. Eles não permitem uma compreensão estática, sob pena de desnaturar a desejada flexibilidade obtida pela depuração *in concreto*. (MOREIRA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade..., p. 40).

negocial pelas suas consequências, em desatenção ao fato de que é o seu conteúdo concreto que deve ser analisado. É nele que, com efeito, reside o *dever violado*.

É certo também que, como a própria nomenclatura deixa entrever, os deveres mais típicos a vincular as partes na fase de negociações são os chamados *deveres de proteção* ou de *boa-fé*,⁶⁶¹ os quais possuem características que os diferenciam daqueles *de prestação*, surgidos com a contratação. A temática foi desenvolvida com bastante profundidade no Direito alemão, ao qual novamente se recorre.

Nesse contexto, é ainda atual a proposição de Claus-Wilhelm Canaris, para quem seriam três as características comuns aos chamados *deveres de proteção*: sua autonomia em relação à prestação; o fato de se fundarem na noção de confiança (e não na autonomia privada) e, por fim, sua independência em relação à conclusão do contrato, podendo surgir antes dele ou mesmo subsistir à decretação de sua invalidade.⁶⁶²

Da lição do jurista alemão, extrai-se a conclusão de que a existência de deveres de conduta não se liga de forma necessária à fase formativa, conquanto nela se localize um importante campo de estudos. De fato, o seu caráter autônomo em relação à prestação, facilmente compreendido antes da formação do vínculo contratual, não impede que sejam encontrados quando já perfectibilizado o contrato.⁶⁶³

A existência de múltiplos deveres é o sentido da *obrigação como processo*, sob o qual se compreende a sua conformação em um todo unitário.⁶⁶⁴ No campo específico da responsabilidade pré-negocial, e na ausência de um vínculo contratual, o que confere sentido à união de tais deveres é a tutela da confiança e das expectativas legítimas.

Nesse contexto se inserem, apenas exemplificativamente, deveres de abstenção (como aquele de não iniciar negociações sem a efetiva vontade de contratar), bem como deveres de atuação positiva, usualmente identificados nos deveres de informação, de lealdade e de proteção à integridade física e patrimonial dos supostos contratantes.

Enquanto alguns desses deveres se desdobram no conteúdo do contrato a ser firmado, dos quais certamente o dever de informação seja o melhor exemplo⁶⁶⁵, outros são

⁶⁶¹ Conforme já afirmado, a nomenclatura a eles conferida não é homogênea. Remete-se o leitor à NR 149.

⁶⁶² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ansprüche...*, p. 476.

⁶⁶³ Em suma, os mesmos deveres que na fase anterior à formação do contrato justificam o nascimento a responsabilidade civil pré-negocial ou a *culpa in contrahendo*, quando lidos em vinculação ao contrato, originam a chamada *violação positiva do contrato*.

⁶⁶⁴ Conforme já referenciado na NR 602, *supra*.

⁶⁶⁵ Os deveres de informação exercem diferentes funções no âmbito pré-negocial. Podem dizer respeito, por exemplo, à própria tratativa negocial, como também influenciar o conteúdo do contrato a ser firmado. Nesse último caso, dialogam com o regime de algumas figuras de invalidade, dentre elas com bastante atenção o dolo. Conforme Eva Moreira, a falta a informação pode levar à não conclusão o contrato, sua formação inválida ou

absolutamente desconectados da conclusão do contrato, como o que se passa na ofensa a deveres de proteção à integridade, acima já mencionados.⁶⁶⁶

Depurados desse amplo contexto, mostram-se relevantes para o tratamento que se propõe apenas aqueles deveres que se referem ao próprio processo formativo. Pode-se identificá-los no dever de *lealdade*, de *probidade* ou simplesmente de proteção às legítimas expectativas quanto à formação do contrato ou à manutenção das tratativas, as quais não devem ser frustradas por um atuar desleal no *inter* contratual.

Como se disse, porém, apesar de não haver um *dever de prestar* fundado na fase pré-negocial, é possível que a interpretação específica da confiança nela formada dirija-se à configuração de um *dever de contratar*, diverso daquele de *não romper injustificadamente as negociações*. A compreensão da relação jurídica pré-negocial como uma relação *sem deveres de prestação* denota com precisão a sua excepcionalidade.

Em outras palavras, sua interpretação acaba por ser sempre casuística. A fase de formação do contrato não tem conteúdo unitário. É, antes, um verdadeiro *processo* – “uma cláusula geral nunca se esgota ou fecha”⁶⁶⁷. Apresentada de maneira panorâmica, entende-se já haver substrato suficiente para passar ao estudo das *consequências* da infração aos deveres dele decorrem, em atenção a alguns grupos de casos relevantes.

3. O dano indenizável na responsabilidade civil por não formação do contrato

No caminho até agora percorrido, assentou-se que a fase formativa não é indiferente ao Direito, nela surgindo uma especial relação jurídica da qual se instrumentaliza o agir *probo* e *leal* esperado das partes. É justamente esse o sentido do art. 422 CC, no qual se estabilizam os princípios da boa-fé e da probidade.

Nessa *relação de confiança*, surgida com o início das negociações voltada à formação do negócio, anotou-se a existência de um preceito de proteção às legítimas expectativas depositadas no seu desenvolvimento. Na fase pré-negocial, protegem-se não apenas meras expectativas, mas apenas e tão somente aquelas que se mostram *juridicamente legítimas*.

mesmo formação válida, porém com conteúdo desvantajoso. (MOREIRA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade..., p. 75).

⁶⁶⁶ Por exemplo, o caso dos *rolos de linóleo* trabalhado na NR 209, Capítulo 2.

⁶⁶⁷ MONTEIRO, Jorge Sinde. Culpa in contrahendo (Direito Civil). In: Cadernos de Justiça Administrativa. N. 42, novembro/dezembro 2003, p. 10.

A configuração e o conteúdo das expectativas protegidas são depurados à luz de circunstâncias fáticas, cuja pluralidade não poderia ser integralmente abarcada em uma análise abstrata. No âmbito da tese, e vinculadas às hipóteses em que o contrato desejado não se formou, sobressaem-se dois grupos de casos de maior relevância – aos que se somam a circunstância do recebimento tardio da aceitação (art. 430, CC, item 3.3).

O primeiro deles é a *ruptura injustificada de negociações*, típica hipótese vinculada à responsabilidade pré-negocial. O segundo, bastante excepcional, corresponde à ruptura do *dever de contratar* fundado na confiança, e que pode tanto se fundar na interpretação das circunstâncias, como na prática de atos com eficácia vinculante.

A compreensão especificada de cada um desse grupos de casos permite a identificação do *interesse* reparável. Isso porque sua diversa composição tem o condão de tornar clara a distinção do que se chamou de *situação hipotética sem o dano*, a qual é intrinsicamente dependente do *evento lesivo*.

Como se propõe, o momento em que a falha ocorre no *iter* negocial é apenas um *primeiro filtro* para definição do interesse reparável. Descendo às vicissitudes de cada circunstância, haveria de se confirmar (ou alterar) a tendência reparatória pela aplicação de um *segundo filtro*. Somente essa análise mais atenta, realizada sob a ótica do conteúdo da reparação devida, é que permite precisar o sentido da proteção conferida pelo Direito.

As variantes que permitem a análise perpassam a qualificação do grau de confiança surgido na fase anterior ao contrato, a prática ou não de atos com eficácia própria, os quais se somam à *relação de confiança*, assim como a adequação da solução indenizatória prestada por um ou outro *interesse* ao ordenamento jurídico brasileiro.

Esse caminho, até aqui ilustrado de modo puramente abstrato, é mais bem compreendido a partir da sua aplicação. Para isso, divide-se a exposição de acordo com os dois grupos de casos acima depurados, dentro dos quais se elucida o caminho trilhado à definição do sentido da tutela indenizatória devida.

3.1 Responsabilidade pela ruptura injustificada de negociações

A *ruptura injustificada de negociações* é seguramente a hipótese de responsabilidade civil pré-negocial que mais interesse despertou na doutrina brasileira, sendo também a mais frequentemente apreciada pelo Poder Judiciário.⁶⁶⁸ Tanto assim que não é incomum a

⁶⁶⁸ Conforme se delimitará abaixo (NR 693), o tema foi pesquisado no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça de São Paulo. Todos os resultados encontrados referem-se à responsabilidade pré-negocial

identificação recíproca entre ambas – ou seja, a afirmação da responsabilidade pré-negocial como sinônimo de ruptura de negociações, e vice-versa – a qual, conquanto possível, há de ser lida como meramente parcial.⁶⁶⁹

O espaço de configuração da *ruptura injustificada* é nitidamente aquele compreendido nos limites da relação jurídica pré-negocial: as partes em negociação *ainda* não chegaram a um consenso definitivo sobre a contratação, mas *já* deixaram de lado a proteção fluida conferida pelo *neminem laedere*. A partir de então, criam-se deveres recíprocos de proteção às expectativas depositadas no bom andamento das negociações.

O que se protege, portanto, não são direitos de crédito vinculados ao contrato que ainda não foi concluído, mas a confiança da parte que se volta às negociações. Não havendo ainda um *dever de contratar*, às partes ainda é lícito deixar a mesa de negociações; não se permite, contudo, que o façam imotivadamente, máxime quando a ruptura cause danos injustos, sob pena de praticar *abuso de direito* (art. 187 CC).

Dito de outra forma, o reconhecimento do caráter ilícito da *ruptura injustificada* pressupõe ainda a possibilidade (abstrata) de não concluir o contrato. Não é despiciendo notar que somente a ruptura *imotivada* ou *injustificada* é que compõe o suporte fático do dever de indenizar; ao contrário, sendo *motivada* e *justificada*, não haverá ato ilícito.⁶⁷⁰

É isso que se infere da síntese de Cristiano Zanetti, para quem a hipótese se concretiza quando o direito ao recesso ainda existe e é lícito, desde que seja exercido de acordo com a boa-fé, a qual “fornece meios para o que o operador do direito avalie, num caso concreto, se o exercício de direito é ou não admissível”.⁶⁷¹

A ligação permite vislumbrar um duplo fundamento no princípio da boa-fé na proteção contra o recesso injustificado: a uma, porque é ele que fundamenta a ordem de cooperação desejada na fase pré-negocial, representada pela criação de uma *relação*

e à ruptura de negociações, ainda que em alguns se vislumbre do inteiro teor que, tecnicamente, não haveria adequado preenchimento do seu suporte fático.

⁶⁶⁹ Conforme a exposição realizada no início desse capítulo (item 1, *supra*), a responsabilidade pré-negocial é mais ampla do que a hipótese de ruptura de negociações.

⁶⁷⁰ É também plenamente possível que as partes, no curso das tratativas, regrem suas atuações mediante acordos vinculante, como os termos de compromisso de não negociar com terceiros por exemplo. Nesses casos, e como bem afirma Maristela Basso, “consagração de tal compromisso no acordo de negociação nada mais é do que a concretização do dever de negociar de boa-fé, de informar e de minimizar prejuízos”, não se retirando o direito da parte de não concluir o contrato e, por isso, sua ofensa ensejará indenização do *interesse negativo*, expressamente referenciado pela autora. Diferentemente, contudo, se houver ofensa a cartas de intenção de contratação firmadas em segredo, que descumpridas ensejam a reparação do *interesse positivo*. (BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. In: Revista dos Tribunais, vol. 769/1999, p. 28-47, Nov/1999, acesso pela RTOonline).

⁶⁷¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., pp. 142-143.

obrigacional sem deveres de prestação; a duas, porque é na utilização abusiva do direito de recesso que se fundamenta a responsabilidade respectiva.

A aproximação entre os conceitos de boa-fé e de confiança é também dúplice, reiterando a estreita ligação existente entre ambos. Afinal, a noção de *abuso de direito*, qualificado pelo excesso dos limites impostos pela boa-fé, fundamenta-se na tutela da confiança, sendo verdadeira *cláusula geral de proteção da confiança*.⁶⁷²

Não se pode deixar de notar, nesse panorama introdutório, que o recurso à noção de *abuso de direito*, espécie de ato ilícito definida no art. 187 CC, faz com que a responsabilidade civil por ruptura injustificada de negociações independa do elemento subjetivo *culpa*, uma vez que a abusividade é qualificada a partir de critérios objetivos. Assim, deve ser entendido com cautela o recurso à nomenclatura *culpa in contrahendo*, não se podendo dela retirar um (inexistente) requisito subjetivo fundado na culpa.⁶⁷³

Sem pretender discutir de maneira pormenorizada quais sejam os elementos relevantes à comprovação do surgimento da *confiança* e, conseqüentemente, da *legítima expectativa*, assim como quais os fundamentos admissíveis para a qualificação do recesso como *justo e não abusivo*,⁶⁷⁴ – análise, aliás, que somente poderia ser bem realizada *in concreto*⁶⁷⁵ –, pode-se focar na seguinte questão: uma vez reconhecida a responsabilidade pela *ruptura injustificada*, qual o parâmetro da indenização devida?

3.1.1 A definição do interesse indenizável

Já se afirmou que o estudo dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* não foi submetido a uma efetiva verticalização no Direito brasileiro sendo, quando realizado,

⁶⁷² MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013, p. 168.

⁶⁷³ Diferentemente se passa em Portugal, uma vez que o art. 227º do Código Civil português refere-se expressamente à culpa na formação do contrato. Nesse contexto, elucidativa é a lição de Jorge Sinde Monteiro, para quem a natureza jurídica da responsabilidade por *culpa in contrahendo* seria híbrida, não no sentido de lhe conferir um caráter de *tertium genus*, mas antes por lhe fazer depender do dever violado. No que toca especificamente à ruptura de negociações, afirma que ela se aproxima mais da responsabilidade aquiliana, razão pela qual “parece mais justo que seja o lesado a provar o caráter ilícito e culposo da actuação do lesante”. (MONTEIRO, Jorge Sinde. Culpa in contrahendo..., p. 14).

⁶⁷⁴ Para melhor compreensão dos requisitos, remete-se à doutrina de ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela ruptura de negociações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 139-141; PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade..., p. 305 e sg. FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva..., p. 285 e sg. E POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 256 e sg.

⁶⁷⁵ Nesse sentido a síntese de Judith Martins-Costa: “a atenção às circunstâncias é particularmente relevante no caso da responsabilidade derivada da ruptura das negociações, uma vez que, aí, dois dos elementos apenas analiticamente cindíveis, a constituem- a ruptura *injustificada* e a confiança *legítima* que foi fraudada pela ruptura – só se evidenciam *in concreto*” (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 424).

trabalhado de forma apenas parcial (*i.e.*, à luz de determinados grupos de casos). A indenização devida em caso de *ruptura injustificada de negociações*, ao lado da discussão sobre o parâmetro indenizatório na *resolução* (item 4, Capítulo 6), é um *locus* no qual o *par conceitual* costuma ser referenciado pela melhor doutrina.

Com efeito, é assente dentre os estudiosos do tema que a indenização devida em caso de rompimento de negociações não deve recolocar o lesado na situação em que estaria se o contrato desejado houvesse sido concluído, mas, antes, reparar os danos eventualmente causados pelo fato de ter iniciado e confiado nas tratativas. Em outras palavras, a indenização dirige-se e mede-se pelo *interesse negativo*, e não pelo *positivo*.

É essa a opinião doutrinária, no Brasil, de Pontes de Miranda, Antonio Chaves, Judith Martins-Costa, Carlyle Popp, Regis Fichtner Pereira, Cristiano Zanetti e Karina Nunes Fritz, dentre outros;⁶⁷⁶ em geral, esse entendimento corresponde àquele majoritário também em outros ordenamentos, com destaque ao italiano, português e alemão.⁶⁷⁷

Uma leitura atenta da fundamentação de tais entendimentos – tanto brasileiros, como estrangeiros – demonstra, em geral, que a conclusão não é apriorística, mas resultado de uma atenta análise da circunstância lesiva e da proteção conferida pelo ordenamento jurídico frente à *ruptura injustificada*. Em outras palavras, a razão pela qual se permite afirmar que a indenização se dirige ao *interesse negativo* não se obtém apenas pela constatação objetiva de que a falta se deu antes da formação do contrato.

Ao contrário, ela se fundamenta em uma criteriosa compreensão do problema reparatório à luz do *segundo filtro* de análise proposto, o qual se confunde com a configuração dos requisitos da *ruptura de negociações*. Nessa análise aprofundada, as atenções voltam-se muito mais à concepção global do *evento lesivo*, do que apenas ao regime de responsabilidade que lhe seja eventualmente aplicável.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 319, § 4.242; CHAVES, Antônio. Responsabilidade..., p. 205 e sg. (chamando de *interesse pré-contratual negativo*); MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 403, 412 e 427 (dentre outras passagens); POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 278 e sg.; PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade..., p. 371 e sg.; ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 151 e sg. e FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva..., p. 305 e sg. Entre os manuais, destacam-se FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 4. Contratos. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 56 (“caso o interesse positivo fosse indenizável, reflexamente o lesado seria colocado em posição de exigir o contrato”) e MIRAGEM, Bruno. Direito Civil..., p. 337.

⁶⁷⁷ Referindo-se a diversos ordenamentos, Mario Júlio de Almeida Costa sentencia: “afigura-se, todavia, inquestionável a orientação comum de que a obrigação de indemnizar por ruptura ilegítima das negociações corresponde ao ressarcimento do interesse negativo ou dano da confiança” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 75).

⁶⁷⁸ Veja-se, por exemplo, que o Direito alemão reconhece a natureza contratual da responsabilidade advinda pela ruptura de negociações, mas não deixa de apontar a indenização pelo *interesse negativo*. Afirmação, aliás, que poderia ser feita já no contexto da proposição original de Jhering – que também reconhecia seu caráter

Pode-se afirmar, portanto, que na responsabilidade pela *ruptura injustificada de negociações* – o que, em absoluto, significaria dizer na *responsabilidade pré-negocial* – o primeiro e o segundo filtro confirmam a indenização do *interesse negativo*. Há então de se compreender o caminho percorrido até essa confirmação.

Já assentado que a relação surgida antes da formação do contrato é uma *relação jurídica sem deveres de prestação* e, mais do que isso, que se polariza à proteção da confiança legítima depositada e criadas às partes, é natural concluir que a *ruptura de negociações* atinge de maneira direta essa *relação de confiança*.

É assim que se posiciona Pontes de Miranda para afirmar, em consequência, que a reparação devida em caso de *culpa in contrahendo* direciona-se ao *interesse na confiança*, uma vez que ainda não há contrato devidamente concluído.⁶⁷⁹ A afirmação, entende-se, é ainda um tanto genérica, pois não especifica o sentido da *confiança* lesada, algo imprescindível à definição do dano reparável.⁶⁸⁰

Essa qualificação torna-se mais robusta mediante uma análise que ultrapassa a constatação objetiva de que o contrato *ainda não se formou* – em verdade, a lição de Pontes de Miranda fixa-se no primeiro filtro de análise. Deve-se avaliar a concordância prática da indenização devida em relação à proteção conferida pelo ordenamento jurídico.

Assim, argumenta-se que a reparação dirigida ao *interesse positivo* ofenderia a liberdade de não contratar, cuja existência é pressuposto da *ruptura injustificada*. Como defende Antonio Chaves, esse resultado equivaleria ao “absurdo de sujeitar-se uma das partes justamente às consequências de um ajuste que não quis assinar”.⁶⁸¹

Não há dúvidas quanto ao acerto da afirmação. A defesa das *expectativas* quanto à formação futura do pacto não é subterfúgio para aniquilar a liberdade de contratar, inclusive

contratual (depurado da própria nomenclatura sugerida). Da mesma forma, no Direito italiano, Francesco Benatti adere à tese contratualista e, no entanto, mantém também a indenização vinculada ao *interesse negativo* (vide NR 657).

⁶⁷⁹ Sob essa rubrica, o tratadista trabalha o rompimento das chamadas *relações jurídicas de confiança*, para concluir que não se pode delas extrair relação contratual, na medida em que a nulidade ou a ruptura da negociação faz com que nenhuma relação de cunho contratual tenha sido firmada. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, pp. 319-321, § 4.242).

⁶⁸⁰ Em geral, o tratamento do tema objeto desta tese por Pontes de Miranda não é sistemático, o que chama bastante atenção considerando o rigor metodológico do seu Tratado de Direito Privado, obra que se considera fundamental ao Direito Privado brasileiro. Para além da já apontada inconsistência em considerar o *interesse negativo* como sinônimo de *lucros cessantes* (NR 453), poder-se-ia destacar a passagem em que se refere à impossibilidade parcial, pela qual o lesado poderia exigir o equivalente (“= pelo valor igual, em dinheiro, ao da prestação”) e perdas e danos e, sem uma explicação mais aprofundada, refere-se que a isso corresponderia a prestação do *interesse negativo*. Ora, a tutela do equivalente é o *interesse positivo*, e não *negativo* da parte-mesmo quando referenciada ao adimplemento parcial. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXVI, p. 28-29, § 3.107).

⁶⁸¹ CHAVES, Antônio. Responsabilidade..., pp. 202-205.

na sua eficácia negativa, ou seja, de não contratar. Dito de outro modo, a imposição do dever de reparar não pode, por via oblíqua, impor ao lesante o cumprimento do contrato não formado, máxime porque ele não estava obrigado à sua conclusão.

Tal resultado, de maneira bastante evidente, não se extrai puramente da afirmação de que a proteção se dirige à confiança da parte lesada. Muito além (ou muito antes) disso, ele se qualifica pelo sentido e pelos limites dessa mesma proteção. Explica-se.

Ora, se antes da formação do negócio jurídico as partes ainda têm o direito de se afastar das negociações, desde que o façam motivadamente, não há propriamente um direito de concluir coercitivamente o contrato. A expectativa protegida, em decorrência, volta-se à proteção da confiança quanto à lisura e à probidade do proceder da outra parte por ocasião das preliminares e da formação do negócio.⁶⁸²

Não se nega que, do ponto de vista subjetivo e econômico (ou seja, não estritamente jurídico), a expectativa de quem adentra as negociações seja concluir o negócio e obter a vantagem dele esperada. Como afirma Angelo Luminoso, sob a ótica do lesado, ela se confunde “com o interesse da vítima à conclusão do negócio.”⁶⁸³

Essa expectativa, conquanto existente no mundo dos fatos, não se mostra juridicamente legítima, pois a sua proteção violaria a *liberdade de não contratar*. Protegê-la seria, portanto, contrário ao ordenamento jurídico. É por isso que Luminoso afirma que o ordenamento acolhe um interesse econômico voltado ao *interesse positivo* como um *interesse (contratual) negativo*, mediante uma operação de conversão.⁶⁸⁴

Embora a afirmação soe bastante abstrata – conquanto se entenda correta e adequada –, ela tem o condão de demonstrar que a pedra de toque para definição da reparação dirigida ao *interesse negativo* não reside na mera afirmação da proteção da *confiança*, mas no direcionamento desta. E, no caso de *ruptura de negociações*, o sentido protetivo exaure-se na própria fase de negociações, não indo além dela.

Já se afirmou que a confiança, como princípio inerente aos sistemas sociais, faz-se presente tanto nas relações pré-negociais como nas relações negociais – sendo nessa *ubiquidade* que se justificou a rejeição da expressão *interesse na confiança* para designar o *interesse negativo* (item 3.4, Capítulo 2). Enquanto nas relações negociais ela é sobrestada pelas regras aplicáveis aos negócios jurídicos, nas relações anteriores à sua formação ela é o elemento mediato e imediato de vinculação, por excelência.

⁶⁸² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Responsabilidade..., p. 74.

⁶⁸³ LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 798.

⁶⁸⁴ LUMINOSO, Angelo. La lesione..., p. 798.

Delimitado o âmbito da *ruptura de negociações* à existência de negociações ou contatos preliminares ainda qualificados pela liberdade de (não) contratar, então haveria de se concluir que a confiança por ela infringida é duplamente delimitada.

Em primeiro, porque infringe uma *relação de confiança*, não integrada (em princípio) por deveres outros que não aqueles de boa-fé, o que já lhe indica uma direção *a priori*. Em segundo porque, inexistente um *dever de contratar*, a expectativa legítima e tutelada não poderia extrapolar os limites de proteção a essa relação jurídica.

Tutelam-se, portanto, as expectativas da parte que se manteve fiel às negociações, julgando que elas seriam adequadamente conduzidas; não se protege, ante a incompatibilidade às circunstâncias, um direito à conclusão do contrato. Este último, aliás, nem sequer se poderia considerar existente, de modo a merecer tutela.

É exatamente esse o sentido da compreensão atual da *ruptura injustificada* no Direito brasileiro, como se depreende da síntese do Superior Tribunal de Justiça: “a responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material”.⁶⁸⁵

Em outras palavras, o *evento lesivo* do qual decorre o *dever de reparar* não se confunde com a não formação do contrato, e sim com a criação de expectativas quanto à sua conclusão. É natural concluir, diante dessa percepção, que a indenização respectiva não seja medida pelo *interesse no cumprimento*, mas pelo *interesse negativo*.

Nesse sentido, defende Paulo Mota Pinto que o ato ilícito não estaria na *frustração* do negócio, mas na *criação* da expectativa de sua formalização.⁶⁸⁶ Apesar de se concordar com sua lição – entendendo-se, porém, que a ofensa esteja na conjugação da *criação* com a

⁶⁸⁵ Em que pese a afirmação constante do acórdão, o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça entendeu pela incidência da Súmula 7, ou seja, pela revisão de fatos que seria obstada naquela instância. Tratava-se de caso também paradigmático envolvendo negociações instalação de concessionária de veículos, em que a contratante adiantou despesas na ordem de R\$ 75.000,00 e viu as tratativas serem rompidas sem justo motivo, posteriormente descobrindo ter sido vítima de um golpe realizado internamente à estrutura da montadora. Houve condenação, nas instâncias inferiores, à devolução do montante pago e à indenização por danos morais, o que foi mantido pelo STJ. (REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013). Entendimento muito similar é encontrado também na jurisprudência portuguesa, senão veja-se: “II – A responsabilize decorre do facto de uma das partes ter gerado na outra a confiança e a expectativa legítima de que o contrato seria concluído e não da ruptura das negociações, da não conclusão ou da recusa de celebração do contrato”. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Acórdão de 31 de março de 2011. Processo 3682/05.3TVSLB.L1.S1. In: Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 141º. maio/junho de 2012, n. 3974, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 309-331).

⁶⁸⁶ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1345.

*frustração da confiança*⁶⁸⁷ –, é fato que a distinção é capciosa, até mesmo porque é a ruptura que se qualifica como *abusiva* e, portanto, como *ato ilícito*.

Com efeito, uma leitura apressada do problema poderia indicar que, abstraído o *abuso de direito* (ou seja, a ruptura injustificada das negociações), o contrato teria sido firmado (situação hipotética) e, nesse contexto, devida seria a indenização do *interesse positivo*. Premissa e conclusão são equivocadas, pois desconsideram que a defesa contra o *abuso de direito* é circunstancial, e não individualizada no ato abusivo.

Essencialmente, o que se protege com a proibição de exercício abusivo de direito é a *confiança* despertada em outrem, algo que é naturalmente prévio ao ato abusivo. É essa *confiança* anterior, portanto, que qualifica o direcionamento da proteção conferida, e não o *ato abusivo* isoladamente, ou seja, a *ruptura das negociações (in casu)*.

Ao assim se proceder, pode-se afirmar que o *evento lesivo* que fundamenta a indenização nem sempre será coincidente com o *ato ilícito* objetivamente considerado. Se em uma série de casos ambos se identificam – especialmente no campo do delito, em que a abstração da prática do ilícito conduz à abstração do *dano* (ou à situação hipotética sem ele) –⁶⁸⁸ no âmbito do *abuso de direito* ambos não são necessariamente coincidentes.

Sob outra ótica, mas conduzindo aos mesmos resultados, Dieter Medicus propõe que se diferencie o *evento lesivo* consubstanciado em algo ocorrido *antes* da ruptura injustificada e aquele que se configura *na própria* ruptura das negociações.⁶⁸⁹ Neste último caso, haveria de se vislumbrar a ofensa a um *dever de contratar*, o que inexistia na configuração do suporte fático da *ruptura injustificada de negociações*.

Corroborando essa análise circunstancial também o fato de que a tutela da confiança iludida pelo *abuso de direito* pode ser realizada para além da responsabilidade civil, bem como pelo fato de que nem sempre a sua proteção se volta à recondução do lesado ao *status quo ante*, podendo-se falar em uma proteção positiva da confiança.⁶⁹⁰

⁶⁸⁷ Essencialmente, a criação de confiança não é por si ilícita, somente assim se configurando após a sua frustração injustificada ou ilegítima. Da forma similar entende Paulo Mota Pinto, conforme se vê do quanto afirma em nota de rodapé “é claro que, mesmo nesses casos, se a confiança que foi criada não for frustrada, por ex. porque o contrato foi celebrado ou renovado, não existirá responsabilidade, mas porque não existirá *dano*”. Permite-se discordar de sua visão, por se entender que, no caso exemplificado por ele, não haveria responsabilidade por não haver frustração da confiança legítima que, tão legítima que era, veio ser confirmada – e não por faltar o dano. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1345).

⁶⁸⁸ Tomando-se o exemplo manualístico do acidente automobilístico, abstraída a sua ocorrência, os danos não teriam ocorrido, o mesmo se podendo afirmar na generalidade dos casos de responsabilidade delitual em que a situação hipotética sem o *evento lesivo* é idêntica à abstração do *ato ilícito* isoladamente.

⁶⁸⁹ MEDICUS, Dieter. Ansprüche..., p. 549.

⁶⁹⁰ Assim, por exemplo, a tutela da aparência, exemplo de aplicação do conceito de confiança fora do âmbito da responsabilidade civil e também de uma tutela *positiva* e não *negativa* da confiança do lesado. Ora, ao se proteger a aparência, não se está a abstrair o ato abusivo (ofensa à confiança), e sim a torná-lo verdadeiro.

Não é o que se passa no caso da *ruptura de negociações*: os limites da confiança violada afastam a possibilidade de recondução do lesado à situação de cumprimento do contrato, sob pena de impor uma obrigação de contratar. Aqui, a tutela indenizatória a protege *negativamente*: o lesado é reconduzido à situação em que estaria se não tivesse *confiado* e não àquela em que estaria se a *confiança* tivesse sido concretizada.

Determinado o *evento lesivo*, o sentido da reparação é obtido pela aplicação do regime geral de responsabilidade civil. Reitera-se, como se tem afirmado, que a questão não é puramente solucionada pelas regras causalidade, pois é, antes, dependente da definição de qual seja o ponto de partida para sua aplicação destas mesmas regras.

Nesse sentido, sem a *criação* da confiança (e desde que, posteriormente, ela venha a ser violada), o suposto contratante não teria acreditado na lisura das negociações e, naturalmente, não teria realizado gastos ou assumido despesas que se tornaram inúteis. Da mesma forma, não teria deixado de aproveitar oportunidades alternativas. A indenização dirige-se, de maneira clara, à recomposição do *interesse negativo*.

3.1.2 O alcance da indenização na jurisprudência brasileira

Uma vez reconhecido que na hipótese de *ruptura injustificada de negociações* – e desde que bem delimitado o alcance da sua configuração – a indenização devida volta-se ao *interesse negativo*, todos os danos ligados a ela de forma *direta* e *imediata* serão indenizáveis.⁶⁹¹ Isso importa em dizer que o lesado terá direito à indenização tanto de danos emergentes, como de lucros cessantes causados em razão da *ruptura injustificada*.

É evidente que tais prejuízos somente serão reparáveis na medida em que forem comprovados. Reafirmando que a adoção dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* não influencia e não altera as regras de responsabilidade civil (item 2, Capítulo 3), dúvidas não há de que caberá ao lesado demonstrar a sua ocorrência, cuja prova é (em princípio) essencial à composição do direito à reparação.⁶⁹²

⁶⁹¹ Como ensina Judith Martins-Costa, essa relação etiológica entre os danos sofridos e a confiança fraudada submete-se, como é natural, à regra de causalidade do art. 404 CC. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 484).

⁶⁹² Nesse sentido é assente a jurisprudência. Exemplificativamente, o Tribunal paulista considerou enquadrar-se na violação pré-negocial a hipótese de jornalista que, fazendo-se passar por interessada na compra de um imóvel, identificou-se como profissional da imprensa somente após a visita. O fundamento da decisão repousa no fato de que, por ausência de transparência e infração à boa-fé, a jornalista envolveu a outra parte em tratativas inúteis, pois inexistente intento negocial. O pedido de indenização por danos materiais, para o julgado delimitava-se ao *interesse negativo* e, portanto, não poderia alcançar o valor da comissão devida pela venda do imóvel, foi julgado improcedente por não ter havido prova de “gastos e ou perdas de outras oportunidades”. A decisão, contudo, condenou a ré ao pagamento de danos extrapatrimoniais. (TJSP, Ap. Cív. nº 9069196-

A apresentação especificada da composição do *interesse negativo* foi realizada no Capítulo 4, ao qual se remete o leitor (item 3). Por ora, realizam-se alguns apontamentos casuísticos, vinculados especificamente à configuração do rompimento de negociações e sua aplicação nos Tribunais brasileiros.⁶⁹³

Em geral, e nos limites da pesquisa realizada, a indenização conferida em caso de *ruptura de negociações* adequa-se ao conceito de *interesse negativo*, ainda que a utilização da nomenclatura não seja sempre presente.⁶⁹⁴ Isso não importa em concluir, contudo, que o conteúdo decisório seja sempre uniforme, havendo algumas discrepâncias quanto à forma de composição da indenização. Resta analisar alguns desses julgados.

No que diz respeito aos *danos emergentes*, os quais se constituem primordialmente em despesas preparatórias à realização do contrato (item 3.1, Capítulo 4), entende-se que o pretense contratante tem direito ao que dispendeu em decorrência da frustração das negociações, “ou seja, aquilo que investiu na confiança que lhe foi despertada pelo outro candidato a contratante”.⁶⁹⁵

A menção à *confiança* não é ocasional e merece ser novamente sublinhada. Afinal, e conforme se trabalhou no tópico anterior, é a formação (e posterior frustração) da confiança que justifica o caráter ilícito ou abusivo da retirada das negociações.

A vinculação necessária à confiança é anotada com precisão na jurisprudência. Assim, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que gastos havidos por conta e risco pela parte, apesar de avisada pela outra de que o gasto era prematuro, não seriam indenizáveis.⁶⁹⁶ Ao assim decidir, o Tribunal delimitou a indenização apenas àqueles

70.2001.8.26.0000. Relator (a): Marcelo Benacchio; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado A; Data de registro: 05/12/2005; Outros números: 1989114300).

⁶⁹³ A pesquisa realizada limitou-se ao Tribunal de Justiça de São Paulo e ao Superior Tribunal de Justiça. Foram utilizados diversos parâmetros de pesquisa, dentre os quais se destacam: “interesse contratual negativo”, “interesse negativo”, “indenização culpa in contrahendo”, “perdas e danos” e “ruptura de tratativas/negociações”. Dentro dos resultados obtidos, foram analisados todos os julgados em inteiro teor (exceção feita aos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que indicavam a aplicação da Súmula 7 daquela Corte), com a seleção daqueles relevantes à tese, e que compõem a exposição aqui realizada. A pesquisa findou-se em 05.10.2015, sendo após essa data analisados apenas alguns julgados pontuais.

⁶⁹⁴ Exemplificativamente, vide o seguinte excerto: “O dano na responsabilidade pré-contratual e o chamado interesse negativo consistente nos gastos efetuados, perda de outras oportunidades e a frustração das expectativas do outro contratante (consulte-se Cláudio Turco, Interesse Negativo e Responsabilità Precontrattuale, Giuffrè, 1990), portanto, como ressaltou o douto magistrado, era mesmo o caso da impropriedade da pretensão ao chamado interesse positivo (o que se ganharia com o contrato e perdas correlatas) por não provado”. (TJSP, Ap. Cív. nº 235. 818-4/7-00. Relator (a): Marcelo Benacchio; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado A; Data de registro: 25/07/2006; Outros números: 2358184700).

⁶⁹⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 157.

⁶⁹⁶ Tratava-se de negociações para a realização de um contrato de locação, em que o locador realizou prematuramente a reforma do imóvel par instalação de um elevador, muito embora tenha sido advertido pelo pretense contratante de que era preciso “um pouco mais de paciência” antes de iniciar as obras. Não bastasse

dispêndios realizados no espaço entre a *criação* da confiança e sua *frustração*. E o faz de maneira adequada, porque é a ofensa à confiança que qualifica a *inutilidade* ou o *desaproveitamento* dos dispêndios realizados (em confiança) na fase de negociações.

Antes da criação de expectativas legítimas quanto à realização do negócio – o que depende da análise *in concreto*, não sendo um dado obtido apenas pela análise do transcurso de tempo⁶⁹⁷ –, eventuais despesas realizadas serão o risco assumido pelo pretense contratante e, ainda que se tornem inúteis com a ruptura, não se mostram indenizáveis. A mesma lógica se aplica às despesas realizadas após a ruptura.⁶⁹⁸

Também se distingue, conforme já se fez anteriormente, entre as despesas efetivamente tornadas *inúteis* e aquelas que apenas são desaproveitadas em relação àquele negócio específico. Somente uma análise casuística permitirá diferenciá-las e, configurada a segunda hipótese, não parece haver fundamento para a reparação.

A respeito do tema, são pertinentes dois relevantes julgados, um do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a questão da indenização por despesas desaproveitadas foi analisada com bastante rigor, pelo que merecem ser analisados de forma específica e com maior profundidade.

Em recente julgamento, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o Superior Tribunal de Justiça analisou a controvérsia da indenização de despesas decorrentes da ruptura de negociações. Tratava-se de contrato de prestação de serviços para realização de evento, cujos custos haviam sido orçados em R\$ 1.075.000,00.

Segundo consta do acórdão, haveria já “induvídiosa expectativa” de conclusão do contrato, razão pela qual a empresa de eventos a ser contratada assumiu obrigações frente a

isso, o TJSP não estar configurada hipótese de responsabilidade civil pré-negocial. (TJSP, Ap. Cív. nº 0004681-25.2013.8.26.0562 Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Comarca: Santos; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/03/2015; Data de registro: 05/03/2015). A decisão reitera que a ofensa não está no rompimento das negociações, nesse caso entendida como *justificável*, mas na criação da confiança que se vem frustrada. Na medida em que a parte cumpriu seu dever de informar quanto ao caráter meramente *possível* da conclusão, não se poderia imputar-lhe a falta da contratação.

⁶⁹⁷ Do mesmo acórdão citado na nota anterior, depreende-se com precisão: “(...) o interstício temporal não é elemento bastante, a denotar expectativa legítima de celebração da avença. Do contrário, qualquer negociação que perdurasse por prazo razoável acarretaria expectativa de concretização por um dos interessados e consequente dever de indenização pelo desistente”.

⁶⁹⁸ Assim a decisão do TJSP que julgou a ruptura de negociações voltadas à cessão de uso de marca. O Tribunal, após discorrer sobre a delimitação da indenização em caso de ruptura de negociações – a qual se volta ao *interesse negativo* e não “aqueles consistentes no acréscimo patrimonial que a autora experimentaria se o contrato tivesse sido celebrado” – negou a reparação das despesas alegadamente tornadas inúteis (a compra de um balcão expositor), pois realizadas em data posterior ao rompimento das negociações (e, em parte, por não terem sido comprovadas). (TJSP, Ap. Cív. nº 1003286-38.2014.8.26.0079, Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2015; Data de registro: 12/03/2015).

terceiros, antes mesmo da formalização do pacto. Em síntese, “realizou uma visita técnica, elaborou memoriais descritivos e, segundo alega, iniciou a contratação de terceiros, efetuando despesas da ordem de R\$ 200.000,00”.

Cancelada a realização do evento e frustrada a expectativa de contratação, o STJ manteve a decisão *a quo* para condenar a pretensa contratante ao pagamento dos custos tornados inúteis.⁶⁹⁹ Muito embora a decisão faça menção apenas indireta ao *interesse negativo* (em citação doutrinária da obra de Récio Eduardo Cappelari), foi sob esta rubrica que a reparação de tais despesas inúteis restou adequadamente conferida.⁷⁰⁰

Discussão análoga foi apreciada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo o qual, também sem referência expressa à distinção formulada entre *interesse positivo e negativo*, realizou sua aplicação de forma bastante coerente no que toca aos danos emergentes.

Discutia-se o rompimento de negociações de contrato para instalação de uma concessionária de veículos. O pretenso concessionário, acreditando na certeza da conclusão iminente, adquiriu um imóvel para instalação da loja, no valor de R\$ 1.800.000,00. Embora elevado o custo da aquisição, e o fato de ter sido adquirido em razão das negociações, entendeu-se que o bem passou a integrar o patrimônio do lesado, razão pela qual poderia ser livremente alienado ou utilizado para outra finalidade lucrativa, inclusive a instalação de uma outra concessionária.

O valor gasto para a compra do imóvel não corresponderia, ao ver do Tribunal, a um prejuízo indenizável – não se tendo analisado eventuais gastos dispendidos para sua compra, e que efetivamente se tornaram inúteis (como correção e impostos).⁷⁰¹ As perdas e danos deveriam, contudo, cobrir o custo imobilizado para a sua aquisição, mediante a comparação do que o lesado teria obtido com o mesmo capital em uma aplicação financeira, desde o seu efetivo dispêndio até a interrupção das negociações.⁷⁰²

⁶⁹⁹ A leitura do acórdão indica que a decisão quanto à qualificação da responsabilidade pré-negocial foi obstada pela Súmula 7, STJ. De toda sorte, o texto da decisão traz relevantes considerações sobre o fundamento e a proteção conferida na fase pré-negocial. (STJ, REsp 1367955/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014).

⁷⁰⁰ No mais, a decisão posiciona-se pela natureza *contratual* da responsabilidade por ruptura de negociações. Após afirmar não haver nenhuma distinção ontológica entre os regimes de indenização, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino aplica ao caso a incidência de juros desde a data da citação, típica regra consequencial do regime contratual. Essa posição específica do acórdão é qualificada por Judith Martin-Costa de *peculiar*, para quem o regime adequado é o extranegocial com fundamento nos artigos 927 e 187 CC. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 429).

⁷⁰¹ Como se disse, não se teve acesso ao inteiro caderno processual, de forma que não se sabe se essas rubricas compunham o pedido formulado pela parte. Entende-se que eventuais custos de aquisição (como imposto e corretagem) seriam nítidas despesas desaproveitadas e deveriam ser indenizadas, ainda que a aquisição do imóvel em si mesma não fosse considerada um dano.

⁷⁰² “Os prejuízos decorrentes da aquisição de imóvel para que pudesse ser celebrado contrato deve ser calculado com base nas taxas de aplicação financeira do capital investido.” (TJSP, Ap. Cív. nº 9075917-

O capítulo dessa mesma decisão que mais chama atenção, no entanto, condenou o réu também à indenização por *lucros cessantes*, calculados de forma proporcional em relação ao contrato de concessão para venda de veículos que não se firmou. Sua análise – conjuntamente com os já mencionados danos emergentes – será abaixo retomada.

Por ora, fixa-se na configuração dos *lucros cessantes*, rubrica que deve ser analisada de forma mais atenta quando vinculada ao *interesse negativo*. Com efeito, é exatamente a indenização por ganhos obstados que suscita maiores controvérsias.

Primeiramente, há de se recordar que a reparação de *lucros cessantes* devidos em decorrência da *ruptura injustificada* de negociações não se volta à vantagem patrimonial esperada do contrato que não chegou a ser concluído (item 3.2, Capítulo 4).⁷⁰³ O que se indenizam são vantagens de outras *oportunidades perdidas*, cuja existência e seriedade devem ser comprovadas pelo lesado como pressupostos para indenização.⁷⁰⁴

A delimitação é bastante natural. Fosse devida a vantagem esperada com o contrato não firmado, ao que se somam as despesas tornas inúteis (danos emergentes), a indenização respectiva seria dirigida ao *interesse positivo*, confundindo-se com o cumprimento do contrato e com a infração a (inexistente) *dever de contratar*. Como visto, a *ruptura de negociações* desenvolve-se ainda no âmbito da liberdade de não contratar.

Seguindo-se a mesma lógica interpretativa, não parece adequado conferir ao lesado uma indenização que abranja a *perda da chance* de concluir aquele contrato específico que não se concluiu. A opção, adotada em certa altura no Direito francês, não se mostra adequada à proteção conferida na fase pré-negocial, exatamente porque toma em consideração uma *chance* que nunca *existiu* ou se *perdeu* efetivamente.⁷⁰⁵

Eis a complexidade da indenização de *lucros cessantes*: a existência de oportunidades perdidas, diferentemente da comprovação quanto ao conteúdo do contrato que não se formou, não é facilmente aferível. Comparativamente às despesas desaproveitadas, cujos dispêndios permitem (em tese) uma prova objetiva, o caminho percorrido para definição dos lucros cessantes é certamente mais dificultoso.

Some-se a isso ainda, a existência de entendimentos contrários à possibilidade de indenização dos *lucros cessantes* pelo *interesse negativo* os quais, como já se defendeu (item

38.2001.8.26.0000. Relator (a): Renato Gomes Corrêa; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 4ª Câmara (Extinto 1º TAC); Data do julgamento: 10/12/2003; Data de registro: 22/10/2004; Outros números: 1018642400).

⁷⁰³ ROPPO, Vincenzo. Il contrato..., p. 186.

⁷⁰⁴ Sobre a reparação dirigida a oportunidades perdidas, vide POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 279.

⁷⁰⁵ Remete-se o leitor ao item 3.3, Capítulo 4.

3.2, Capítulo 4), não apenas são potencialmente ofensivos ao disposto no art. 944 CC, como não se adequam à compreensão contemporânea de sua composição.

Nesse contexto, não é incomum que os julgados se refiram ao *interesse negativo* como sinônimo de despesas desaproveitadas, ainda que a menção nem sempre pretenda efetivamente limitar o alcance da indenização. As afirmações, lidas isoladamente, poderiam conduzir a conclusões precipitadas.⁷⁰⁶ Deve-se, portanto, evitá-las.

Exemplificativamente, e ainda que não tenha havido decisão específica sobre esse ponto, extrai-se do já citado acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo o entendimento subjacente de que o *interesse negativo* consistiria apenas no ressarcimento de despesas, afirmando-se que a “indenização deveria se restringir aos interesses negativos, aquilo que se gastou por conta e em razão do contrato que, ao final, não foi celebrado”.

Mais à frente, a mesma decisão anota o caráter excepcional da hipótese de indenização da oportunidade de contratar com terceiros perdida, reconduzindo-a, contudo, à noção de indenização do *interesse positivo*.⁷⁰⁷ Como se vê, o entendimento é em parte contrário àquele ora sustentado, especificamente quanto à qualificação das oportunidades alternativas perdidas, que se entende reconduzíveis ao *interesse negativo*.

Com efeito, os *lucros cessantes* indenizáveis pelo *interesse negativo* não se referem às vantagens esperadas com o contrato que não se firmou – e que seriam efetivamente o *interesse positivo* –, mas, antes, a vantagens de oportunidades alternativas que se frustraram em razão da confiança depositada no curso das negociações.

A alteração é repleta de conteúdo, inclusive no tocante à questão probatória. Conforme se defendeu acima (item 2.2, Capítulo 4), a falta de cumprimento da prestação é, em muitos casos, um dano *de per se* indenizável, por vezes sendo possível a sua conversão *abstracta*; diferentemente, contudo, se passa em relação a contratos alternativos.

⁷⁰⁶ Assim, por exemplo, a menção em julgamento já citado, no qual se expressa que “indenizam-se os gastos antecipados pela parte contrária, pois não houve celebração de contrato final esperado. São o que a doutrina denomina de interesses negativos”. (TJSP, Ap. Cív. nº 134186-53.2006.8.26.0000. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2011; Data de registro: 20/09/2011; Outros números: 4609154600). O caso, envolvendo despesas realizadas para a implantação de empreendimento imobiliário que não se concretizou, já foi mencionado na NR 545, Capítulo 4.

⁷⁰⁷ “Vislumbro, como única possibilidade de indenização dos interesses positivos, a situação em que a ruptura injustificada acarretar a perda da possibilidade de a outra parte realizar o mesmo negócio com terceira pessoa. É o que ocorreu no famoso “caso dos tomates”, julgado pelo TJ/RS (Ap. Cível nº 591.028.295). Apenas a oportunidade perdida de contratar com terceiro é que seria indenizável.” (TJSP, Ap. Cív. nº 1003286-38.2014.8.26.0079, Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2015; Data de registro: 12/03/2015).

Nesse sentido, em julgado também da Corte paulista, foram conferidos à parte lesada pela ruptura de negociações os lucros cessantes decorrentes da perda da oportunidade de aluguel do imóvel a terceiros. A discussão analisada envolvia tratativas para realização de contrato de locação que, tendo sido considerado firmado pelo proprietário do imóvel, fez com que este retirasse as placas de “aluga-se” do prédio.

Segundo consta do acórdão, as negociações estavam em estado avançado, já tendo havido a entrega das chaves e do carnê de pagamento do imposto territorial urbano. Posteriormente, passados mais de mês e meio desde a entrega respectiva, o pretenso locatário informou que não pretendia firmar o contrato definitivo.⁷⁰⁸

O acórdão condenou a parte desistente ao pagamento dos valores de aluguel do imóvel, para tanto fundamentando-se na declaração de testemunha, corretor de imóveis, de que o bem teria sido certamente locado. Do corpo do acórdão, sustenta-se também o convencimento pelo fato de que se tratava de bem com ótima localização.

As naturais limitações da leitura dos fatos limitada ao acórdão, e não a partir de todo o caderno processual, não permitem analisar a fundo as circunstâncias fáticas envolvidas (chamando atenção o fato de já ter havido entrega das chaves e envio de boletos de condomínio, por exemplo), sendo de toda sorte de se sublinhar a afirmação da compatibilidade da indenização por *lucros cessantes no interesse negativo*.⁷⁰⁹

Nesse caso específico, porém, o sentido da indenização adotado seria indiferente ao resultado que se obteve pois, em qualquer um deles, seria devido o pagamento do aluguel do imóvel, cujo cálculo segue um preço de mercado – como já se afirmou, em um mercado ideal, as soluções propostas pelo *interesse positivo* ou *negativo* seriam quantitativamente equivalentes. Mas o idêntico resultado ao qual se chega não importa, como se tem sustentando, em desconsiderar o diverso caminho pelo qual foi obtido.⁷¹⁰

Veja-se, contudo, que é peculiar a qualificação da comprovação admitida, máxime porque embasada na declaração de corretor de imóvel e na localização do bem. Não por acaso, em situação análoga, o mesmo Tribunal adotou entendimento diametralmente oposto:

⁷⁰⁸ TJSP, Ap. Cív. nº 730765- 0/3 Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/09/2008; Data de registro: 07/10/2008.

⁷⁰⁹ No mesmo sentido outro julgado da mesma corte, entendendo cabível a indenização, porém entendendo incabível a condenação pela falta de comprovação dos lucros cessantes “como por exemplo, a perda da oportunidade de negócio, considerando-se, aqui, a sua profissão (comerciante)”. (TJSP. Ap. Cív. nº 0271229-90.2010.8.26.000. Relator (a): Gilberto Leme; Comarca: Fernandópolis; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/10/2012; Data de registro: 23/10/2012).

⁷¹⁰ Em outras palavras, o fato de que a indenização pelo *interesse positivo* ou pelo *interesse negativo* possa conduzir ao mesmo resultado concreto, não importa negar a diferença existente entre ambas. A coincidência será circunstancial, pois o caminho percorrido é nitidamente diverso.

“não se pode afirmar (...) que se o imóvel não estivesse em reforma, ele seria alugado e que a autora receberia os aluguéis durante o prazo indicado na inicial”.⁷¹¹ Não comprovada a existência de outras oportunidades de locação, a indenização foi negada por ausência de prova de danos, conquanto admitida a ocorrência de falta pré-negocial.⁷¹²

De maneira geral, e em que pese a apriorística identificação do *interesse negativo* às despesas tornadas inúteis, entende-se não haver maiores discussões quanto à possibilidade de indenização de *lucros cessantes* e, mais do que isso, que estes não se ligam ao contrato não formado, mas a oportunidades perdidas. A rubrica não é, contudo, frequentemente indenizada, dada a rigidez de provas necessárias para sua admissão – embora haja decisões que a flexibilizam de forma excepcional.

Exemplifica a rigidez da prova o excerto de julgado que negou a indenização justamente por falta de comprovação, no qual se elucidou fatos que comprovariam a sua ocorrência: “o remanejamento orgânico da atividade empresarial para atender aos interesses da ré; a dispensa de alguns clientes para atender às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade etc. na sua prestação do serviço licitado; a não concorrência no mercado, dentre outros fatos (...)”.⁷¹³

O entendimento há de ser corroborado, pois a ocorrência de tais fatos poderia comprovar a existência de um *lucro cessante*, o qual se ligaria à confiança quanto à efetiva formação do contrato que, por ato de uma das partes, deixou de ser concluído. A questão

⁷¹¹ TJSP, Ap. Cív. nº 883790002. Relator (a): Manoel Justino Bezerra Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/08/2008; Data de registro: 13/08/2008.

⁷¹² Embora a responsabilidade civil pressuponha a ocorrência de dano, entende-se possível que este não seja de cunho material. Ou seja, a falta de dano de ordem patrimonial não afasta o preenchimento do suporte fático da indenização. Não parece cabível, contudo, identificar o *interesse negativo* como o dano violado na responsabilidade pré-negocial e, assim, nele incluir também o dano não patrimonial. Em sentido contrário, admitindo a sua recondução à noção de *interesse negativo*, vide excerto de decisão do TJSP: “portanto, considerando-se a conduta da ré, na fase pré-contratual, gerou, objetivamente, frustração ao apelado, intitulado de interesse contratual negocial, impossível afastar os danos morais arbitrados em primeiro grau”. (TJSP, Ap. Cív. nº 994.02.009836-4. Relator (a): José Roberto Bedran; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/11/2010; Data de registro: 30/11/2010; Outros números: 2578184800).

⁷¹³ Após a perfeita elucidação de tais circunstâncias, o julgado acaba por fundamentar a impossibilidade de indenização por lucros cessantes não comprovados em julgamento do STJ, anteriormente criticado, que não conferiu à corretora lesada pela ofensa da cláusula de exclusividade o direito ao recebimento das comissões (NR 2.2.1, Capítulo 4). Respeitosamente, o caso citado como fundamento da decisão não se confunde com lucro cessante (pois ali se discutia o não cumprimento do contrato) e também não se liga à hipótese concretamente analisada, na qual se discutia responsabilidade pré-negocial. Essa constatação sublinha a impossibilidade de se tomar a transcrição de ementas como representativa de um sentindo de jurisprudência admissível. (TJSP, Ap. Cív. nº 0139502-81.2005.8.26.000. Relator (a): Marcos Ramos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2011; Data de registro: 30/09/2011; Outros números: 1298791500).

torna-se ainda mais complexa, contudo, quando se vislumbra que é a própria atividade empresarial a prestação que se objetivava com a contratação que não se firmou.

Ora, se nem sequer o *lucro* contratual poderia ser facilmente calculável (ou, como se afirmou acima, o *equivalente à prestação* é questionável), o mesmo se poderia dizer de *lucros* obstados pelo remanejamento da atividade empresarial na fase pré-negocial.

Retomando-se ao julgado referente à concessionária de veículos, acima mencionado, ao lesado também se conferiu a indenização de lucros cessantes decorrentes do contrato de concessão comercial para a venda de veículos automotores que não se concluiu. Nesse ponto, o fundamento decisório há de ser analisado com maior cautela.

Com efeito, o TJSP aplicou por analogia o disposto no art. 24 da Lei Ferrari⁷¹⁴, o qual prevê a indenização a ser paga ao concessionário pela ruptura injustificada de contrato por tempo indeterminado, tomando como base o faturamento do negócio pelo período mínimo de 18 (dezoito) meses, ao qual se podem aderir quinquênios. Ao entender dos julgadores, a falta de contrato não impossibilita a aplicação das regras por analogia.

Não havendo base de cálculo para tanto – na medida em que o contrato não chegou a ser firmado e, portanto, não havia faturamento prévio –, projetou-se a indenização devida pelo custo de aquisição do imóvel em proporção à totalidade dos investimentos esperados para instalação do empreendimento, limitado ao prazo legal supra referido.

A indenização prevista em lei, bem como aquela prestada pelo Tribunal, não se confunde nem com o *interesse positivo* nem com o *interesse negativo*, ainda que seja nitidamente mais próxima do primeiro, por pressupor o direito ao cumprimento.⁷¹⁵

Com efeito, nestes e noutros casos de contratos empresariais de longa duração, os quais envolvam investimentos e a própria gestão de uma *empresa*, no sentido mais específico do termo (ou seja, uma atividade econômica), não há propriamente uma única prestação que se ligue de forma sinalagmática a uma contraprestação. Ao contrário, é a própria manutenção do contrato que satisfaz os interesses das partes contratantes.

Daí a razão de o legislador prever indenização específica em caso de ruptura injustificada, a qual exerce função semelhante à cláusula (legal) penal, no sentido de facilitar a liquidação do prejuízo decorrente do rompimento. Para além do caso da concessionária de

⁷¹⁴ Lei 6.729/1979. “Art. 24. Se o concedente der causa à rescisão do contrato de prazo indeterminado, deverá reparar o concessionário: (...) III - pagando-lhe perdas e danos, à razão de quatro por cento do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de dezoito meses e uma variável de três meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes a concessão, que o concessionário tiver realizado nos dois anos anteriores à rescisão”.

⁷¹⁵ O tema será retomado no item 5, Capítulo 6.

veículos, evidencia-se a indenização devida ao representante comercial (Lei 4.886/1965⁷¹⁶) bem como o disposto no art. 473, parágrafo único CC.⁷¹⁷

Em qualquer um desses casos, não se está efetivamente a reconduzir o lesado à uma situação de *cumprimento* do contrato, mas antes a minimizar os prejuízos sofridos pela ruptura da relação comercial. Daí porque, e com as devidas ressalvas, sejam mais próximos do *interesse* decorrente do (*des*)*cumprimento*, mas com ele não se confundam.

Em outras palavras, a indenização conferida com base na Lei Ferrari somente seria plausível se houvesse de fato um *dever de contratar*, o que contradiz a premissa tomada no acórdão. Salta aos olhos, ainda, que o mesmo valor de investimento no imóvel (R\$ 1.800.000,00) foi tomado como parâmetro indenizatório de duas rubricas distintas.

Primeiramente, foi ele a base de cálculo para a indenização da rentabilidade do valor imobilizado com a compra do bem e, em segundo momento, foi considerado como base da quantificação dos *lucros cessantes*, os quais se dirigiam ao contrato que não se firmou e, entende-se, não deveriam ser abrangidos na indenização pelo *interesse negativo*.

A decisão do acórdão, respeitosamente, acabou por arbitrar danos materiais sem substrato suficiente para tanto e, entende-se, em nítido *bis in idem*. Ora, o lesado somente faria jus ao faturamento se tivesse investido no imóvel. Além disso, a operação de arbitramento mostra-se discutível perante o Direito positivo brasileiro – afinal, qual o espaço para arbitrar danos materiais sem a base legal para sua definição? – além de se mostrar contrária à lógica da responsabilidade pré-negocial nesse caso específico.

No acórdão por ora comentado, resta patente a distinção de direcionamentos entre a indenização de *danos emergentes*, adequadamente direcionada ao *interesse negativo*, e de *lucros cessantes*, que se direcionou ao *interesse positivo*. E, nada obstante, mediante aplicação de um mesmo medida de cálculo de um e outro *interesse*.

Note-se, ainda, que, por mais que a ruptura das negociações se mostre injustificada, a expectativa protegida pelo Direito circunscreve-se àquelas expectativas que se exaurem na própria fase de negociação. Dito de outra forma, se a parte não experimentou danos

⁷¹⁶ “Art. 27 (...) j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.”

⁷¹⁷ “Art. 473, CC. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.”

vinculados às negociações, não há danos a ser reparados. A afirmação nada tem de injusto, adequando-se perfeitamente às regras de responsabilidade civil pré-negocial.⁷¹⁸

Raciocínio similar impossibilita, consoante já se defendeu anteriormente na tese (item 3.3, Capítulo 4), a reparação pela *perda de uma chance* referenciada ao contrato específico que não se firmou – e que se mostra por vezes como subterfúgio ao *arbitramento* de danos materiais não comprovados. Adotando esse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo também já indeferiu pedido de obtenção de ganhos contratuais sob essa rubrica, os quais haviam sido arbitrados pelo juízo *a quo*.

Tratava-se de controvérsia envolvendo uma franqueadora de produtos cosméticos e uma pretensa franqueada, a qual veio a assumir obrigações contratuais de locação de espaço com um *shopping center*, na expectativa legítima de concluir o contrato de franquia, o que não veio a ocorrer.⁷¹⁹

Em primeiro grau, foi-lhe conferida indenização por danos materiais compostos por duas rubricas diversas: a título do que se chamou de perda de uma chance, o correspondente a 1/5 do *lucro* contratual esperado com o contrato que não foi firmado, bem como a indenização pelo pagamento dos alugueres no *shopping center*.

Ao reformar a sentença, o voto vencedor bem advertiu, após explicitar as rubricas reparáveis, que a indenização deve ser medida pelo *interesse negativo*, e não pelo *interesse positivo*, ou seja, que a “indenização se limita aos prejuízos que o lesado experimentou durante o andamento das tratativas.” O lucro esperado do contrato não seria, portanto, indenizável – assim como não seria aplicável a *teoria da perda da chance*.

Em relação específica à teoria, a decisão destaca a impossibilidade de se confundir o *interesse positivo* com a noção de *perda de uma chance* ou de *lucros cessantes*. Em verdade, ao aplicá-la, estar-se-ia realizando arbitramento de danos materiais com base no contrato não formado, o que não seria devido. Entende-se que o mesmo raciocínio poderia ser aplicado no julgamento envolvendo a concessionária de veículos, supra referenciado.

⁷¹⁸ Nesse ponto, adere-se à afirmação de Gisela Sampaio da Cruz Guedes, ao comentar um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná especificamente no que toca à indenização de lucros cessantes, mas cuja percepção aplica-se também ao presente caso: “numa análise geral da decisão, o que se percebe é uma enorme vontade, bem intencionada, de não deixar a vítima sem reparação. O sentimento do tribunal era de que a vítima havia sido enganada e, assim, fazia jus a uma indenização que, de certa forma, servisse também de lição para a agência não atuar mais daquele modo, reprovado socialmente (...). *O problema todo é que, por mais que se queira atender à vítima do dano injusto, isto não pode ser feito a todos e qualquer custo, em prejuízo dos princípios que regem a reparação do dano*”. (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes..., p. 335, grifou-se).

⁷¹⁹ TJSP, Ap. Cív. nº 0166582-35.8.26.0100. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2015; Data de registro: 12/03/2015.

Para finalizar esse apanhado geral do tratamento do tema na jurisprudência – cuja análise importa sublinhar a existência de algumas arestas a ser aparadas inclusive no que diz respeito à delimitação do conteúdo da *ruptura injustificada de negociações* –, dois julgados mostram-se relevantes, especialmente pela contraposição das soluções encontradas, entre o *interesse positivo* e o *interesse negativo*.

No primeiro deles, discutia-se a ruptura de negociações voltadas à assinatura de contrato de fornecimento de energia elétrica, por não se ter chegado a bom termo quanto à quantidade de energia contratada.⁷²⁰ Após elucidar as razões de convencimento quanto à abusividade do rompimento, a decisão trabalha o que chama de *tormentosa* discussão quanto ao montante da reparação devida.

Consoante narrado, o pedido de indenização correspondia à diferença entre o preço de energia efetivamente pago a terceiros pela lesada e aquele que teria pago se o contrato houvesse sido concluído. Típica indenização voltada ao *interesse positivo*, na medida em colocaria o lesado na situação em que estaria se o contrato houvesse sido firmado e cumprido. Por essa razão, o pedido foi julgado improcedente.⁷²¹

Diferentemente se passou em outro jugado, também da Corte paulista, em que a indenização conferida acabou sendo medida pelo *interesse positivo*. Tratava-se de candidato à vaga de emprego em uma construtora que, durante 5 (cinco) meses, esperou em vão a contratação, ao final não realizada.⁷²²

Neste interim, foi-lhe encaminhada proposta de emprego e carta de declaração de empregador para abertura de conta bancária para recebimento dos salários. Ao ver do Tribunal, haveria legítima expectativa de contratação, o que seria suficiente ao preenchimento do suporte fático do pedido de indenização.

O acórdão expressamente faz referência à reparação do *interesse negativo*, com base na lição doutrinária de Silvio Venosa, porém acaba conferindo ao autor, sob a

⁷²⁰ A decisão torna claro que, apesar de haver contrato preliminar, o contrato definitivo haveria de ser firmado por escrito, razão pela qual não se teria chegado a um bom termo: “Comercialização de energia elétrica. Rompimento das tratativas em negociações preliminares. Violação da boa-fé objetiva. Inadmissibilidade, porém, de indenização pelos interesses positivos, equivalentes à vantagem que o contrato proporcionaria ao autor. Interesses negativos não especificados. Recurso improvido.” (TJSP, Ap. Cív. nº 0200890-97.2010.8.26.0100. Relator (a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/10/2013; Data de registro: 24/10/2013).

⁷²¹ Diferente resultado foi obtido em julgamento análogo, porém embasado no houve descumprimento de contrato preliminar, razão pela qual (apesar de o julgamento se referenciar à responsabilidade pré-negocial), conferiu-se ao lesado a diferença do preço de compra da energia elétrica contratada (NR 520).

⁷²² TJSP, Ap. Cív. nº 9141091-18.2006.8.26.0000. Relator (a): Adilson de Andrade; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2011; Data de registro: 14/06/2011; Outros números: 4777484200.

fundamentação de que a reparação deveria ser integral, a indenização equivalente aos valores que deixou de receber com a contratação ou, consoante se compreende da ementa do julgado, “incluindo os valores que teria recebido se fosse efetivamente contratado”.

Determinou-se também o ressarcimento dos custos para manutenção de conta corrente, bem como do saldo devedor decorrente de sua não utilização e danos morais. Como se vê, concedeu-se ao lesado não apenas o *lucro* esperado com a contratação, como também a própria prestação do contrato que não chegou a ser formado, além do ressarcimento de despesas que se manteriam em caso de cumprimento do pacto.

Ora, houvesse o lesado sido contratado, teria assumido as despesas de manutenção da conta corrente; estas somente se tornaram inúteis ante a não contratação, compondo o *interesse negativo*. Por sua vez, houvesse havido contratação, o lesado teria direito ao pagamento do salário, porém teria realizado sua contraprestação, o que não ocorreu. O pagamento deferido abrange o *interesse positivo*, mas vai além dele.

Com efeito, a indenização deferida mostra-se duplamente inconsistente: a uma porque abrange o cumprimento de contrato que não se firmou (sem que houvesse um *dever de contratar*) e, a duas, pois abrange a integralidade do que seria devido caso o contrato tivesse se formado, desconsiderando a inexistência de contraprestação.

Não por acaso, em outras decisões análogas – envolvendo promessas de emprego que acabaram por não se concretizar –, a indenização devida foi referenciada às despesas havidas pela parte lesada na expectativa da realização da contratação.⁷²³ A indenização por *lucros cessantes*, entende-se, é um tanto controvertida, pois pressuporia não apenas a comprovação de outros contatos, como a certeza de que o lesado seria contratado.

⁷²³ A reparação por danos derivados da confiança, e limitada ao interesse negativo foi deferida em julgamentos de discussão envolvendo uma candidata a vaga de emprego e uma cooperativa de trabalho, ambos de relatoria do Desembargador Francisco Loureiro e julgados em 2007 e 2010. Informa-se no corpo dos acórdãos que, acreditando haver uma vaga de emprego para o seu perfil, o candidato foi induzido a associar-se à cooperativa, mediante pagamento de taxas, e posteriormente descobriu que a vaga prometida inexistia, sendo apenas uma promessa de realização futura de entrevista. Ao ver do julgador, a cooperativa teria rompido a ordem de confiança esperada, ao deixar de informar à candidata de que a associação era desvinculada de qualquer recolocação profissional. No capítulo destinado à reparação do dano, afirma-se: “a autora sofreu danos materiais em razão da conduta da ré. Indenizam-se os interesses negativos, pois não houve celebração de contrato de trabalho”. Comporiam esta rubrica as despesas que foram desembolsadas para obtenção de documentos e fotografia para a associação, desde que devidamente comprovados. Somados a estes, foi deferida indenização por danos morais. Vide: TJSP, Ap. Cív. nº 0150421-95.2006.8.26.0000 Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2007; Data de registro: 29/10/2007; Outros números: 4890464100 e Ap. Cív. nº 0055620-76.2008.8.26.0564, Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 990105006477.

Como já de adiantou anteriormente, esse grupo de casos permite a recondução adequada à noção de *perda de uma chance* – a qual, como visto no item 3.3, Capítulo 4, não parece sempre cabível –, mas desde que o lesado comprove que deixou de responder a outros convites por acreditar na manutenção daquela contratação específica.⁷²⁴ Não se concorda, contudo, que, a pretexto de reparar uma *chance perdida*, se confira ao lesado a integralidade do que obteria com aquele contrato que não chegou a ser firmado.

É certo que a casuística é muito mais ampla do que aquela por ora analisada. De toda sorte, e ainda que *amostragem*, denota-se haver um espaço adequado para estudos mais aprofundados no que diz respeito à elucidação do *evento lesivo* e do *quantum* reparável na responsabilidade pré-negocial. Essa ligação é, com efeito, essencial.

Havendo *ruptura injustificada de negociações*, será o *interesse negativo* reparável, mas a jurisprudência brasileira não define de maneira precisa nem um, nem outro conceito. Mais do que isso, o simples recurso à expressão *interesse negativo* não corresponde à adequada definição da sua composição *in concreto*. Algumas discrepâncias obtidas na análise jurisprudencial seriam adequadamente solucionadas com a aplicação mais aprofundada do conceito, como a que se propõe repensar neste trabalho de tese.

Resta, por fim, estudar uma situação diversa daquela de *ruptura de negociações*, cujo tratamento é essencial para conferir uma adequada compreensão do problema indenizatório na fase pré-negocial. Refere-se à ofensa a um *dever de contratar*.

3.2 Responsabilidade pela infração do *dever de contratar* na fase pré-negocial

Situação diversa da estudada no tópico anterior diz respeito à excepcional configuração de um *dever de contratar* no curso das negociações ou, ultrapassadas estas, naquela que se convencionou chamar de fase decisória ou de conclusão do contrato.

Nesses casos, a lógica inerente à reparação de danos – isto é, colocar o lesado na situação hipotética em que estaria não fosse o *evento lesivo* – não conduzirá à reparação do *interesse negativo* e, sim, do *interesse positivo*. Isso porque, não fosse a violação do *dever de contratar* ou de *concluir o contrato*, o pacto teria sido firmado.

Em outras palavras, embora o *evento lesivo* ocorra antes da formação do contrato, a análise depurada das circunstâncias lesivas corrige o direcionamento que se obteria no

⁷²⁴ É esse o entendimento, à luz do Direito do Trabalho exposto por Renato Lovato Neto e Lourival José de Oliveira, defendendo o direito ao ressarcimento de despesas e indenização por perda da chance, desde que comprovada uma possibilidade alternativa real e séria perdida. (LOVATO NETO, Renato e OLIVEIRA, Lourival José de. Responsabilidade pré-contratual..., acesso pela RTOOnline).

primeiro filtro de análise. A afirmação, contudo, há de ser submetida a uma leitura mais atenta, a qual se justifica dado o caráter nitidamente excepcional da hipótese.

Nesse contexto introdutório, e consoante já se afirmou acima, vem à tona a consideração de que a existência um *dever de contratar* pode se confundir com a própria existência de um contrato já concluído. O seu tratamento no âmbito da responsabilidade pré-negocial é discutível, como bem salienta Cristiano Zanetti.⁷²⁵

Isso se passa de maneira evidente quando o *dever de contratar* confunde-se com a própria prestação ajustada, como na hipótese da existência de um *contrato preliminar*. Porém, vislumbrada a linha tênue que distingue entre o *contrato* e o *não contrato*, especialmente quando aquele carecesse de instrumento formal, haveria de se distinguir entre a configuração do *dever de contratar* e a efetiva formação do contrato.

Em outras palavras, é possível haver um *dever de conclusão* ainda na fase pré-negocial, o qual se configura diante da prática de atos dotados de eficácia própria, como a *proposta*, ou então da *densificação* da confiança fundada no curso das negociações.

Nesse contexto, não se poderia deixar de notar que a existência ou não de um *dever de contratar*, máxime nas hipóteses em que ele careça de um instrumento probatório objetivo, será depurada da análise da atuação das partes diante da relação jurídica pré-negocial. Ainda que, ao final, se conclua pela existência do contrato, o caminho trilhado é substancialmente focado nos comportamentos prévios a ele.

Some-se a isso, por fim, que os limites de uma e outra responsabilidade não se mostram tão rígidos, permitindo-se anotar uma *zona cinzenta* em que a distinção entre uma e outra não se mostra tão evidente. E, como se defende, a qualificação do regime de indenização não é a pedra de toque para a definição do *interesse* reparável.

Resta então compreender quando e em que medida se poderá afirmar a existência de um *dever de contratar* na fase anterior à formação do contrato. A primeira situação analisada diz respeito à revogação da proposta irrevogável e, a segunda, à criação de um *dever de contratar* decorrente da confiança surgida no curso das negociações contratuais.

3.2.1 A “revogação” da proposta irrevogável

Não há dúvidas de que Rudolf von Jhering centrou-se na invalidade do contrato para propor a noção de *interesse negativo* e, assim, configurar a *culpa in contrahendo*, identificação que acabou por marcar os primeiros anos de desenvolvimento do *par*

⁷²⁵ Remete-se ao quanto afirmado na NR 592, *supra*.

conceitual. Uma hipótese originalmente tratada por ele, contudo, escapa a essa qualificação: a revogação da proposta para formação do contrato.

Para o jurista alemão, aquele que cria em outrem a confiança quanto à seriedade da sua proposta não poderia revogá-la sem indenização dos prejuízos. O direcionamento protetivo seria voltado ao *interesse negativo*, na medida em que o contrato ainda não teria sido firmado.⁷²⁶ Ou seja, à semelhança do que se passaria com a invalidação por erro, o lesante poderia tornar o contrato ineficaz, mas para tanto deveria indenizar a outra parte.

A proposição pressupõe que se o negócio jurídico unilateral da proposta no Direito brasileiro e, essencialmente, a possibilidade de sua revogação.⁷²⁷ Deve -se ler com cautela a doutrina brasileira que identifica a revogação à indenização dos “danos negativos, isto é, os prejuízos que o oblato sofreu por haver confiado na realização do contrato”.⁷²⁸

Em verdade, a discordância não se expressa quanto à adequação da indenização medida pelo *interesse negativo* nas hipóteses em que há direito à revogação da proposta. Em verdade, ela se volta muito mais ao próprio reconhecimento dessa possibilidade, o que há de ser melhor depurado à luz do Direito positivo brasileiro.

Segundo o art. 427 CC, a proposta *obriga* o proponente. Não se desconhece o alerta de Pontes de Miranda no sentido de que o termo *obrigar* veio empregado de forma equivocada pelo legislador. A proposta não *obriga*, e sim *vincula* o proponente.⁷²⁹ Isso porque o contrato somente se forma no momento em que a aceitação, negócio unilateral do oblato, junta-se à proposta realizada.

Antes dessa *colagem*, como bem explica Judith Martins-Costa⁷³⁰, há um estado de sujeição do proponente à proposta realizada, a qual poderá ou não ser aceita. Em assim

⁷²⁶ A preocupação do jurista era compreendida considerando os novos meios de comunicação que permitiam a formação do contrato entre partes ausentes, por ele considerada como perigosa ao oblato. Para Jhering, a revogação seria reconduzível ao conceito de culpa – pois o proponente optara por utilizar um meio de comunicação não seguro – e levaria à indenização do *interesse negativo*. (JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo..., pp. 67-70).

⁷²⁷ Na Alemanha, após edição do BGB, a previsão de Jhering certamente não encontra abrigo, considerando a literalidade do § 145, o qual impõe a vinculação da proposta de contratar. “§ 145 Vinculação à proposta. Aquele que faz uma proposta para conclusão do contrato é vinculado a ela, a não ser que indique o contrário” (em tradução livre). Segundo entendimento da doutrina alemã, o dispositivo é lido como a proibição de revogá-la (“er kann daher grundsätzlich nicht widerrufen werden”). (PALANDT/Ellenberger. Bürgerliches Gesetzbuch. 74. Neubearbeitete Auflage, Munique: C.H. Beck, 2015, p. 167).

⁷²⁸ GOMES, Orlando. Contratos..., p. 79.

⁷²⁹ Com seu senso crítico característico, Pontes afirma que “desgraçadamente, nas leis e nos livros de doutrina, por vezes se emprega ‘obrigar’ em vez de vincular, ou de ‘tornar devedor’, como de obrigar *stricto sensu*”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 48, § 4.194).

⁷³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 400.

sendo, o *dever de prestar* somente se forma quando da aceitação, antes dela há apenas e tão somente uma eficácia própria derivada da oferta.⁷³¹

A constatação não suscita maiores discussões: o contrato não se forma antes da aceitação, pelo que a proposta, por si só, não tem o condão de concluir um negócio jurídico bilateral. Nos termos da lei brasileira – embora aqui já não sem controvérsias –, o contrato se formará com a expedição da aceitação e posterior chegada ao proponente.⁷³²

Essa consideração permite afastar o equívoco de discutir a possibilidade de revogação da oferta após a aceitação. Ora, se o contrato já se formou, não há falar-se em revogação da eficácia do negócio unilateral da proposta, o qual veio a ser absorvido pela subsequente formação do contrato, deixando de existir como tal. Eventual “revogação” da proposta já aceita equivaleria à negativa de cumprimento do contrato.

A questão que se pretende discutir localiza-se, portanto, no interregno entre a realização da proposta e a aceitação, quando ainda não há contrato. A sua solução dirige-se a um duplo questionamento: seria cabível ao proponente revogar a proposta no Direito brasileiro? E, em caso positivo, há obrigação de indenizar em decorrência da revogação?

Primeiramente, deve-se anotar que a revogação da proposta não se confunde com a sua retirada, hipótese prevista no art. 428, IV, CC, pela qual a manifestação de vontade pode ser *retratada* antes ou no mesmo momento em que chega ao conhecimento do oblato.⁷³³ A distinção é evidente, na medida em que só se pode revogar (ou seja, retirar a *vox*) uma manifestação de vontade eficaz. Como antes de chegar ao destinatário a proposta não produz seu efeito vinculante, não há o que revogar.⁷³⁴

Lida a hipótese sob a perspectiva da reparação civil, vê-se também que não haveria sentido lógico em admitir uma responsabilidade advinda da *retirada* da oferta vinculante. Com efeito, somente se pode vislumbrar (em tese) a ocorrência de danos se o oblato,

⁷³¹ TOMASETTI JR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 67 e sg, acesso pela RTOonline em 14.11.2015.

⁷³² Segundo disposição do *caput* art. 434, CC, o contrato se forma desde que a aceitação é expedida. Seus incisos, contudo, indicam que se deve somar à expedição a chegada tempestiva da aceitação ao proponente, permitindo-se inclusive que o oblato retire a aceitação, caso a declaração de retratação chega ao destinatário antes ou ao mesmo momento da aceitação. Por isso, há doutrina que defende a adoção da teoria da expedição (LÔBO, Paulo. Direito Civil. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83) e outros que defendem a adoção da teoria da informação, ou seja, que somente com a chegada a declaração do destinatário haverá contrato (ARAI, Rubens Hideo. Formação dos contratos. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 459).

⁷³³ “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

⁷³⁴ A proposta, bem como a aceitação, são declarações receptícias de vontade, ou seja, precisam chegar a conhecimento do destinatário para plena produção de sua eficácia. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 50, § 4.194).

confiando na seriedade da proposta que lhe foi dirigida, realiza gastos preparatórios ou declina a oportunidade de contratar com terceiros. Se ainda não recebeu a proposta, não há mínimo substrato para a existência de uma *fase decisória*.⁷³⁵

A distinção entre *revogação* e *retirada* (ou retratação) é de todo relevante, embora não seja realizada com rigor pela doutrina.⁷³⁶ Nesse contexto, por exemplo, veja-se a lição de Caio Mario da Silva Pereira, para quem a obrigatoriedade da proposta não significaria que ela seja irrevogável, uma vez que pode ser retirada antes de chegar ao conhecimento do destinatário.⁷³⁷ A hipótese mencionada, entende-se, é de *retirada* e não *revogação*.

Mais precisamente, portanto, a discussão localiza-se no intervalo entre a chegada da proposta ao oblato e a expedição da aceitação. Se a proposta não chegou ao oblato, dela não irradia eficácia jurídica. A lei brasileira refere-se à perda da obrigatoriedade da proposta pela retratação (art. 428, IV, CC) e, impropriamente, à inexistência da aceitação quando retirada (art. 433, CC).⁷³⁸

Em segundo ponto, não se pode deixar de notar que o Código Civil brasileiro não estabelece de maneira expressa a *irrevogabilidade* da proposta⁷³⁹, conquanto essa característica seja afirmada a partir de interpretação contextual das disposições legais referentes à formação do contrato, como se denota da leitura doutrinária do tema.

Com efeito, o art. 427 CC determina que a proposta *obriga* (ou seja, vincula) o proponente, desde que possa ser qualificada como tal. Considera-se proposta a manifestação

⁷³⁵ Em alguns casos, contudo, o estágio avançado das negociações pode fazer com que a falta da proposta represente a *ruptura injustificada*, algo que, como se viu, é um tanto diverso daquela hipótese ora tratada.

⁷³⁶ Relevante substrato pode ser conferido pela análise da CISG, a qual contém regras diversas sobre a retirada (*withdrawal*) e a revogação (*revocation*), arts. 15 (2) e 16, respectivamente. Toda proposta pode ser retirada, desde que ainda não seja eficaz o que, nos termos da Convenção (e também do Direito brasileiro) significa desde que não tenha chegado ao oblato. Isso importa dizer eu mesmo propostas irrevogáveis podem ser retiradas. Após a chegada ao destinatário, ou seja, já sendo eficaz a proposta, ela poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, desde que antes da expedição da aceitação. Admite-se também [art. 16 (2)] casos em que a proposta é irrevogável, a saber, se contiver prazo para aceitação ou indicar que seja irrevogável ou se for razoável assim considera-la.

⁷³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições..., vol. III, p. 39. Uma leitura contextual da afirmação denota que o jurista apenas utiliza o termo *revogação* no sentido de *retração* e que, de fundo, não concorda com a revogação da proposta já eficaz. A afirmação torna-se mais evidente quando, um pouco antes em seu texto, o jurista admite a revogação da oferta quando aposta a possibilidade no seu texto, não havendo direito a indenização de danos. (*Idem*, p. 37).

⁷³⁸ “Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.”

⁷³⁹ Diferentemente do Código Civil português, que contém regra expressa: “Artigo 230º (Irrevogabilidade da proposta) 1. Salvo declaração em contrário, a proposta de contrato é irrevogável depois de ser recebida pelo destinatário ou de ser dele conhecida.”

de vontade que contenha elementos essenciais à formação do contrato e que, uma vez aceita, permita a sua formação com conteúdo mínimo.⁷⁴⁰

Segundo o mesmo dispositivo, a obrigatoriedade (*rectius*, caráter vinculante) da proposta somente não se qualifica quando o contrário resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso.⁷⁴¹ Vinculação significa, precipuamente, o *estado de sujeição* à aceitação do oblato.⁷⁴² Em outras palavras, estando o proponente vinculado à proposta, o contrato será formado mediante a aceitação.

A isso se soma a disposição do art. 428 CC, que estabelece as hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória, dentre as quais não está regulada a revogação. O Código Civil apenas faz menção expressa à retirada da *vox* no parágrafo único do art. 429 CC, permitindo a revogação da oferta ao público pelo mesmo meio no qual foi realizada, e desde que ressalvada a sua possibilidade na oferta realizada.

Põe-se o questionamento: seria o caráter vinculante da proposta indicativo suficiente da sua irrevogabilidade? Entende-se que não.⁷⁴³ Tanto assim, por exemplo, que há ordenamentos jurídicos nos quais a proposta é *vinculante*, porém é também *revogável*⁷⁴⁴, ou mesmo em que ambas as hipóteses são tratadas em dispositivos diversos, denotando-se uma clara indicação da distinção entre elas.⁷⁴⁵

Em que pese inexistir uma relação de necessariedade entre os termos, há entendimentos divergentes na doutrina brasileira quanto ao disposto nos artigos 427 e 428 CC, defendendo-se, em geral, que a proposta seja, em princípio, irrevogável.⁷⁴⁶

⁷⁴⁰ O que compõe esse conteúdo mínimo ou mesmo os elementos essenciais dos negócios, como bem afirma Antônio Junqueira de Azevedo, deve ser obtido em relação a cada tipo de contrato, e não apenas desde uma forma abstrata geral do negócio jurídico. Daí porque tais elementos sejam ligados à própria existência do negócio jurídico. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico...*, 2010, p. 31 e sg).

⁷⁴¹ Orlando Gomes realiza uma leitura ao contrário do disposto na lei, para definir que a proposta somente é obrigatória se o contrário não resultar de seus termos, se a natureza do negócio não reclamar obrigatoriedade e se as circunstâncias fizerem assim presumir. (GOMES, Orlando. *Contratos...*, p. 74).

⁷⁴² Nesse ponto, interessante a afirmação de Vincenzo Roppo, para quem o estado de sujeição surgido com a proposta expõe o proponente “ao ‘risco’ de concluir-se o contrato”, risco esse que teria o mesmo conteúdo do interesse do proponente, ou seja, o interesse na conclusão do contrato. (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, pp. 102-103).

⁷⁴³ Nesse sentido: “há uma diferença entre *obrigatoriedade* e *revogabilidade*, isto é, a oferta, ressalvadas as exceções, obriga (art. 1.080), mas, antes da aceitação, pode ser revogada”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 131).

⁷⁴⁴ Assim determina a CISG. Segundo o art. 14 (1), a proposta é considerada como tal quando indicar a *intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação* e, como dispõe o art. 16, pode ser revogada até a expedição da aceitação ou pela prática de atos relacionados, que impeçam a retirada de sua *vox*.

⁷⁴⁵ Como no Direito português, em que o art. 228º do Código Civil estabelece que a proposta *obriga* o proponente para então, elucidar em sua subseção (2) que “o disposto no número anterior não prejudica o direito de revogação da proposta nos termos em que a revogação é admitida no artigo 230º.”

⁷⁴⁶ Assim, por exemplo, entendendo que a proposta vincula o proponente salvo quando previsto arrendimento, vide TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria

É o que se infere da lição de Judith Martins-Costa, para quem a proposta não configuraria um dever, e sim uma sujeição, mas que em razão disso “o ofertante não pode revogar a proposta, havendo prazo em que deva mantê-la”.⁷⁴⁷ E, de forma bastante evidente, na defesa de Pontes de Miranda, para quem *vinculação* (ou *obligatoriedade*, nos termos legais) é sinônimo de *irrevogabilidade*.⁷⁴⁸

Em outras palavras, o disposto no Código Civil é usualmente lido em termos bastante amplos, para abranger não apenas a *vinculação* como também a *irrevogabilidade* da proposta, sendo esse o entendimento sustentando pela maioria da doutrina.

Em casos excepcionais, nos quais se destaca a inexistência de caráter vinculante ou a sua inserção pela vontade do proponente que expressamente assim dispõe, será possível revogá-la; caso contrário, a revogação (em regra) não será permitida. Em analogia à solução adotada expressamente no *Codice Civile*, nesse último caso é possível afirmar que a revogação será ineficaz, conquanto proibida.⁷⁴⁹

É justamente nesse contexto que as discrepâncias doutrinárias começam a tomar corpo. Ora, se admitida a regra de que a proposta é irrevogável, soa como uma contradição em termos permitir a sua revogação, ainda que com a reparação do *interesse negativo*. A vinculação da revogação a essa solução reparatória pressupõe que a proposta seja *revogável*, sendo essa ligação um pressuposto da compatibilidade da solução.

Isso porque o destinatário de uma proposta irrevogável não possui apenas uma *expectativa* de conclusão do negócio jurídico, mas antes efetivo *direito* a concluí-lo. Por parte do proponente, tem ele um *dever de contratar* que o vincula antes mesmo do nascimento do pacto, ancorado no caráter irrevogável da proposta. Esse dever, conquanto pudesse ser também construído a partir da confiança fomentada na fase formativa, é diretamente decorrente do negócio jurídico unilateral da *proposta* irrevogável.

Ou seja, nem sequer é necessário descer às vicissitudes interpretativas da boa-fé para afirmar a existência de um *dever de contratar*, ainda que o mandamento de confiança e

Celina. Código Civil..., vol. II, p. 39. Em sentido contrário, defendendo ser em regra possível a revogação, desde que antes de expedida a aceitação, ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 13.

⁷⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado..., 2015, p. 401. Em sentido contrário, a mencionada lição de Antônio Junqueira de Azevedo mencionada na NR 743, *supra*.

⁷⁴⁸ “Vincular-se à oferta é não poder revoga-la, a despeito da defeituosa terminologia de algumas regras jurídicas (...), que empregam *obligatoriedade* no sentido de *vinculação*”. Mais adiante, afirma o tratadista que “*vinculação* (=irrevogabilidade)” e “se há *vinculação* (=há irrevogabilidade)”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo V, pp. 7-8, § 5070).

⁷⁴⁹ “Art. 1.329, Código Civil italiano. “Proposta irrevogável. Se o proponente é obrigado a manter firme a proposta por um certo tempo, a revogação não produz efeito”. (em tradução livre).

proteção às expectativas seja também nitidamente existente.⁷⁵⁰ A sua configuração decorre da eficácia própria desse negócio jurídico unilateral, quando irrevogável.

Aplicando-se as regras gerais de responsabilidade civil, e na medida em que, não fosse a revogação da proposta (ao mesmo tempo *ato ilícito* e *evento lesivo*), o contrato teria sido formado, é o *interesse positivo* a medida de indenização. A situação hipotética sem o dano confunde-se com aquela representada pela inexistência do ato ilícito, ou seja, não fosse a revogação (ilícita), o contrato teria sido formado adequadamente.

A solução depurada da interpretação do Direito brasileiro, análoga àquela encontrada nos Códigos Civis alemão e português, pode não ser aplaudida, podendo-se contra ela argumentar que a vinculação da *revogabilidade* ao *interesse negativo* mostrar-se-ia adequada tanto à tutela do lesado como à proteção dos interesses do proponente.⁷⁵¹

Em suma, pode-se criticar o entendimento quanto ao caráter geral da irrevogabilidade – algo que, a título argumentativo, poderia ser resolvido pela distinção entre a proposta a prazo e sem prazo, a primeira irrevogável e a segunda revogável –, mas não parece cabível afirmar que a revogação da proposta tenha conteúdo unitário.

Essa generalização faria com que, no caso de propostas irrevogáveis, a identificação da indenização ao *interesse negativo* seja *limitadora* da indenização devida, e com isso, incompatível com o mandamento de reparação integral. Se a proposta é irrevogável, a revogação ofende o dever de conclusão do negócio jurídico e não apenas uma expectativa legítima quanto ao agir *probo* e *leal* na fase formativa.

Nesse sentido é a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem, nos casos em que a oferta é irrevogável, “o oblato terá direito às perdas e danos do *interesse positivo*, isto é, as do contrato não-concluído”.⁷⁵² Somente na revogação da proposta revogável – que, entende-se, é a única hipótese de admissão da revogação propriamente dita – é que a indenização se mede “na diferença entre o patrimônio com que o candidato a contratante está e o com que estaria, se não tivesse havido a oferta”, ou seja, o *interesse negativo*.

⁷⁵⁰ Entendendo que o caráter obrigatório decorreria também da boa-fé e da confiança, vide POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 238.

⁷⁵¹ Nesse contexto, imprescindível a leitura dos argumentos de Carlos Alberto da Mota Pinto, no contexto do português anterior ao Código Civil de 1966, em que o jurista aponta com precisão as vantagens do sistema de revogação (com indenização do *interesse negativo*), lamentando a alteração de sentido que seria admitida (e de fato o foi) com a promulgação do novo diploma, aderindo à solução alemã. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade..., pp. 201-217).

⁷⁵² O autor entende, contudo, que a proposta é, em regra, revogável, sendo a irrevogabilidade a exceção. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual..., p. 131.

Note-se que a construção diverge em parte daquela que permite ao *errante* desvincular-se do contrato que firmou por *erro*. Nessa hipótese, o Direito brasileiro permite e tutela o seu interesse na invalidação, ainda que ele não seja gracioso, ou seja, demande a indenização de danos. Na proposta irrevogável, a revogação é obstada.

A necessidade de estudar o problema indenizatório à luz do *duplo filtro* proposto é, mais do que nunca, colocada em evidência. Com efeito, a remissão da solução da questão da revogabilidade às regras de responsabilidade pré-negocial (conquanto discutível) não reconduz, de forma necessária, à reparação do *interesse negativo*.

Nada obstante, a doutrina brasileira majoritária não reconhece o direito de cumprimento específico da proposta⁷⁵³ – exceção feita aos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, por força da expressa disposição do art. 35 CDC –, bem como defende a indenização por perdas e danos que reconduza o lesado à situação em que estaria se não houvesse confiado na proposta.⁷⁵⁴ Sem distinguir diferentes “revogações”.

Se é assim, e respeitosamente, soaria mais adequado concluir-se que se considera a proposta revogável, única hipótese em que a indenização do *interesse negativo* mostra-se compatível ao *evento lesivo*. Mas, não sendo essa a interpretação majoritária, entende-se que o caráter irrevogável é nitidamente contrário à afirmação da indenização limitada ao *negativo*⁷⁵⁵: uma vez admitida a irrevogabilidade, deve-se tutelar o *interesse positivo*.

Nesse sentido é o entendimento de Carlyle Popp, para quem a irrevogabilidade faria com que a defesa do oblato possa ensejar inclusive o cumprimento coercitivo do contrato.⁷⁵⁶ Transportada a questão para termos indenizatórios, essa situação corresponderia claramente ao *interesse positivo*.

Se, contudo, a proposta for revogável – sendo ou não essa a regra a ser admitida –, então a sua revogação pode (em tese) ensejar a reparação do *interesse negativo*. Aí, contudo, entra em cena a necessidade de configurar uma situação de confiança tutelável, à qual se devem ligar de forma direta e imediata os alegados danos sofridos pelo lesado.

⁷⁵³ Considerando que a oferta não é um contrato, mas é um negócio jurídico que cria um direito expectativo no patrimônio do oblato, Antônio Junqueira de Azevedo defende que a retirada da oferta acarreta responsabilidade obrigacional, e não aquiliana, voltada à reparação de perdas e danos. (AZEVEDO, Antônio Junqueira. A boa-fé..., acesso pela RTOnline).

⁷⁵⁴ “Essa responsabilidade explica-se pela *culpa in contrahendo*, devendo o proponente indenizar os *danos negativos*, isto é, os prejuízos que o *oblato sofreu* por haver confiado na realização do contrato. Não é contratual, mas *pré-contratual*, eis que o contrato não chegou a se formar. (GOMES, Orlando. Contratos..., p. 79).

⁷⁵⁵ Ou seja, é incompatível admitir a irrevogabilidade e indenização do *interesse negativo*, sendo essa última somente admissível se a proposta for revogável.

⁷⁵⁶ POPP, Carlyle. Responsabilidade..., p. 238.

Isso porque, nem sempre os gastos adiantados pela parte configurariam *risco* do negócio ou efetivas *despesas de confiança*.⁷⁵⁷ Somente nesse último caso é que seriam indenizáveis, sendo a análise nitidamente casuística. Nesse ponto, entende-se imperiosa uma definição mais específica sobre o caráter geral da revogabilidade.

Veja-se a distinção. Em ordenamentos como o italiano, em que a regra é a revogabilidade e a exceção a irrevogabilidade, o próprio legislador determinou a responsabilidade pelo pagamento de despesas em caso de revogação, considerada um *ato lícito*.⁷⁵⁸ A revogação é um *ato lícito*, mas que gera um efeito indenizatório *ex lege*.

No Direito brasileiro, admitido o caráter geral da *irrevogabilidade*, a possibilidade de revogação será nitidamente excepcional e, com isso, mereceria um tratamento mais minucioso em relação à formação da confiança do oblato e à configuração do dever de reparar. Em suma, a própria inserção de uma cláusula de revogabilidade haveria de ser lida com um olhar mais atento, para afastar (em princípio) a solução da indenização.

Por fim, e evidenciando que o tratamento da formação do contrato é apenas em aparência simples – conquanto o tratamento no Código Civil, em uma primeira leitura, possa deixar entrever o contrário –, haveria de se anotar que a lógica até aqui defendida não é compatível com contratos que dependam de forma especial para serem concluídos.

A não ser que a proposta tenha sido realizada pela forma prevista em lei, não se poderia impor à parte um *dever de contratar* exteriorizado de forma diversa à norma protetiva que impõe a observância da formalidade. O mesmo se diga a negociações em que as próprias partes decidem que a vinculação somente se dá por determinada forma de exteriorização de vontade.⁷⁵⁹

⁷⁵⁷ Na Itália, por exemplo, a regra geral é a da revogabilidade (art. 1.328 *Codice Civile*). Ela torna clara a afirmação de Vincenzo Roppo, para quem a simples existência da proposta já seria razão suficiente para confiar na conclusão do contrato, desde que realizadas despesas de boa-fé. A indenização no Direito italiano não corresponde ao *interesse negativo*, e sim as despesas havidas no início da execução, e que se tornam inúteis. Ou seja, não se indenizam todas as despesas e nem oportunidades perdidas. (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, p. 152).

⁷⁵⁸ Na visão de Vincenzo Roppo, a simples existência da proposta já seria razão suficiente para confiar na conclusão do contrato, e revogação conduziria à reparação de danos derivados do início da execução, desde que de boa-fé o oblato. A indenização no Direito italiano não corresponde ao *interesse negativo*, e sim as despesas havidas no início da execução, e que se tornam inúteis. Ou seja, não se indenizam todas as despesas inutilizadas e nem oportunidades perdidas. (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, p. 152).

⁷⁵⁹ Foi esse o entendimento do julgado citado na NR 720, *supra*, em que se considerou não ter havido formação de contrato de fornecimento de energia elétrica, dentre outros motivos por se considerar que a proposta ressaltava a necessidade de um contrato escrito: “(...) O negócio não se aperfeiçoou, realmente, pois havia ressalva expressa na proposta de que, para isso, havia imperiosa necessidade de contrato escrito”.

Assim se passa, por exemplo, no contrato de compra e venda de imóveis acima de trinta salários mínimos (art. 108, CC)⁷⁶⁰, na cessão de direitos hereditários (art. 1.793)⁷⁶¹ ou nas promessas de doação realizadas de forma diversa daquela escrita (sendo, nos termos art. 541, CC, a forma escrita essencial à existência da doação).⁷⁶²

Em todos esses casos, se a proposta não for realizada pela forma prevista em lei, e ainda que tenha havido aceitação, o contrato somente se concretiza com a efetiva formalização do contrato do modo prescrito em lei, sob pena de nulidade. Ressalva-se a possibilidade de invocar a formação de um *contrato preliminar*,⁷⁶³ exceto quanto ao requisito da doação que, conforme Luciano Penteado, tem na forma a sua causa.⁷⁶⁴

3.2.2 A excepcionalidade do *dever de contratar* decorrente da confiança

Uma segunda hipótese em que é possível a existência de um *dever de contratar* na fase pré-negocial não decorre da prática de um ato dotado de eficácia própria, como analisado no item anterior, mas de uma análise circunstancial que permita concluir por uma *densificação* da confiança para além da proteção da expectativa quanto à conclusão do negócio jurídico ou do contrato.

Analisando a temática, Luiz Edson Fachin defende a possibilidade de que haja conclusão do contrato por comportamento concludente depurado da confiança, “cujo

⁷⁶⁰ Assim, por exemplo, decidiu o TJSP quanto ao caráter vinculante da proposta de compra e venda de imóveis. Segundo o acórdão, todos os pontos do contrato já haviam sido bem delimitados e, ainda que não firmado o contrato, entendeu-se pela indenização correspondente ao valor a primeira parcela vencida e não paga (questiona-se: *interesse positivo* depurada das *arras*?): “(...) Desistência do negócio após a aceitação pelo vendedor da proposta feita pelo comprador - Vinculação das partes ao contrato, nos termos do art. 427 do CC, o que impõe a condenação do comprador a indenizar o autor o valor correspondente a primeira parcela do contrato, que já estava vencida e não foi paga (...).” (TJSP, Ap. Cív. nº 9220767-44.2008.8.26.0000. Relator (a): Enio Zuliani; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/07/2009; Data de registro: 07/08/2009; Outros números: 5698894000)

⁷⁶¹ “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.”

⁷⁶² “Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.”

⁷⁶³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade..., p. 148.

⁷⁶⁴ Faz-se aqui uma homenagem ao Professor Luciano de Camargo Penteado, com quem se teve o prazer de discutir a indenização devida em caso de ausência de forma na doação, em agosto de 2015, no III Congresso de Direito Civil do IBDCivil em Recife. Para o saudoso Professor, não haveria como se defender a indenização do *interesse positivo*, considerando o caráter especial que a forma assume nas doações: “A forma na doação, diferentemente de outros casos em que é mero meio de prova, é elemento constitutivo, essencial para a existência do ato” (PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. Uma nova teoria do contrato. 2ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 244).

rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico”.⁷⁶⁵ É exatamente a circunstância que se pretende trabalhar.

Não há dúvidas de que, sendo a fase de negociações o espaço de liberdade, as partes não têm efetivamente um *dever de contratar*, embora sejam instadas à observância de outros *deveres* igualmente obrigatórios, decorrentes da boa-fé e que conformam uma ordem de confiança e lealdade. É esse o campo da *ruptura injustificada* de negociações que, como visto, localiza-se sem sombra de dúvidas na fase pré-negocial.

A configuração de um excepcional *dever de contratar* não se confunde, portanto, com a ruptura das negociações, ainda que possa também ser reconduzido à responsabilidade na fase formativa. Essa qualificação, contudo, situa-se em uma *zona gris*, pois cabível também a defesa de que a responsabilidade teria cunho negocial.

Ela se justifica por haver um ponto das negociações em que a liberdade de não contratar deixaria de ser tutelada, ou seja, em que não seria mais dado à parte afastar-se das negociações. Isso é bastante evidente no caso da proposta irrevogável (seja ela considerada a regra no Direito brasileiro, seja assim considerada *in concreto*), mas também de outros comportamentos concludentes que não possam mais ser contrariados.

Confirma a existência de uma zona gris, a leitura do inteiro teor do famoso “*caso dos tomates*”.⁷⁶⁶ Como já se narrou acima de forma ampla, tratava-se de discussão quanto à responsabilidade da empresa Cica pela distribuição de sementes de tomate a agricultores no Rio Grande do Sul, os quais confiaram na absorção da safra no tempo oportuno. A sociedade, contudo, recusou-se a comprar a integralidade da produção, ao mesmo tempo em que negou a existência de qualquer obrigação vinculante de realizar a compra e venda.

Segundo consta do acórdão, havia regularidade na realização da operação, uma vez que todos os anos a empresa distribuía as sementes e incentivava a produção, sem que houvesse contrato escrito. Aliás, consta expressamente da decisão, citando a sentença de primeiro grau, que “o fato de inexistir contrato escrito apenas revela a habitualidade do comportamento e a confiança entre as partes envolvidas”.

Para o Relator, então Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr, haveria prova cabal nos autos quanto à deslealdade da produtora de tomates, que teria desistido de adquirir a safra por sua própria conveniência, impondo aos agricultores despesas de plantio e a perda da

⁷⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. O *aggiornamento* do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. In: *Scienza Juris*, v. 2/3 (1998/1999), Londrina, p. 15.

⁷⁶⁶ Remete-se às referências da NR 585, *supra*.

oportunidade de realizarem plantio de outra espécie. A título de indenização, manteve-se a sentença *a quo*, condenando a ré à compra do excedente da safra que não fora vendido.

Embora o julgado não faça menção à distinção entre a indenização pelo *interesse positivo* ou pelo *negativo*, entende-se que a indenização conferida se confunde com o cumprimento do contrato de compra e venda dos tomates. Isso porque, fosse devida a indenização pelo *interesse negativo*, caberia aos produtores comprovar eventuais oportunidades perdidas, as quais nem sequer foram aventadas no julgamento.

E com razão. As circunstâncias narradas são tão específicas que não se vislumbra nelas apenas uma expectativa quanto à futura conclusão do contrato, mas antes quanto à sua efetiva conclusão. A entrega das sementes para plantio poderia mesmo ser interpretada como uma proposta irrevogável, obrigando a Cica ao cumprimento da palavra dada e, portanto, conformando um nítido *dever de contratar*.

Fosse devida a indenização do *interesse negativo*, o qual pressuporia a inexistência do *dever de contratar* e a existência apenas da expectativa legítima de que o contrato seria oportunamente concluído, indenizáveis seriam as despesas efetuadas com o plantio, mas não os lucros que se pretendia obter com ele.

A razão pela qual o julgado é usualmente relacionado à responsabilidade pré-negocial somente reforça o ponto do qual se partiu: há uma zona cinzenta entre o término das negociações preparatórias e a efetiva formação do contrato, ou seja, entre a responsabilidade pré-negocial e aquela negocial. A sua existência não pode e não deve importar em uma limitação do *quantum* indenizatório, o qual depende exclusivamente do *evento lesivo* e do sentido da proteção conferido pela norma jurídica.

No caso dos tomates, não somente havia fundamento para defender que o *evento lesivo* corresponderia à recusa em contratar, e não apenas na ruptura das negociações, como também a proteção conferida pelo *interesse positivo* se mostrava de fato mais adequada à tutela pretendida do que a do *interesse negativo*. A compatibilidade entre ambos os resultados confirma o acerto da decisão, paradigmática no Brasil.

A defesa da configuração de um *dever de contratar*, cuja violação pré-negocial conduziria à reparação do *interesse positivo*, é evidenciada também na jurisprudência portuguesa, cujos resultados são bastante compatíveis à experiência nacional. E, também em Portugal, essa configuração é vista como excepcional, confirmando o *duplo filtro*.

A título ilustrativo, faz-se menção a julgamento do Supremo Tribunal de Justiça português, envolvendo o financiamento bancário para compra de um imóvel que, após ter sido aprovado, foi recusado pelo banco financiador sem motivo plausível.

Segundo a ementa: “a indemnização por culpa *in contrahendo* limita-se, em princípio, à do interesse contratual negativo, ou interesse de confiança, da outra parte (...)”, porém, se a fase decisória já chegou ao fim, faltando apenas a assinatura do instrumento, “é de se considerar já existente autêntico dever de conclusão e dever, por isso, ser indemnizado o interesse contratual positivo ou interesse no cumprimento”.⁷⁶⁷

Comentando referida decisão, Nuno Manuel Pinto de Oliveira faz menção à existência do que se chama de “*point of no return*” ou ponto de não retorno, depois do qual não seria possível desvincular-se do curso das tratativas.⁷⁶⁸ Este, ainda inserido no contexto da fase pré-negocial, faria surgir um *dever de conclusão do contrato*, sendo que a mera inexistência da formalização do contrato não poderia afastar a sua configuração.

A doutrina portuguesa é assente em considerar a possibilidade de configuração de um tal dever, o qual permitiria a indenização do *interesse positivo* também em casos de *culpa in contrahendo*. Aliás, é o reconhecimento dessas hipóteses que justifica, dentre outros argumentos, a leitura crítica de António Menezes Cordeiro ao conceito de *interesse negativo*, e que se compreende pela negativa de uma definição apriorística do conteúdo indenizatório, com o que se está de pleno acordo (item 3.1, Capítulo 3).

Assim, por exemplo, entende-se a visão do jurista ao defender que, se todos os pontos contratuais estiverem sido discutidos, “a lealdade atinge um grau máximo: há que honrar a palavra dada; a boa-fé, pode, aqui, cominar um dever de contratar”.⁷⁶⁹ Uma vez configurado, a situação hipotética sem dano seria naturalmente a formação e o cumprimento do contrato, razão pela qual é o *interesse positivo* a ser indenizado.

Em sentido próximo, é a defesa de Manuel Carneiro da Frada, a qual considera cabível a indenização do interesse positivo quando se estiver diante de um excepcional dever *in contrahendo* de celebração de um contrato. Na sua visão, porém, seria discutível a

⁷⁶⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.01.2006, Proc. 4063-2005. In: Cadernos de Direito Privado, n. 20, outubro/dezembro 2007, pp. 26 e sg.

⁷⁶⁸ A menção é também feita no acórdão, e depois trabalhada de forma precisa nos comentários de OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Culpa *in contrahendo*. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Ac. Do STJ de 26.1.2006, Proc. 4063/05. Anotações. In: Cadernos de Direito Privado, n. 20, outubro/dezembro 2007, p. 35. Para o jurista, contudo, a indenização seria contratual ou obrigacional, entendimento diverso do esboçado no acórdão e que apenas confirma o caráter cinzento da distinção.

⁷⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2014, p. 291.

possibilidade de depurá-lo apenas pelos ditames de boa-fé, considerando necessária a prática de algum ato vinculante, como a abertura de concurso ou a imposição legal.⁷⁷⁰

Não menos importantes são as considerações de Paulo Mota Pinto, especificamente no que toca à definição do *interesse* reparável na excepcional configuração do *dever de contratar*. Após abstrair deliberadamente da discussão quanto à recondução da hipótese à responsabilidade pré-negocial – algo sensível e discutível, como se tem afirmado desde a abertura desse capítulo –, o jurista português considera cabível uma *inversão* do sentido da proteção na fase formativa, desde que presente o *dever de contratar*.

Aderindo à doutrina de Carneiro da Frada, contudo, Mota Pinto não considera que esse dever seja configurado por meras considerações “circunstanciais”, ainda que admita a excepcional configuração de um dever de conclusão do contrato, “de tal modo que o ‘evento que obriga à reparação’ passa a ser, justamente, a *não conclusão* do contrato”.⁷⁷¹

As considerações são plenamente compatíveis com o Direito brasileiro, inclusive no que diz respeito ao alerta quanto à necessidade de uma análise circunstancial.

Como se vê no “caso dos tomates”, a confiança *densificada* não foi depurada da simples expectativa da parte, mas antes da prática de atos relacionados que permitiam a sua comprovação. Reafirma-se que, em regra, a confiança não é suficiente para, por si só, permitir a tutela das expectativas contratuais, o que é a pedra de toque da distinção entre a *ruptura de negociações* e as demais hipóteses aqui mencionadas.

Uma vez existentes tais atos, e ainda que não se configurem como uma proposta no sentido técnico do termo, é possível defender a excepcional configuração de um *dever de indenizar*, cuja infração leva (aplicando as regras gerais) à reparação do *interesse positivo*. Sua remissão à responsabilidade pré-negocial é discutível, mas justamente por não ser definitiva, não poderia deixar de ser mencionada e trabalhada com maior rigor.

3.3 O recebimento tardio da aceitação e o dever de informar

Último grupo de caso relevante de responsabilidade civil pré-negocial em caso de não formação do contrato que se propõe a estudar diz respeito à previsão do art. 430 CC, pelo qual o proponente deve dar notícia ao oblato quanto ao recebimento tardio da aceitação, sob pena de responder por perdas e danos.

⁷⁷⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., pp. 519-520, NR 547.

⁷⁷¹ As aspas no estão no original. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p 1347).

Trata-se da única hipótese de responsabilidade pré-negocial expressamente reconhecida no Código Civil brasileiro.⁷⁷² E, entende-se, é também a única regra específica da qual se poderia (eventualmente) depurar a reparação devida pelo *interesse negativo*, prevista (ainda que indiretamente) dos termos legais.

Para tanto, o dispositivo há de ser lido em dois momentos. Primeiro, como base para se afirmar a não formação do contrato em caso de chegada tardia da aceitação, na medida em que o proponente não está legalmente obrigado a contratar e manter a sua proposta para além do prazo em que esteja vinculado por força de lei; em segundo, como determinação legal de um *dever de informar*, dirigido à proteção do oblato que experimente prejuízos por ter confiado na formação adequada do contrato.

Essa leitura em conjunto permite concluir, de maneira lógica, que a indenização respectiva não pode ser direcionada à reparação do *interesse positivo*, na medida em que a própria lei preferiu a solução de não considerar o contrato como concluído, liberando o proponente de eventual *dever de contratar* que existiria no caso da proposta irrevogável. É, com efeito, a indenização do *interesse negativo* que deve ser prestada.

Como se vê, a conclusão quanto ao sentido da indenização não é obtida pela simples remissão da lei à indenização por *perdas e danos*, pois, como já se tem por bem definido, essa é insuficiente para definir o alcance do sentido da reparação devida, se *positivo* ou *negativo* em relação ao contrato. Ao contrário, ela decorre de uma interpretação especificada na proteção conferida pela norma.

A hipótese não suscitou análise na jurisprudência pesquisada, e não é trabalhada de forma verticalizada pela doutrina⁷⁷³, não se mostrando de grande relevância prática no contexto brasileiro. Diferentemente se passa, porém, no âmbito das contratações internacionais regidas pela CISG, cujo tratamento é um tanto diverso e demanda particular necessidade de certeza quanto à formação do pacto.⁷⁷⁴

Destaca-se, no Brasil, o entendimento de Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, para quem as despesas realizadas seriam custos arcados

⁷⁷² Entendendo que a regra é específica de responsabilidade pré-contratual no que concerne à ausência de formação do contrato, vide PEREIRA, Régis Fichtner. *A Responsabilidade...*, p. 369.

⁷⁷³ Por exemplo, a única menção que sobre o tema faz Caio Mario da Silva Pereira circunscreve-se à repetição do quanto disposto no art. 430, CC. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, vol. III, p. 41).

⁷⁷⁴ Segundo a CISG, o proponente tem o dever ativo de informar o oblato, sob pena de ter como formado o contrato nos casos em que as considerações fáticas impuserem a conclusão de que a aceitação teria chegado a tempo. Senão, veja-se: “Artigo 21 (2) Se a carta ou outra comunicação escrita contendo aceitação tardia revelar ter sido expedida em condições tais que chegaria a tempo ao proponente caso a transmissão fosse regular, a manifestação tardia produzirá efeito de aceitação, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera expirada sua proposta, ou enviar comunicação para este efeito”.

pelo oblato, caso o proponente preste a informação quanto à chegada tardia da aceitação de forma imediata.⁷⁷⁵ Lida a afirmação em um sentido mais amplo, e caso não cumprido o dever de informar *ex lege*, tais despesas transmudam-se em danos reparáveis, compondo de maneira nítida a indenização do *interesse negativo*.

Além das despesas de preparação da execução, realizadas na confiança legítima de que o contrato se formou, também se mostram indenizáveis custos de oportunidades perdidas⁷⁷⁶, desde que comprováveis e experimentadas no interregno entre o recebimento tardio e a confirmação quanto à não conclusão do pacto.

4. Sequência

A aplicação da distinção entre dois momentos distintos de análise (*duplo filtro*), levou à conclusão de que há inúmeras circunstâncias relevantes à análise do *interesse reparável* na responsabilidade pela não formação do contrato. Da mesma forma, pode-se afirmar que os limites dessa mesma responsabilidade não são bem assentados, havendo interpretações mais ou menos amplas sobre o seu alcance, o que comprova o fato de ser incompatível a tentativa de definição *a priori* do parâmetro indenizatório devido.

Viu-se, então, que no caso de *ruptura injustificada de negociações*, a indenização mede-se pelo *interesse negativo*, pois a ofensa circunscreve-se à relação de confiança formada antes mesmo da conclusão do contrato, não podendo extrapolá-la. O mesmo se dá quando o proponente deixa de informar o oblato quanto ao recebimento tardio da aceitação, em que se impõe o dever de indenizar *ex lege*.

Não assim, porém, na excepcional (e discutível) hipótese de configuração de um *dever de contratar* já na fase negocial, depurado das circunstâncias do *iter* formativo. A existência de tal *dever* também pode ser fundamentada pela realização de uma oferta irrevogável, levando em ambos os casos à reparação do *interesse positivo*. Assim se faz por uma nítida *correção* do sentido tendencial da indenização devida na fase pré-negocial.

⁷⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil..., vol. II, p. 46.

⁷⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso..., p. 63.

CAPÍTULO 06 – RESPONSABILIDADE CIVIL E DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL -

Último grupo de casos que se propõe estudar localiza-se no central problema do descumprimento contratual. A temática, trabalhada de forma esparsa pelo Código Civil, é fundamental à compreensão do Direito das Obrigações e corresponde ao núcleo da chamada responsabilidade negocial ou contratual. Nada obstante, a compreensão do alcance do dano nela indenizável é ainda um campo em aberto no Direito brasileiro.

O tratamento legal não sistemático do descumprimento contratual faz com que seja necessário, preliminarmente, traçar algumas considerações sobre o seu alcance. É imprescindível conhecer esse sistema e a ele conferir um sentido unitário – ainda que mediante escolhas interpretativas – para que se possa estudar dois de seus regimes consequenciais: o cumprimento pelo equivalente e a resolução por inadimplemento.

É em torno de ambos que o presente capítulo se desenvolve. De acordo com o caminho até agora trilhado, os acentos são colocados na definição do dano indenizável, de forma que não se pretende revisitar a fundo os pressupostos da responsabilidade negocial, mas, antes, definir o que se ocorre uma vez que ela seja reconhecida.

1. Responsabilidade civil por descumprimento contratual e a definição do dano indenizável

“O adimplemento atrai e polariza a obrigação, sendo o seu fim”.⁷⁷⁷ A afirmação de Clóvis do Couto e Silva encontra especial aplicação no âmbito dos contratos. Afinal, o vínculo contratual extingue-se de maneira natural com o seu adequado cumprimento, do qual decorre a satisfação dos interesses dos partícipes contratuais.

A constatação permite qualificar a situação de descumprimento como patológica, já que impede o desejável desenvolvimento do contrato. Uma vez verificada, o que depende do preenchimento de alguns pressupostos legais, abre-se a possibilidade de aplicação de diversas consequências voltadas à proteção do vínculo e da parte lesada.⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação..., p. 17.

⁷⁷⁸ Embora seja o interesse do credor um dado relevantíssimo na composição da obrigação, não se poderia circunscrever a proteção conferida ao contrato apenas a ele. Aliás, é cada vez mais forte a tendência de se proteger o vínculo contratual (*favor contractus*), em detrimento de sua desconstituição. A adoção do princípio – exemplificado no Direito brasileiro vigente na noção de *fundamental breach* da CISG, mas também no direito à revisão contratual ou à adequação do contrato anulável – torna ainda mais importante o estudo das consequências reparatórias. Afinal, o fato de se manter o contrato não significa deixar o credor sem proteção contra os prejuízos sofridos. Em outras palavras, a proteção ao credor sempre existirá, ainda que possa ser guiada por pressupostos definidos pelo princípio da manutenção do contrato. Sobre o tema, vide as relevantes

Esse sistema consequencial corresponde à *responsabilidade negocial* ou *contratual*, que tutela o contrato e garante a eficácia das disposições voluntárias. É nesse espaço que se desenvolve o presente capítulo, focalizando o *quantum* reparatório devido.

O inadimplemento é usualmente estudado sob dois enfoques diversos. Em primeiro ponto, colocam-se acentos na definição dos pressupostos de sua configuração, ou seja, na definição do sentido da *falta de cumprimento*. Em segundo momento, apontam-se as *consequências* aplicáveis, dentre elas (e com especial importância ao curso da tese) a reparação de danos. Ambos os momentos devem ser analisados conjuntamente.

Se, à primeira vista, seria natural afirmar que a falta de cumprimento abre ensejo à indenização do *interesse positivo* (afinal, a situação hipotética sem o dano seria aquela de cumprimento do contrato), as inúmeras variantes que afetam tanto a relação jurídica obrigacional como o sistema de proteção contra o descumprimento indicam a necessidade de um tratamento mais depurado desse relacionamento.

Em essência, a inadequação de uma definição *in abstracto* de qual venha a ser a situação hipotética sem o dano (*positiva* ou *negativa* em relação ao contrato) esbarra no fato de que a responsabilidade contratual é composta por situações díspares entre si – à semelhança do que se demonstrou também no âmbito da heterogênea relação jurídica pré-negocial (item 1, Capítulo 5) – não indicando uma compreensão unitária.

Vislumbrado o problema a partir do proposto *duplo filtro*, pelo qual o resultado obtido pela definição do momento em que a falta ocorre é apenas tendencial (item 4, Capítulo 3), deve-se evidenciar que não apenas as formas de descumprimento contratual são multifacetadas, como também o são os remédios à disposição do lesado.

Trata-se de uma pluralidade que não se pode desconsiderar: apenas a partir de uma análise mais aprofundada, e não meramente tendencial, é que o alcance da indenização devida no descumprimento obrigacional é adequadamente compreendido. Dentre as consequências aplicáveis – e cumuláveis com *perdas e danos* – destacam-se o cumprimento pelo equivalente pecuniário e a resolução por falta de cumprimento.

Maiores controvérsias não parecem surgir no que diz respeito à indenização do *interesse positivo* em casos de manutenção do vínculo contratual. Neles, há nítida coincidência entre os resultados obtidos pelo *primeiro* e pelo *segundo filtros* de análise. A reparação de danos *substitui* a prestação ainda não cumprida.

considerações de GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 1/2013, p. 475-542, Lisboa, 2013.

A mesma tranquilidade, contudo, não é vislumbrada quando da cumulação da indenização com a resolução. Ainda que sem se referir ao *duplo filtro* aqui proposto, o caminho seguido pela doutrina brasileira em busca da definição do *quantum* indenizável mostra-se plenamente compatível com a proposição feita no âmbito deste trabalho.

Para aquela doutrina que se pode dizer majoritária, o remédio resolutivo – dentre outros motivos, por levar ao desfazimento do vínculo – teria o condão de “corrigir” o sentido indenizatório, ligando-o ao *interesse negativo*, e não ao *positivo*.⁷⁷⁹ Isso se daria não obstante se reconhecer a hipótese como ligada à falta de cumprimento imputável.

De outro lado, e ainda que representando uma doutrina minoritária, há juristas que se colocam contrários a tal resultado, defendendo a manutenção da indenização pelo *interesse positivo* também em casos de resolução do contrato. Sob sua ótica, a tendência reparatória obtida pelo *primeiro filtro* seria confirmada com a análise do *segundo filtro*.⁷⁸⁰

A controvérsia, com ou sem menção específica à nomenclatura proposta ao *par conceitual*, tem sido analisada com frequência pelos Tribunais brasileiros, cujos resultados não são propriamente homogêneos. A constatação é, com efeito, bastante paradoxal, dada a relevância do tema no Direito das Obrigações.

É certo também, e consoante se tem afirmado, que embora alguns julgados se refiram expressamente aos conceitos, não se poderia dizer que sua utilização seja usual. Ademais, mesmo quando mencionados, os sentidos da compreensão do *interesse positivo* e *negativo* são oscilantes, ensejando soluções diversas a casos análogos.⁷⁸¹

Para permitir a análise da questão, o que depende da verticalização do remédio de resolução contratual, é imprescindível traçar algumas considerações preliminares sobre o sistema de descumprimento adotado no Direito brasileiro. Sem sua compreensão panorâmica, as soluções propostas para definição do *quantum* indenizável na resolução poderiam soar arbitrárias, ou não seriam compreendidas por completo.

⁷⁷⁹ O tratamento exaustivo do tema será realizado no item 4, *infra*. Desde logo, e exemplificativo do posicionamento citado, faz-se novamente menção à defesa que faz da indenização do *interesse negativo* na resolução ASSIS, Araken. Dano positivo..., pp. 121-128.

⁷⁸⁰ Também a título ilustrativo, é esse o entendimento de AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., pp. 267-271.

⁷⁸¹ Representam com segurança a maioria dos julgados analisados casos envolvendo o descumprimento de compromisso de compra e venda (a depuração dos limites da pesquisa é realizada na NR 954, *infra*). Tomando-se como exemplo a falta de cumprimento pelo vendedor, há julgados que conferem ao lesado a diferença entre o preço pago e o preço atualizado do bem e outros que determinam a restituição das quantias pagas e das despesas tornadas inúteis, essencialmente tributos e comissão de corretagem. No primeiro caso, indeniza-se o *interesse positivo*, no segundo o *negativo*. Uma análise mais atenta da questão será realizada ao longo deste capítulo, especialmente no item 4.3, *infra*.

Nesse caminho prévio, revisitam-se alguns problemas fundamentais ao direito contratual. Trata-se, como afirmado, de um *efeito colateral* do estudo do *par conceitual*, o que já seria em si suficiente para justificar uma análise mais atenta às soluções propostas pela doutrina e jurisprudência brasileiras, consoante se passa a expor.

2. O sistema do descumprimento contratual no Direito brasileiro

O tratamento do descumprimento contratual não é realizado de forma sistemática pelo Direito brasileiro. Não há, com efeito, um conceito legal a ele aplicável, e suas consequências vêm definidas de forma dispersa no Código.⁷⁸² Não é ocasional que a temática suscite entendimento divergentes na doutrina e na jurisprudência brasileiras, às quais é remetida a relevante tarefa de harmonização dessa apresentação difusa.

Embora a definição do *interesse* reparável localize-se no âmbito das *consequências* do descumprimento, e não na sua *definição*, é evidente que ambos estão intimamente ligados. Isso justifica que, antes de se analisar os diferentes *remédios* à disposição da parte lesada, deva-se compreender o panorama geral do tratamento do tema.

Sendo o conjunto de normas composto por regras que tratam tanto ao descumprimento das obrigações como do descumprimento dos contratos, algumas aparentemente contraditórias entre si⁷⁸³, é necessário realizar escolhas conceituais, cabíveis nos espaços deixados em aberto pela legislação, e que vêm justificadas abaixo.

2.1 Delimitação do sentido de descumprimento contratual relevante à aplicação do *par conceitual*: proteção ao sinalagma

Duas delimitações são necessárias à compreensão do espaço de aplicação dos conceitos de *interesse positivo* e de *negativo* diante da falta de cumprimento do contrato.

A primeira, de cunho geral, consiste em distinguir a falta objetiva do cumprimento da obrigação e a situação patológica de descumprimento, pois apenas essa última abre ensejo

⁷⁸² Com efeito, há ao menos quatro grupos de regras gerais distintos que trabalham com a temática. No âmbito das obrigações (ou seja, não apenas dos contratos), localiza-se o tratamento das modalidades de obrigações de dar, fazer e não fazer (arts. 234-251 CC) bem como das consequências do inadimplemento (arts. 389 a 420 CC); no âmbito dos contratos, as regras de resolução (arts. 474 e 475 CC) e, sob viés processual, o tratamento das obrigações de dar, fazer e não fazer e da tutela executiva no processo de conhecimento, também sem distinção entre obrigações contratuais e deliquais (art. 461 e 461-A CPC/73). A esses grupos gerais somam-se, naturalmente, regras específicas aplicáveis a cada tipo contratual, diluídas no ordenamento jurídico.

⁷⁸³ Refere-se especificamente às disposições do art. 395, parágrafo único, CC – a qual permite ao credor recusar a prestação desde que tornada inútil por conta da mora – e o art. 475 CC – que, em uma primeira leitura, abre ao credor a possibilidade de escolher entre o cumprimento do contrato e sua resolução.

à aplicação das regras de responsabilidade civil. Não se trata de mero jogo de palavras, na medida em que a *falta objetiva* de cumprimento nem sempre é patológica.⁷⁸⁴

Com efeito, não haverá descumprimento contratual se a obrigação se tornar impossível sem culpa do devedor (art. 234, 248 e 239 CC⁷⁸⁵). Diferente, por sua vez, se a impossibilidade superveniente decorrer de fato imputável ao devedor, o que se qualifica como descumprimento contratual e enseja aplicação de seu regime consequencial.

A distinção justifica, também, a redação do art. 396 CC⁷⁸⁶, no sentido de que o devedor só é considerado em *mora* na medida em que o não cumprimento seja a ele imputável. Em decorrência, somente sofre seus efeitos – isto é, somente responde pelos prejuízos resultantes da mora – quando existente a imputação.⁷⁸⁷

Independentemente da imputação, contudo, tanto nos casos de impossibilidade do objeto como de mora, não se poderá desconsiderar que os interesses do credor ficam por satisfazer. Há *falta* de cumprimento, mas não há efetivo descumprimento contratual.

Em razão dessa distinção, Orlando Gomes realiza a depuração entre o que chama de *inadimplemento fortuito* e aquele *culposo* (preferivelmente, *imputável*).⁷⁸⁸ Apenas nessa última hipótese é que se desenvolve o *descumprimento contratual* relevante à tese pois, somente nele surge a consequência reparatória que se pretendeu estudar.

É também à luz dessa dualidade que se justifica a síntese de Judith Martins-Costa, para quem o descumprimento obrigacional é definido como “a não-satisfação da prestação devida, quando devida, se devida e na medida em que devida”.⁷⁸⁹ Os qualificativos *quando*, *se* e *na medida* em seja devida a prestação reafirmam que não é qualquer falta de cumprimento que tem o condão de impor responsabilidade contratual.

Uma segunda delimitação necessária já foi realizada em mais de uma oportunidade ao longo do texto, merecendo ser rememorada. Refere-se ao fato de que a distinção entre *interesse positivo* e *interesse negativo* somente tem razão de ser quando vinculada a uma falta contratual que, direta ou indiretamente, atinja a prestação.

⁷⁸⁴ Em sentido contrário, entendendo que sempre que houver falta de cumprimento da prestação haverá descumprimento obrigacional, conquanto as consequências aplicáveis sejam distintas, Jorge Cesa Ferreira da Silva: “(...) o inadimplemento pode ser genericamente entendido como o não-cumprimento de qualquer dever emanado do vínculo. Adotando-se esse ponto de partida, o inadimplemento se torna independente do responsável pelo não-cumprimento: se este foi decorrente de ato do devedor ou de fato natureza, tem-se a obrigação por igualmente descumprida”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 33).

⁷⁸⁵ “Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.”

⁷⁸⁶ “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

⁷⁸⁷ “O ato ilícito relativo supõe o inadimplemento, isto é, o inadimplemento *imputável* ao devedor”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXIII, 1958, p. 170, § 2.805, grifou-se).

⁷⁸⁸ GOMES, Orlando. Obrigações..., p. 175.

⁷⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 108.

Nem todos os deveres que compõem a obrigação entendida como *processo*, *organismo* ou *estrutura*⁷⁹⁰ podem ser identificados ao sinalagma. É o caso, por exemplo, de alguns dos deveres de proteção e de boa-fé, cuja ofensa não traz à tona a discussão sobre a recondução do lesado a uma situação positiva ou negativa em relação ao contrato.

Embora a existência de tais deveres seja natural a toda e qualquer relação jurídica contratual e que sua ofensa seja qualificada como hipótese de descumprimento contratual⁷⁹¹ – sendo sua qualificação ainda controvertida, ora ligada à *mora* ora a um terceiro gênero, a *violação positiva do contrato*⁷⁹² –, a reparação dos danos dele advindos não é solucionável de forma útil pelo *par conceitual*.

Assim, por exemplo, o contratante que deixa de entregar a mercadoria na data acordada causa um dano diretamente relacionado ao *núcleo do contrato*, por descumprir a prestação. Não parece ser esse o caso, contudo, da hipótese de esse mesmo contratante realizar a entrega na data acordada, mas causar danos ao mobiliário do cliente.

No primeiro exemplo, a indenização é tipicamente contratual e deriva da falta de cumprimento da prestação; no segundo, embora a responsabilidade também possa ser contratual (identificada à violação do dever de proteção), a indenização devida não terá qualquer vinculação ao conteúdo do contrato ou ao seu conteúdo prestacional.

Em uma variedade de circunstâncias lesivas, compondo o que se identifica como *violação positiva do contrato*, a existência ou não do contrato é indiferente para a quantificação do dano. Daí porque a sua configuração seja, em princípio, indiferente ao sentido de descumprimento contratual relevante à tese.

⁷⁹⁰ As expressões e seus autores foram analisadas na NR 197. Sobre o tema, vinculado à violação positiva do contrato, já se teve oportunidade de trabalhar sobre elas com maior profundidade: STEINER, Renata C. Descumprimento contratual..., p. 80 e sg.

⁷⁹¹ Paradigmático para esse reconhecimento é, além da obra de Clóvis do Couto e Silva, desde o qual se permite compreender a relação obrigacional como dotada de complexidade interna, o texto de Vera Fradera, publicado em 1988, na qual a autora trabalha com precisão o nascimento da doutrina da *violação positiva do contrato*, cujas fontes são também o trabalho precursor de Rudolf von Jhering, o qual lançou as bases para o reconhecimento da existência de deveres de boa-fé. (FRADERA, Vera Jacob. A quebra positiva do contrato. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 44, nov/1988, p. 146).

⁷⁹² Defendendo a autonomia da *violação positiva*, especialmente por considerar que o regime de mora não é suficiente para abarcar as hipóteses por ela preenchidas, vide a lição de SILVA, Jorge Cesa Ferreira. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 161. Em sentido contrário, defendendo que a releitura da noção de descumprimento como abrangente também da existência de deveres laterais de conduta e, portanto, inadmitindo a existência de uma *terceira via de descumprimento* vide SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial. Inadimplemento antecipado e outras figuras. Disponível em «http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf» acesso em 15.12.2015).

Sublinha-se que isso se passa, porém, apenas em princípio. Não se poderia negar a possibilidade de que a ofensa a um dever de boa-fé possa, ainda que indiretamente, possa atingir a prestação.⁷⁹³ A depender de considerações *in concreto*, a violação pode abrir à parte lesada a possibilidade de se valer do remédio resolutório.⁷⁹⁴ Configurada a hipótese, a distinção entre *interesse positivo* e *negativo* volta a ser relevante.⁷⁹⁵

Feitas essas considerações preliminares, fixa-se a análise que segue na violação imputável de deveres diretamente relacionados à prestação, sem desconsiderar a possibilidade de sua infração reflexa por ofensa aos deveres de boa-fé.

2.2 Consequências da falta de cumprimento: o sistema brasileiro de proteção contra o inadimplemento

Definidos os limites do descumprimento contratual que se pretende trabalhar, deve-se complementar a apresentação do sistema de proteção conferido pelo Direito brasileiro com o estudo das principais consequências aplicáveis. Sob o título de *remédios*, refere-se às possíveis consequências do descumprimento contratual, as quais não se limitam à tutela indenizatória, conquanto ela se mostre sempre (em tese) cabível.

2.2.1 Primeiro momento: prevalência do cumprimento *in natura*

Dispõe o art. 389 CC, verdadeira “cláusula geral do inadimplemento”⁷⁹⁶ que a falta de cumprimento da obrigação faz nascer o dever de reparação de danos. Muito embora ali não se defina o *descumprimento* e, mais do que isso, indique-se apenas uma de suas *consequências*, é certo que a tutela indenizatória não é a forma mais desejável de proteção das expectativas do lesado. Há, portanto, de se ler com cautela o dispositivo.

⁷⁹³ Há doutrina que considera que a violação à boa-fé somente tem sentido quando referenciada aos deveres de proteção e, assim, que a “a figura da violação positiva do crédito restringe-se somente aos deveres de proteção não ligados de modo direto aos deveres de prestação”. Assim, caso a ofensa se vincule a deveres, ainda que laterais, que se liguem ao dever de prestação, não seria o caso de violação positiva do contrato, e, antes, de descumprimento obrigacional no seu sentido usual (absoluto ou relativo). (HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever de lateral advindo da boa-fé objetiva. In: Revista dos Tribunais, vol. 900/2010, p. 45-84, Out/2010, acesso pela RTOonline).

⁷⁹⁴ Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira. A boa-fé..., p. 273 e, com embasamento no autor, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil..., vol. II, p. 123. E, considerando que somente há direito à resolução se a violação positiva do contrato se *converter* em inadimplemento absoluto (em analogia à conversão da mora), vide HAICAL, Gustavo. O inadimplemento..., acesso pela RTOonline).

⁷⁹⁵ O tema foi analisado, com precisão, por BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: Obra Dispersa. Vol. 1. Braga: Scientia Juridica, 1991, pp. 168-174

⁷⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 113.

A essência da tutela do vínculo contratual repousa na possibilidade de que o credor possa exigir o cumprimento específico da obrigação ajustada, ou seja, obter a prestação *tal como devida*. É o cumprimento específico e *in natura* que vem em primeiro lugar, em nítida relação de preferência em relação à tutela indenizatória.⁷⁹⁷

Nesse contexto, relevante anotar com António Pinto Monteiro que, apesar de o não cumprimento do contrato ser por si só um fato ilícito, na esfera contratual se confere ao credor, antes mesmo da indenização, o direito a exigir a execução específica. As tutelas são inconfundíveis, como expressamente afirma o jurista português.⁷⁹⁸ Mais do que isso, o pedido de cumprimento pode se dar independentemente da ocorrência de um dano.⁷⁹⁹

A lição é amplamente compatível com o Direito brasileiro. Ainda que inexistente um mandamento legal expresso nesse sentido – havendo, contudo, doutrina que o entenda extraível do art. 475 CC⁸⁰⁰ - o reconhecimento do direito ao cumprimento é bastante lógico à racionalidade do direito contratual na tradição brasileira.

Nesse sentido, elucidativa a lição de Agostinho Alvim, em defesa do cumprimento específico: “o nosso Código não o diz, expressamente. Mas, ao consignar o princípio segundo o qual o não cumprimento da obrigação dá ao credor o direito de exigir as perdas e danos (art. 1.056), não exclui, nem podia excluir, o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra”.⁸⁰¹ A lição é aplicável ao atual art. 389 CC.

Embora haja limites intrínsecos dependentes da natureza da obrigação descumprida,⁸⁰² as exceções não compõem a regra (ao contrário, a confirmam), podendo-se afirmar com segurança que o credor lesado terá à sua disposição as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, regidas primordialmente pelo diploma processual civil.

As controvérsias começam a tomar forma quanto à qualificação do cumprimento específico da obrigação, mais especificamente se ele seria uma *imposição* legal ou, ao contrário, uma *opção* colocada à disposição do credor lesado. A discussão confunde-se com

⁷⁹⁷ Novamente se afirma que o cumprimento específico não deve ser confundido com o ressarcimento *in natura*. No primeiro caso, há tutela do cumprimento; no segundo, há indenização prestada *in natura*.

⁷⁹⁸ PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas limitativas..., p. 191.

⁷⁹⁹ Rememorando o que se afirmou quando do tratamento da composição do *interesse positivo* (item 2.2.1, Capítulo 4), o credor lesado tem direito a exigir o cumprimento da prestação, seja *in natura* seja pelo equivalente (ao menos nas obrigações de dar), ainda que não tenha sofrido nenhum dano complementar. Daí porque essa conversão não pode ser, necessariamente, confundível com as perdas e danos ordinárias, as quais necessitam de comprovação específica para serem demandadas.

⁸⁰⁰ Contra, entendendo que o disposto no art. 475 CC é suficiente para embasar o direito ao cumprimento do contrato, vide a lição de ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 98.

⁸⁰¹ ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., pp. 23-24.

⁸⁰² Por exemplo, é discutível o limite da atuação coercitiva no cumprimento de obrigações de fazer personalíssimas, especialmente quando a coerção poderia ensejar a ofensa à liberdade pessoal do devedor.

o âmbito de definição do *inadimplemento absoluto* e da *mora*, duas figuras tradicionais de descumprimento contratual por violação a deveres de prestação.

De acordo com sua corrente definição, o inadimplemento absoluto se dá quando a prestação devida não foi cumprida e não poderá mais ser.⁸⁰³ A hipótese abrange tanto a *impossibilidade* superveniente do objeto como a *inutilidade* do cumprimento extemporâneo à satisfação dos interesses do credor (art. 395, parágrafo único CC).

No primeiro caso, de impossibilidade superveniente do objeto, o direito de exigir cumprimento *in natura* é extinto *ex lege*.⁸⁰⁴ Não há espaço para vislumbrar uma *opção* do lesado, pois o cumprimento específico é obstado pela impossibilidade.

O segundo, por sua vez, refere-se ao *caráter transformista da mora*⁸⁰⁵, pelo qual se permite ao lesado rejeitar o recebimento a prestação que, em decorrência da mora, tornou-se inútil. Nesse caso, caberá a ele o ônus de demonstrar e qualificar em termos objetivos a inutilidade da prestação à satisfação de seus interesses prestacionais.

Não sem menos importância, admite-se também que as partes estabeleçam no contrato o momento da conversão da mora em inadimplemento absoluto. Assim se faz pela inserção de cláusula resolutiva expressa⁸⁰⁶, nos termos do art. 474 CC.⁸⁰⁷

Por exclusão, a mora terá lugar quando a falta de cumprimento possa ser adequadamente remediada com a entrega da prestação em atraso, além de perdas e danos moratórios (item 2.3, Capítulo 4). Ou seja, circunscreve-se às hipóteses em que a prestação ainda é *possível* e ainda *satisfaz* os interesses da parte lesada.⁸⁰⁸

Não parece, portanto, existir uma verdadeira *opção* do credor entre exigir o cumprimento da prestação *in natura*: em primeiro ponto, porque o cumprimento será a única tutela admissível enquanto a prestação ainda for possível e possa satisfazer os seus interesses; e, em segundo, porque a tutela específica pode nem sequer se colocar à sua disposição (não havendo escolha, portanto), o que ocorre nos casos de impossibilidade.

Reitera-se, aqui, a necessidade de uma leitura contextual do regramento processual das tutelas de dar, fazer e não fazer, especialmente porque ele não se dirige apenas ao cumprimento dos contratos, ou seja, à tutela do (in)adimplemento. Seu caráter amplo,

⁸⁰³ ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 25.

⁸⁰⁴ Remete-se ao regramento das modalidades de obrigações constantes da Parte Geral do Livro de Obrigações (arts. 233 a 251, CC).

⁸⁰⁵ ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 120.

⁸⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 89.

⁸⁰⁷ “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

⁸⁰⁸ Assim, justifica-se o entendimento de Agostinho Alvim, no sentido de que, havendo inadimplemento absoluto, o credor está impedido de receber. (ALVIM, Agostinho. Da inexecução..., p. 59).

aplicável a qualquer espécie de obrigação, faz com que as regras materiais sejam especiais e, portanto, prevalecentes.⁸⁰⁹ A questão é resolvida pelo direito material.⁸¹⁰

Assim, embora o art. 461 CPC (art. 499 NCPC) refira-se à conversão do cumprimento específico em perdas e danos nas hipóteses de *impossibilidade*, *inutilidade* ou a *pedido do credor*, não se mostraria adequado uma compreensão ampla dessa última circunstância, em descon sideração ao sistema de descumprimento do Código Civil.

As duas primeiras hipóteses, impossibilidade e inutilidade, estão em compasso com o regramento de direito material. No que diz respeito ao *pedido do credor*, contudo, deve ter lugar uma “*interpretação conforme*” ao direito contratual: somente é cabível a conversão em perdas e danos⁸¹¹ se admitida a transformação da mora em inadimplemento absoluto, ainda que isso possa se dar (mas nem sempre se dê) “a pedido do credor”.⁸¹²

No sentido aqui defendido, veja-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero: “a conversão da tutela específica da obrigação inadimplida em tutela pecuniária não é fruto de um ‘direito livre’ ou simples exercício de uma opção” pois isso “daria ao credor o poder de transformar a obrigação pactuada, o que violaria flagrantemente o sistema das obrigações e o princípio da autonomia da vontade”.⁸¹³

Em princípio, portanto, o ordenamento contratual pressupõe que o cumprimento específico da obrigação seja adequado à proteção das expectativas da parte lesada. Apenas em um segundo momento, quando a *mora* deixa de existir e dá lugar ao *inadimplemento absoluto*, essa lógica pode ser afastada a pedido do credor ou por decisão judicial.

⁸⁰⁹ Não se descon sidera, por evidente, que regras processuais possam ter cunho material ou influenciar o Direito material, discussão essa bastante viva com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em 2016. No caso específico aqui trabalhado, contudo, a solução se resolver pela regra da especialidade, considerando ser o regramento do CPC geral e o do Código Civil específico às obrigações contratuais.

⁸¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa..., p. 327.

⁸¹¹ Note-se que há uma conversão em perdas e danos e não propriamente resolução em perdas e danos. A distinção é fundamental, pois em verdade a indenização pecuniária pode vir ou não cumulada com a resolução. Nesse sentido, vide-se a afirmação de Nelson Nery: “Somente na impossibilidade [quer perda do interesse do credor na prestação quer por impossibilidade fática, v.g.] é que se converterá, então, em indenização por perdas e danos.” (NERY JR, Nelson. Contrato de associação - inadimplemento e execução específica. In: Soluções Práticas – Nery. vol. 2, p. 505, Set / 2010, acesso pela RTOonline).

⁸¹² Segundo Eduardo Talamini, na tutela de direitos disponíveis seria de pronto cabível o pedido de tutela pelo equivalente pecuniário, à escolha do credor. (TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa..., p. 331). Entende-se, contudo, que a afirmação não tem aplicação no âmbito do descumprimento contratual, no qual há uma prevalência legal e sistemática do cumprimento *in natura*.

⁸¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso..., pp. 844-845.

2.2.2 Segundo momento: opção entre cumprimento pelo equivalente e a resolução

Como visto, a demanda de cumprimento específico da obrigação não pertence propriamente à esfera de escolha do credor, sendo antes uma preferência legal, contornável desde que preenchidos alguns pressupostos. Sua natureza também não é propriamente indenizatória, estando ligada à *purgabilidade* da mora.⁸¹⁴

Somente quando a prestação ajustada deixa de ser *possível* ou de ser *útil* à satisfação dos interesses do credor – ou havendo cláusula resolutiva expressa –, abrem-se abrem algumas *opções* ao credor lesado.⁸¹⁵ Refere-se então às demandas de *cumprimento pelo equivalente* ou de *resolução*, cumuláveis com *perdas e danos*.

No primeiro caso, de *cumprimento pelo equivalente*, a prestação não cumprida deixa de ser exigida *in natura* e é substituída por seu correspondente valor pecuniário. O tema foi trabalhado com maior profundidade quando da apresentação da composição do *interesse positivo*, ao qual se remete o leitor (item 2.1, Capítulo 4).

O pedido de *cumprimento específico* pode – ainda que isso não seja isento de dúvidas – ser qualificado como uma demanda de cumprimento do contrato.⁸¹⁶ A reparação pecuniária respectiva vem *no lugar da prestação* ou em sua *substituição*.⁸¹⁷

⁸¹⁴ É o que afirma, com precisão, Jorge Cesa Ferreira da Silva, ao afirmar que “(...) a prestação *in natura* representa a própria prestação contratual, vale dizer, configura na verdade pedido de *execução* do contrato. Assim, o tema deixa a seara da *indenização* em sentido estrito, para dizer respeito à *purgabilidade da mora*”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 170, grifos no original).

⁸¹⁵ Ou, na síntese de Judith Martins-Costa: “porém, na impossibilidade da execução específica, ou na sua falta de utilidade para o credor (se essa falta de utilidade resultou do inadimplemento) ou quando o título preveja a transformação automática da prestação em indenização, a obrigação original se converte no dever de indenizar”. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 244).

⁸¹⁶ “A ‘ação de cumprimento’ representa o exercício da pretensão à prestação, através da qual o contratante lesado a reclama *in natura* ou pelo equivalente pecuniário, e terá natureza condenatória ou executiva”. (ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 36). Em sentido próximo, Orlando Gomes refere-se ao cumprimento pelo equivalente como execução genérica, pela qual se realiza a prestação coativamente, ainda que em pecúnia. (GOMES, Orlando. Obrigações..., p. 212 e sg). Porém, em outra obra, o jurista aparentemente contradiz o quanto afirmado, ao rejeitar que a conversão em perdas e danos seja espécie de execução do contrato, pois “a condenação do devedor ao ressarcimento dos prejuízos é uma sanção que se lhe aplica exatamente porque deixou de executar o contrato, não se podendo dizer, a rigor, que o credor quer que seja executado por esse modo” (GOMES, Orlando. Contratos..., p. 205). Nesse mesmo entendimento, vide a lição de Nelson Nery Jr: “(...) não se pode identificar plenamente o pagamento de uma indenização com o verdadeiro e fiel cumprimento da obrigação assumida, nem o credor será verdadeiramente satisfeito com o recebimento de uma indenização, que nunca corresponderá, em essência, ao cumprimento pontual e fiel da prestação(...)”. (NERY JR, Nelson. Contrato de associação..., acesso pela RTOonline). Sem desconsiderar a controvérsia, mantém-se a menção o cumprimento pelo equivalente para distingui-lo da resolução, especialmente porque por ele se mantém a obrigação (sinalagmática) do credor lesado.

⁸¹⁷ Remete-se ao item 2.2, Capítulo 4.

Diferentemente se passa na hipótese de demanda resolutiva, cujo efeito principal é extintivo do vínculo contratual. Com a resolução, tanto prestação como contraprestação deixam de ser exigíveis. Na classificação *ponteaniana*, a resolução produz efeito *constitutivo negativo* e, por força de lei, persiste o direito à indenização por *perdas e danos*.

A conexão entre esses dois remédios e o sistema de descumprimento contratual é objeto de leituras bastante díspares. Essencialmente, elas se embasam na interpretação da redação do art. 475 CC, o qual dispõe que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento (...)” (grifou-se).

O dispositivo – adequadamente qualificado por Anderson Schreiber como *lacônico*⁸¹⁸ – lido em sua literalidade, poderia levar à conclusão de que o lesado tem a *opção* entre o cumprimento da prestação e a resolução do contrato. A solução é, contudo, conflitante com a análise global dos dispositivos voltados à proteção do descumprimento – bem assim com a afirmada prevalência da tutela do adimplemento específico.

Nesse contexto, a interpretação que confira ao credor a *opção livre* entre o cumprimento e a resolução mostrar-se-ia incompatível com o disposto no art. 395, parágrafo único CC, pelo qual a conversão da *mora* em *inadimplemento absoluto* somente se justifica ante a inutilidade da prestação à satisfação dos interesses do credor.

Ora, ou a opção é livre – e a previsão da inutilidade da prestação não teria razão de ser – ou não há efetiva opção, admitindo-se que o cumprimento específico venha em primeiro lugar e, somente quando houver circunstâncias qualificadas, haja direito à extinção do vínculo contratual pelo remédio resolutivo.

Adere-se a esse segundo entendimento, defendido dentre outros por Ruy Rosado de Aguiar Jr., no sentido de que somente o *inadimplemento absoluto* justifica a opção pela resolução do contrato. Nas suas palavras: “sendo possível a prestação e tendo ainda o credor interesse em recebê-la, tem ele ao seu dispor a ação de adimplemento (cobrança ou execução)”.⁸¹⁹

A conclusão faz com que a expressão “*exigir-lhe o cumprimento*”, inserida na redação do art. 475 CC, deva ser identificada ao cumprimento pelo equivalente e não ao

⁸¹⁸ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação..., acesso online.

⁸¹⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. Extinção..., p. 96. O jurista afirma, em outra passagem, que na impossibilidade decorrente de ato imputável ao devedor não há extinção *ex lege* da relação obrigacional, cabendo ao credor optar entre manter o contrato (mediante execução pelo equivalente) ou pela resolução. (p. 96). No mesmo sentido a lição de Judith Martins-Costa, ao afirmar que a resolução não é efeito da mora, e sim do *inadimplemento absoluto*. (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 351) e também NALIN, Paulo. Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996, p. 153.

cumprimento *in natura*. Insiste-se: em relação ao último, não há efetiva *opção* do lesado. No sentido interpretativo aqui definido, veja-se a lição de Cristiano Zanetti.⁸²⁰

Dessa forma, o credor deve preferencialmente exigir o *cumprimento específico*. Caso esse não seja possível, ou não mais satisfaça adequadamente seus interesses creditórios, então poderá optar ou pelo *cumprimento pelo equivalente* ou pela resolução nos termos legais, sendo essas as opções que lhe são conferidas pelo art. 475 CC.

E, nesses casos, uma verdadeira opção (ou um direito potestativo) de escolha, é bastante justificável. Se o credor não pode mais receber aquilo que contratou – seja porque a prestação não é mais possível, seja porque lhe é inútil – não haveria sentido em mantê-lo obrigado a prestar.⁸²¹ Restaria, à sua escolha, manter a sua contraprestação e exigir o cumprimento do equivalente, ou recusar a sua contraprestação com a resolução do contrato. A proposição defendida, contudo, não é isenta de controvérsias.

Em sentido aparentemente contrário ao aqui defendido, poder-se-ia fazer menção à lição de Araken de Assis, para quem o direito de escolha seria uma vantagem conferida ao credor lesado, o qual poderia optar pela melhor forma de satisfação de seus interesses. O sistema brasileiro seria indiferente à manutenção do vínculo ou à sua extinção.⁸²²

Mais à frente em seu texto, contudo, o jurista deixa claro que referida opção somente é cabível quando houver *inadimplemento absoluto*, “não se justificando em condições diversas, inclusive em face da mora”.⁸²³ Assim, embora uma leitura primeira pudesse indicar um sentido divergente, não é isso que se depura de sua leitura global.

O mesmo se poderia afirmar quanto ao entendimento de Pontes de Miranda, também aparentemente contrário ao ora defendido. Para o tratadista, a resolução é um direito de escolha da parte lesada a quem, entende, caberia consultar de forma livre seu próprio interesse.⁸²⁴ A pretensão de exigi-la nasceria da simples mora do devedor.⁸²⁵

⁸²⁰ “Em primeiro lugar, o contratante inocente pode optar pela execução do pactuado. Naturalmente, não se tem em mente, agora, a execução específica, mas sim a chamada execução pelo equivalente, graças à qual o credor pode obter o resultado projetado com a celebração do contrato, mediante o recebimento de uma prestação pecuniária” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. In: Revista dos Tribunais. n. 942, Abr/2014, São Paulo: RT, 2014. Acesso pela RTOonline).

⁸²¹ Ou, na simples definição de Arnaldo Rizzardo: “ninguém aceita que perdure um contrato se o mesmo está sendo descumprido” afirmando, ainda, que a resolução é uma faculdade da pessoa que não recebeu a prestação prometida, e não uma consequência cogente ou necessária. (RIZZARDO, Arnaldo. Direito..., p. 467).

⁸²² ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 34.

⁸²³ ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 103.

⁸²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXV, p. 306, § 3.086.

⁸²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXIII, p. 185, § 2.809. O tratamento do tema por Pontes de Miranda é, nesse ponto, também um tanto obscuro. Veja-se que em outra passagem o jurista defende que a rejeição da prestação por inutilidade, a qual ensejaria a possibilidade de *cumprimento específico*, somente tem cabimento quando preenchido o suporte fático do parágrafo único do art. 395 (correspondente ao art. 956 do CC1916). Na sua visão, portanto, haveria escolha entre o cumprimento *in natura* e a resolução, mas

Ocorre que Pontes de Miranda também admite que o direito à resolução não seja arbitrário ou discricionário, defendendo sua análise a partir da gravidade do descumprimento, de forma contextual. Ao questionar “todo inadimplemento dá ensejo ao direito de resolução?” responde negativamente, afirmando que há hipóteses em que o descumprimento não será bastante para dar azo à resolução.⁸²⁶

Em verdade, eventuais leituras discrepantes quanto o alcance do art. 475 CC são significativamente minoradas pelo reconhecimento de que a possibilidade de escolha pela *resolução* não é dependente apenas da vontade do credor lesado. Ou seja, mesmo que se admita a possibilidade de escolha entre cumprimento *in natura* e resolução, isso não importaria afirmar que se trata de um direito potestativo puro.

O acerto da afirmação confirma-se, por exemplo, pelo afastamento do direito à resolução em casos de adimplemento substancial⁸²⁷, ou pela aposição de limites à utilização do direito formativo extintivo, rejeitando-se a resolução quando ela se mostrar abusiva.⁸²⁸ Não é qualquer inadimplemento (ainda que absoluto) que leva à resolução.

A conclusão deve ser duplamente depurada, mostrando-se compreensível em um duplo sentido. Em primeiro ponto, convém sublinhar que só há direito à resolução quando houver *inadimplemento absoluto* (ou cláusula resolutiva expressa). Em segundo ponto, a afirmação também sublinha que a recíproca não se mostra sempre verdadeira, ou seja, que nem todo inadimplemento absoluto leva necessariamente à resolução.

Consoante já se elucidou quando do tratamento do *equivalente à prestação* descumprida (item 2.2, Capítulo 4), na hipótese de impossibilidade do objeto nas obrigações

não entre o cumprimento *in natura* e aquele pelo equivalente, o qual dependeria da existência de determinados pressupostos. (p. 192).

⁸²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXV, p. 340, § 3.091.

⁸²⁷ Por exemplo, ASSIS, Araken de. Resolução..., pp. 124-131; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil..., vol. II, pp. 123-124 e AGUIAR JR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. vol. 4, p. 297 – 308, Out/2011, acesso pela RTOOnline (“Na sua função limitadora da conduta, a boa-fé se manifesta (...) impedindo o exercício do direito potestativo de resolução quando houve adimplemento substancial.”).

⁸²⁸ Assim, por exemplo, a impossibilidade de resolução quando o transcurso da relação negocial tiver criados às partes a confiança recíproca de sua manutenção. A hipótese é trabalhada por Gabriel Furtado, ao defender a aplicação da noção de abuso de direito para análise da resolução, exemplificando com caso julgado no TJSP envolvendo pedido de resolução de contrato de aluguel por falta de pagamento de reajustes contratuais que, por anos a fio, teriam sido tolerados pelo locador. (FURTADO, Gabriel Rocha. Mora e inadimplemento substancial. São Paulo: Atlas, 2014, p. 52 e sg e p. 110 e sg). Vinculando o direito à resolução e o princípio da boa-fé, na doutrina portuguesa – “contudo, a doutrina mantém o entendimento segundo o qual o princípio da boa-fé exige que o incumprimento definitivo seja suficientemente grave para que possa haver resolução – vide PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do Direito português, brasileiro e alemão. In: Revista de Direito Civil contemporâneo. Vol. 2/2015, p. 245-274, Jan-Mar 2015, acesso pela RTOOnline.

de dar coisa certa e de restituir por culpa do devedor, a lei determina a prestação do *equivalente* e de *perdas e danos*. Não se refere à resolução do contrato.

Com efeito, tanto no art. 234 (obrigações de dar) como nos arts. 238 e 239 (obrigações de restituir)⁸²⁹, a resolução somente é imposta quando a impossibilidade decorrer de fato não imputável ao devedor. Em sendo imputável, o que significa dizer, ocorrendo descumprimento contratual, não há qualquer determinação nesse sentido.⁸³⁰

O que ocorre, também *ex lege*, é o afastamento do direito ao cumprimento *in natura* da prestação, o que se infere de maneira lógica diante da impossibilidade do objeto.⁸³¹ Essa extinção não afasta, contudo, o direito de exigir o equivalente pecuniário da prestação, caso o credor lesado pretenda manter a sua contraprestação.⁸³² O credor ainda pode realizar a sua contraprestação, embora não esteja mais a isso obrigado.

Idêntico raciocínio é aplicável na transformação da *mora* em *inadimplemento absoluto* por inutilidade do cumprimento extemporâneo. Assim, em lúcida percepção da questão, afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva que o credor lesado pode rejeitar a prestação em atraso, mas nem por isso estará necessariamente optando pela resolução. Pode, nestes casos, exigir o cumprimento da prestação pelo seu equivalente pecuniário.⁸³³

⁸²⁹ No que toca à obrigação de restituir, veja-se que as hipóteses de resolução *ex lege* e de conversão no equivalente – sem culpa (imputação) e com culpa (imputação) respectivamente – são tratadas em dois artigos distintos (238 e 239, CC), denotando com clareza que não se poderia interpretar qualquer extensão da eficácia resolutiva à impossibilidade culposa (*rectius*, imputável) ao devedor.

⁸³⁰ Também assim em Portugal, conforme lição de António Pinto Monteiro, afirmando que a impossibilidade imputável ao devedor ou o não cumprimento definitivo da obrigação enseja a possibilidade de que o credor lesado se valha do remédio resolutivo, disposto no art. 801º n.º 2 do Código Civil português. (PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas limitativas..., p. 207). O dispositivo citado tem a seguinte redação: “Art. 801º (2) (Impossibilidade culposa) 1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação. 2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.”

⁸³¹ A mesma exata lógica se aplica à impossibilidade originária do objeto que, contudo, nos termos da lei brasileira, impõe a nulidade do contrato (art. 166, II, CC). Nesses casos, não há dever de prestar *in natura* porque a prestação ajustada é faticamente impossível. Ocorre que as soluções pelo inadimplemento absoluto ou pela nulidade são escolhas legislativas. Nesse contexto, convém fazer menção ao tratamento da impossibilidade originária do objeto após a Reforma do BGB, a qual expressamente excluiu a hipótese das causas de nulidade. Conforme Antonio Menezes Cordeiro, a alteração reside no fato de que a impossibilidade da prestação atinge, apenas e tão-somente, o dever principal de prestação. Como a relação jurídica obrigacional não é limitada apenas à prestação, não haveria razão de se invalidar todo o contrato, sendo que apenas a prestação é que permanecerá bloqueada, conforme expressão do jurista português. (MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da modernização..., p. 106).

⁸³² Ora, se a tutela do cumprimento pelo equivalente impõe o cumprimento integral da prestação ajustada, porém convertida em pecúnia, então não lesado deve necessariamente manter a sua contraprestação. Trata-se do que se trabalhou acima sob o título de *método da sub-rogação*, pelo qual o cumprimento específico é transformado no equivalente pecuniário. Vide item 2.2.3, Capítulo 4.

⁸³³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira. Inadimplemento..., p. 91.

Essa é, ademais, a única interpretação compatível com o afirmado caráter voluntário do remédio resolutivo, o qual afasta a possibilidade de que o juiz, em substituição à vontade das partes, imponha a resolução do contrato: “a opção entre a execução por espécie ou pelo equivalente e a extinção da relação é só do credor, não podendo ser substituída sua vontade por aquela da contraparte ou do juiz”.⁸³⁴

À luz das interpretações por ora realizadas, o *cumprimento pelo equivalente* e a *resolução* são opções abertas ao lesado nos casos em que lhe é possível deixar de exigir o cumprimento específico. Tratam-se de premissas interpretativas para a compreensão (ainda que *parcial*) do sistema de descumprimento no Direito brasileiro.⁸³⁵

Essa visão também corrobora o fato de que ambos são formas de satisfação e compensação dos *interesses* da parte lesada pelo descumprimento, pedra de toque da exposição voltada à definição das suas consequências reparatórias.

2.3 O caráter dinâmico dos remédios e sua interação com o problema da reparação de danos

Em qualquer uma das circunstâncias supramencionadas – cumprimento específico (*in natura*), cumprimento pelo equivalente e resolução por incumprimento – será sempre cabível (em tese) a reparação de danos. A obrigação de indenizar *perdas e danos* é, com efeito, também um remédio voltado à proteção da parte lesada em razão do descumprimento. Trata-se, aliás, de um “*supra remédio*”, cabível isoladamente ou em conjunto com os demais regimes consequenciais.

A constatação de que as *perdas e danos* vinculam-se a diferentes consequências, faz com que a sua composição não seja necessariamente idêntica. Nesse contexto, a própria distinção entre os danos *moratórios* (no cumprimento específico) e os *danos compensatórios* (no cumprimento pelo equivalente), bem demonstra a afirmação.⁸³⁶

Dessa forma, a relação existente entre o *remédio* e a *reparação de danos* deve ser vista de forma contextual, à luz da *função* que ambos exercem no sistema de proteção ao

⁸³⁴ Sobre a voluntariedade da resolução, vide a lição de AGUIAR JR., Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 32.

⁸³⁵ Somente a título ilustrativo, entende-se que interpretar a literalidade do art. 475 CC teria o efeito inadequado de não explicar as restrições à utilização do remédio resolutivo, que somente se configuram ante o inadimplemento absoluto. Por sua vez, afirmar que a impossibilidade por si só reconduz à resolução seria inadequado porque afastaria o caráter *opcional* da demanda da resolução. Aliás, essa situação seria ainda menos defensável se compreendida a resolução como limitada à indenização do *interesse negativo*, pois aí o lesado não teria nenhuma opção, e ficaria com uma indenização limitada.

⁸³⁶ Remete-se o leitor ao item 1.1, Capítulo 4.

contrato. Questiona-se: a situação de recondução do lesado haveria de ser diversa a depender do remédio utilizado para satisfação das suas expectativas contratuais?

A resposta ao questionamento perpassa compreender o relacionamento recíproco existente entre os diferentes remédios à disposição do lesado. Nesse contexto, verifica-se que a distinção entre eles pode ser evidenciada de forma clara ou, a depender de algumas circunstâncias, ser bastante minorada. Há algumas *zonas cinzentas* entre eles.

A perfeita distinção dos remédios é compreendida no exemplo do contrato de permuta de bens infungíveis, anteriormente já exposto: o músico A troca seu piano, que vale R\$ 5.000,00, por um vaso antigo de B, o qual vale R\$ 6.000,00. Enquanto o piano está adequado para ser entregue, o vaso se quebra durante o transporte, por culpa de B.⁸³⁷

Fosse possível o *cumprimento específico*, A receberia o vaso e entregaria o piano; se, ante a impossibilidade de entrega, exigisse o *cumprimento pelo equivalente*, A entregaria o piano, receberia R\$ 6.000,00 além de eventuais *perdas e danos* e, por fim, houvesse *resolução*, A manteria o piano consigo, e seria indenizado por *perdas e danos*.

No exemplo, a primeira solução é obstada pelo caráter infungível da prestação que se tornou impossível. As demais possibilidades que lhes são permitidas, como se infere do quanto exposto, são nitidamente pecuniárias – no primeiro caso porque as *perdas e danos* substituem integralmente a prestação, no segundo porque vêm conjuntamente à resolução. Eventual distinção de resultados somente existe na medida em que adotado parâmetros diversos de definição do *interesse reparável*.

Se admitida a reparação pelo *interesse positivo* no caso da resolução, A mantém o piano e exige o pagamento de R\$ 1.000,00, montante que representa a diferença entre prestação e contraprestação; eventuais custos de escritura seriam seus. Se, por outro lado, admite-se a indenização do *interesse negativo*, A também mantém o piano, mas é indenizado tão somente dos custos da escritura, no valor suposto de R\$ 100,00.

No exemplo, a opção pelo cumprimento pelo equivalente e a resolução do contrato levariam ao mesmo resultado patrimonial (ainda que composto de forma diversa), para o caso de a indenização ser medida pelo *interesse positivo*; não, porém, se fosse limitada a indenização no caso de resolução ao *interesse negativo*. Como se vê, a indenização não é mera coadjuvante no tratamento das consequências do descumprimento contratual.

Há casos, contudo, em que a distinção da composição de um ou outro remédio não se mostra tão perceptível. É o que se dá, por exemplo, nas hipóteses em que a resolução do

⁸³⁷ O exemplo, adaptado daquele exposto por Karl Larenz, foi mencionado no Capítulo 4, item 2.2.3.

contrato não envolva a restituição de um bem. Nelas, a distinção entre o *cumprimento específico* e a *resolução*, embora existente, mostra-se falha ou *cinzenta*, pois a *situação hipotética* será construída exclusivamente *in pecunia*.

Tomando-se como exemplo a reiterada discussão de descumprimento de contrato de compra e venda pelo vendedor e supondo já ter sido pago o preço ajustado: tornada impossível a entrega do bem, pode o credor (comprador) exigir o cumprimento pelo equivalente, com a entrega de um montante que represente o valor atual do imóvel; ou a resolução do contrato, com a restituição do montante pago além de *perdas e danos*.

Em nenhum dos casos o comprador receberá o imóvel. Em ambos, seu interesse será satisfeito por via indenizatória. Da mesma forma, o valor da sua contraprestação já paga, será incluído na composição da indenização, seja porque será objeto de restituição (resolução), seja porque corresponde ao sinalagma do cumprimento pelo equivalente.⁸³⁸

Não parece haver sentido lógico para se compor de forma diversa a indenização devida nesses casos que, malgrado o recurso a nomenclaturas diversas, é fundamentalmente idêntico. Ou seja, o *cumprimento específico* e a *resolução*, desde que compostos exclusivamente por obrigações pecuniárias, são muito próximos.

A mesma afirmação poderia ser feita no que diz respeito a contratos de prestação de serviços (obrigação de fazer) em que há inadimplemento por parte do prestador. Nesse caso, é também cinzenta a distinção entre o *cumprimento* ou *resolução* do contrato.

Supondo que o tomador do serviço peça judicialmente o cumprimento da obrigação e a autorização para contratação de terceiro. A hipótese aproxima-se do *cumprimento pelo equivalente* (ou da restituição *in natura*). Mas, se preferir resolver o contrato – porque esse assim o autoriza – e contratar diretamente um terceiro, perderá o direito de demandar a diferença do preço da contratação? A resposta parece ser negativa.

Veja-se que, em ambas as hipóteses, o devedor não receberá a prestação tal como devida e deixará de prestar a sua prestação (o que aproxima a hipótese da resolução); por sua vez, o credor lesado receberá, ainda que por terceiro, a prestação ajustada e terá satisfeito seu *interesse prestacional* (o que aproxima a hipótese do cumprimento).

⁸³⁸ Para tornar mais palpável a afirmação, tome-se como exemplo a compra de um imóvel no valor de R\$ 100.000,00, integralmente pago pelo comprador. Na hipótese de o vendedor não ter erguido o imóvel, ou ter revendido ilicitamente a terceiros, e o seu valor atualizado seja R\$ 120.000,00, o pedido de cumprimento pelo equivalente corresponderia ao pagamento dessa quantia, a qual já incluiria o valor pago pelo bem. Se, contudo, fosse devida a resolução, o comprador teria direito à restituição do quanto pagou, no valor de R\$ 100.000,00, além de perdas e danos. Não parece haver diferença fundamental entre uma e outra opção, uma vez que ambas se resumem a prestações pecuniárias que se compensam.

O mecanismo resolutivo, quando possível, mostra-se em tese mais adequado à tutela do credor, pois lhe permite a liberação do cumprimento do contrato e a contratação de terceiro para prestar o serviço. Não se vê razão para, diante do caráter dinâmico da proteção ao contrato, impor ao credor lesado uma renúncia ao direito de indenização.

Ora, a existência desse sistema protetivo é marcada por uma finalidade comum: a proteção contra o descumprimento contratual. Isso coloca em evidência que não há motivos apriorísticos para se tratar casos análogos de forma discriminada, havendo de se solucionar a questão reparatória pela adoção dos mesmos princípios.

Resta, então estudar a indenização devida em caso de manutenção do contrato e em caso de resolução enfocando-se, dada as controvérsias que fundamenta, nessa última.

3. Manutenção do contrato e indenização por *perdas e danos*

Nas hipóteses em que o contrato é mantido, sendo exigido o cumprimento específico ou pelo equivalente, não há maiores questionamentos quanto ao parâmetro da indenização devida. Nesses casos, tanto o *primeiro* como o *segundo filtro* de análise coincidem, identificando-se a *falta de cumprimento* como o evento que leva à reparação.

Assim, na medida em que o *evento lesivo* ocorra no curso da existência do contrato e que o remédio utilizado mantenha as obrigações contratuais, a indenização dirige-se ao *interesse positivo*. Foi esse, aliás, o primeiro sentido da expressão cunhada por Rudolf von Jhering, que a ele se referiu como o “interesse na manutenção do contrato”.⁸³⁹ Pode-se afirmar ser essa a circunstância da reparação do *interesse positivo* por excelência.

Consoante já se disse, contudo, o pedido de cumprimento *in natura* ou específico não se confunde com a prestação do *interesse positivo*, na medida em que não é uma demanda propriamente indenizatória e, sim, de cumprimento da prestação.⁸⁴⁰ É natural que ela seja cumulada com as chamadas *perdas e danos* moratórias, mas essas terão caráter nitidamente acessório ao pedido de cumprimento, que é principal.⁸⁴¹

⁸³⁹ JHERING, Rudolf von. Culpa in contrahendo..., p. 20.

⁸⁴⁰ É discutível, porém, se a indenização devida para a reparação dos danos causados pelo cumprimento imperfeito, especificamente aqueles destinados à adequação da prestação entregue em desconformidade, poderia ou não ser identificada ao *interesse positivo*. Entendendo que sim, veja-se do TJSP considerou que os custos da obrigação de fazer (impermeabilização do imóvel entregue com defeito), corresponderia ao interesse positivo da parte lesada. (TJSP, Ap. Cív. nº 0016145-51.2005.8.26.0554, Relator (a): Rômulo Russo; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/07/2015; Data de registro: 14/07/2015).

⁸⁴¹ A distinção é procedida por Paulo Mota Pinto, o qual diferencia o *cumprimento coercitivo* da própria prestação e a indenização ou restituição, essa podendo também ser prestada *in natura*, mas não se confundido com aquela. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1488). No Direito brasileiro, o *cumprimento*

Em que pese a nítida distinção entre cumprimento e indenização, é certo que a função do *cumprimento específico* ou *pelo equivalente* é recolocar o lesado na situação de cumprimento. Assim, o conjunto do resultado obtido pelo cumprimento será análogo, ainda que apenas no segundo caso a indenização efetivamente venha *no lugar da prestação*, uma vez que no primeiro ela vem apenas *ao lado* dela.⁸⁴²

Feitas as devidas ressalvas, enfoca-se apenas no tratamento da demanda indenizatória, mais especialmente quando a prestação da indenização seja realizada mediante o pagamento do equivalente pecuniário aos danos sofridos.

3.1 Cumprimento pelo equivalente e indenização substitutiva

Conforme se demonstrou, o *cumprimento pelo equivalente* é uma demanda destinada à manutenção do contrato, com a alteração do conteúdo da prestação. Antes devida *in natura*, ela é agora convertida em pecúnia, ao que se somam os danos decorrentes da falta de cumprimento, tudo a título de *perdas e danos*.

A afirmação de que o contrato se mantém poderia ser colocada em dúvida, na medida em que o conteúdo da prestação é fundamentalmente alterado – pois *substituído* pela indenização de danos. Aderindo-se à lição de Pontes de Miranda, entende-se que o crédito permanece, “há apenas mudança de conteúdo”,⁸⁴³ o que se passa porque *no lugar da prestação* é devido o pagamento de indenização, *in natura* ou por *perdas e danos*.

É esse o sentido do cumprimento *pelo equivalente*, ou seja, de uma prestação substitutiva aos danos experimentados pela falta de cumprimento. Nesse contexto, imprescindível rememorar o quanto se afirmou no Capítulo 4, no qual se trabalhou a composição do *interesse positivo* e ao qual se remete o leitor (vide item 2).

Em suma, para que o credor possa exigir o equivalente nos contratos sinalagmáticos, deve manter vigente a sua contraprestação. A manutenção desses deveres reforça a compreensão de que se trata de hipótese de manutenção do contrato – em contraposição à hipótese resolutiva, abaixo analisada.

coercitivo é tratado pela doutrina processualista como *tutela do adimplemento na forma específica*, a qual se contradiria à tutela pelo equivalente pecuniário, marca do Estado liberal em que não seria dado ao credor exigir o cumprimento *in natura* da prestação. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso..., p. 830).

⁸⁴² Sobre a distinção entre danos *no lugar da prestação* e danos *ao lado da prestação*, a qual se refere, em suma, à distinção entre danos compensatórios e moratórios, remete-se o leitor ao item 1.1, Capítulo 4.

⁸⁴³ Diferentemente se passa nos ilícitos absolutos, em que a violação ao direito absoluto faz nascer um novo crédito. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXVI, p. 12, § 3.103)

O conteúdo dessa indenização que substitui o cumprimento é o *interesse positivo* do credor, ou seja, a situação em que ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido. Ora, se (ainda que por ficção), o contrato se mantém, a afirmação parece ser bastante lógica. Na prática, contudo, a operação suscita algumas relevantes discussões.

3.1.1 Cumprimento pelo equivalente: abrangência e limitações práticas

A afirmação de que, descumprida a prestação *in natura*, possa ela ser convertida pelo *equivalente* pecuniário é simples apenas em aparência. Ora, não apenas se pode colocar em dúvida a qualificação dessa *conversão*, como também os parâmetros a ela adotados, dificuldades que se ligam às diferentes modalidades de obrigações (dar e fazer⁸⁴⁴) ou ao conteúdo contratual (como visto no item 2.2, Capítulo 4). Explica-se.

Como visto, no caso das obrigações de dar, o Código Civil e o Código de Processo Civil determinam que a indenização substitutiva seja composta pelo *valor da coisa* (*equivalente*) e demais *perdas e danos*.⁸⁴⁵ Nesses casos, permite-se uma avaliação abstrata da medida da conversão, de forma a conferir ao lesado o valor pecuniário que lhe permita, ao tempo da condenação, adquirir um bem similar ao que lhe era devido.

Se, contudo, o credor efetuou uma compra substitutiva, o valor dessa compra – e não o cálculo abstrato da conversão – é que deverá ser levado em consideração. Nem sempre, contudo, a recondução dessa hipótese ao *cumprimento específico* será isenta de controvérsias, especialmente se a compra substitutiva se der às custas do comprador que ainda não tenha pago o preço integral ao vendedor inadimplente.⁸⁴⁶

Idêntica controvérsia se forma no que toca às obrigações de fazer. Isso porque, embora seja possível a conversão abstrata do serviço contratado ao tempo do pagamento da indenização, é questionável a existência de fundamento suficiente para admiti-la.

Ora, quem adquire um produto pelo preço “x” e não o recebe, tem direito a receber o montante que, hoje, o permita adquirir o mesmo bem. Não bastasse fato de isso ser logicamente defensável, é também o teor do regramento das obrigações de dar; mostra-se indiferente que o credor tenha ou não interesse na compra daquele mesmo bem.

⁸⁴⁴ Deixa-se de trabalhar as obrigações de não fazer pois, na hipótese de descumprimento, o cumprimento *pelo equivalente* em verdade confunde-se com o desfazimento da prestação, sendo algo diverso.

⁸⁴⁵ Assim, como visto, a redação dos arts. 234 e 239, CC e 809 NCPC (art. 627 CPC/1973), remetendo-se o leitor ao quanto exposto no item 2.2, Capítulo 4.

⁸⁴⁶ Ou seja, o vendedor não recebeu a contraprestação e o comprador adquire um produto de terceiro por preço mais elevado. Como o comprador ainda não pagou, poderá demandar apenas a diferença entre o preço ajustado e o preço efetivamente pago a terceiro. A hipótese dialoga de forma estreita com a resolução.

Aquele credor que, contudo, deixou de receber a prestação de um serviço, teria direito a receber, a título de indenização, o valor que esse mesmo serviço custaria a ele na data da condenação? Nesse caso, inclusive pela ausência de uma regra análoga àquela que rege as obrigações de dar, parece mais adequado obstar um cálculo abstrato.

O credor poderá, por certo, pedir o cumprimento pelo equivalente com a contratação de um terceiro para realização do mesmo serviço, seja judicialmente ou (desde que cabível) por conta própria. Nesses casos, o preço da contratação substitutiva será considerado para cálculo do seu prejuízo, em comparação ao preço original.

A hipótese confirma novamente a existência de uma *zona cinzenta* entre a resolução e o cumprimento pelo equivalente: na medida em que o credor contratou um terceiro para a prestação do serviço, liberou o devedor de seu cumprimento específico e, se não efetuou o pagamento ao devedor originário, liberou-se também de realiza-lo.

Seria mero jogo de palavras a distinção entre a *resolução* ou o *cumprimento pelo equivalente*, tanto nesse caso, como na hipótese de uma operação substitutiva nas obrigações de dar. O credor deixaria de realizar o pagamento ao devedor, e seria indenizado pela diferença do preço ajustado e aquele efetivamente dispendido.

Tome-se como exemplo a prestação de serviços em uma festa: se a banda informa, uma semana antes da celebração, que não pretende comparecer à festa, não seria razoável ao contratante realizar uma contratação substitutiva com terceiros? Ou, na compra de matéria prima para a produção industrial necessária a sua manutenção, não seria crível permitir ao credor realizar uma compra substitutiva e repassar esse custo ao vendedor?

Se, em ambos os casos, o pagamento for estipulado ao tempo da prestação do serviço, ou seja, o credor ainda não tenha o realizado, a circunstância é bastante próxima da *resolução*. Em verdade, e em grande parcela dos casos de descumprimento, o credor é “forçado” à resolução do contrato como forma de melhor compensar os seus prejuízos; o chamado *cumprimento pelo equivalente* tem, com efeito, pouca aplicação.

Para além das contratações sinalagmáticas em que prestação e contraprestação são facilmente identificáveis – como a compra e venda, até aqui tomada como paradigma – há contratos em que o próprio conteúdo econômico representado pelo pacto coloca em dúvida a possibilidade de *cumprimento pelo equivalente*.

É o caso de contratos cujo conteúdo é representado por uma atividade empresarial, como *franquia*, *distribuição*, *representação comercial* ou de *concessionária de veículos*. Neles, não há propriamente direito a uma única prestação que possa ser compreendida de

forma isolada (um *dar* ou um *fazer* específicos) e, sim, o direito de exploração de uma atividade empresarial e, em decorrência, a assunção dos riscos a ela inerentes.

É evidente que, se os contratos forem firmados com prazo de vigência ou com uma garantia de lucratividade, haverá parâmetros para cálculo do *interesse positivo*.⁸⁴⁷ Mas, em grande parte dos casos, o conteúdo econômico desse *interesse* se confunde com o direito de manter a exploração econômica, não havendo propriamente um parâmetro seguro para definição da *situação hipotética* de cumprimento do contrato.

Neles, a liquidação do “*interesse positivo*” pode se confundir com a prestação de *lucros hipotéticos*, na medida em que não haja nenhum parâmetro objetivo ou de garantia de um mínimo de recebimento.⁸⁴⁸ É discutível, em especial em contratos por tempo indeterminado, a possibilidade de cálculo do *cumprimento pelo equivalente*.

Corroborar a afirmação o fato de que o próprio legislador, em atenção a alguns contratos específicos, propôs parâmetros objetivos para o cálculo, determinando a sua composição vinculada a lucros pretéritos havidos pelo contratante lesado, como se passa com evidência na Lei Ferrari e na Lei de Representação Comercial.⁸⁴⁹

Nesses casos, a indenização respectiva, ainda que tome como parâmetro um *lucro* contratual e uma recondução do lesado a uma situação *ad quem*, mostra-se mais vinculada a uma cláusula penal (legal) do que ao *interesse positivo* em sentido estrito. Quanto a esse, não há efetivamente uma *situação hipotética* de recondução positiva.

Em suma, o âmbito de aplicação do *cumprimento pelo equivalente* pode ser bastante restrito. Ele se aplica de forma segura às obrigações de dar e, em certa medida, às obrigações de fazer (máxime quando há determinação judicial de substituição da prestação por terceiro).

⁸⁴⁷ A existência de parâmetros de lucro definidos em contrato é algo que se mostra bastante claro em contratos com a Administração Pública, em que há um parâmetro de lucratividade (ou o *equilíbrio econômico financeiro*) da contratação bem estabelecido.

⁸⁴⁸ Assim, por exemplo, parecer exarado por Judith Martins-Costa, no qual se pretendia obter indenização por *interesse positivo* correspondente ao resultado favorável desejado com uma *join venture* imobiliária e de hotelaria. A opinião da ilustre doutrinadora, contudo, fundamentou-se especialmente na impossibilidade de reparação do *interesse positivo* no caso de resolução, delimitação com a qual, respeitosamente, não se concorda. Em segundo argumento, contudo, argumentava também a irreparabilidade de lucros hipotéticos, pois não se poderia supor a lucratividade do empreendimento em comum. (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 mora e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 573 e sg).

⁸⁴⁹ Lei Ferrari (Lei 6.729/1979) e Lei de Representação Comercial (Lei 4.886/1965).

Tem, contudo, pouca ou nenhuma aplicação em uma série de contratos, inclusive naqueles que não possuam um conteúdo lucrativo evidente.⁸⁵⁰

Daí porque ser mais frequente remédio contra o descumprimento seja a resolução⁸⁵¹ e, de certa forma, seja limitada a afirmação de que o credor *possa optar pelo cumprimento pelo equivalente* ou pela *resolução*. Em muitos casos, essa escolha existe apenas abstratamente, nos termos do art. 475 CC, e não de forma concreta.

A compreensão desse diálogo dinâmico da *resolução* com o *cumprimento pelo equivalente* permite melhor compreender a função do remédio resolutivo, a partir dela, a definição das *perdas e danos* que lhe são cumuláveis. É sobre isso que se passa a expor.

4. Resolução do contrato e indenização por *perdas e danos*

Afastando-se das hipóteses em que o contrato se mantém e, assim, a prestação e a contraprestação são mantidas, e uma vez demonstrado o caráter dinâmico do relacionamento existente entre os diferentes remédios contra o descumprimento contratual, chega-se à derradeira hipótese que se propõe estudar: o remédio resolutivo.

É aqui que, sem sobra de dúvidas, residem as maiores controvérsias acerca do *par conceitual*. Não apenas porque o alcance da indenização, se correspondente ao *interesse positivo* e do *interesse negativo* é discutido – sendo, ao lado da responsabilidade por *ruptura de negociações*, um dos poucos *locus* em que o problema é enfrentado pela doutrina brasileira – como pela importância fulcral do tema ao Direito contratual.

A existência de um dispositivo permitindo a cláusula resolutiva tácita (art. 475 CC), bem como determinando sua cumulatividade com a indenização por danos torna possível centrar a exposição justamente no alcance das *perdas e danos* devidas; não é, pois, necessário discutir a viabilidade da resolução ou da cumulação indenizatória.⁸⁵²

Não há dúvidas de que a resolução aqui trabalhada pressuponha a *falta de cumprimento* da obrigação. Vista sob o *primeiro filtro* da análise, portanto, a indenização haveria de ser dirigida ao *interesse positivo*, pois a falta é nitidamente ocorrente no curso do contrato, além de referenciada à responsabilidade contratual ou negocial.

⁸⁵⁰ Como por exemplo contratos em que não é esperada a obtenção de nenhum lucro, como a prestação e serviços em uma festa de casamento, a compra de ingressos para um show, a encomenda de um serviço de buffet, dentre outros. O tema será revisto no item 6, *infra*.

⁸⁵¹ Ou, como se disse em relação ao Direito alemão, mais frequente a composição da indenização devia por uma *diferença* e não por uma *sub-rogação* (item 2.2.3, Capítulo 4).

⁸⁵² A referência textual do legislador às perdas e danos faz com que esse ponto não seja controvertido, diferentemente do que se passava no Direito alemão pré-Reforma.

Ocorre que, seguindo a proposição de estudos realizada ao longo da tese, a definição que se obtém pelo *momento em que a falta ocorre* é puramente tendencial, devendo ser submetida a uma análise mais rigorosa, pelo que se chamou de *duplo filtro* de análise (item 4, Capítulo 3). Por ele, há de se estudar com maior atenção o sentido da proteção conferida pelo ordenamento jurídico e seu diálogo com os mecanismos protetivos possibilitados pela resolução, para obtenção *in concreto* do interesse.

É exatamente nessa ligação que se desenvolve a controvérsia existente no Direito brasileiro – mas não só, sendo encontrável também em experiências estrangeiras – quanto ao direcionamento da indenização cumulável com a resolução do contrato. Ela se localiza no *segundo filtro* de análise que se propôs, essencialmente na compatibilidade entre o sentido *positivo* da indenização e o remédio resolutivo.

Para relevante parcela da doutrina brasileira, a utilização do remédio resolutivo impediria a obtenção do resultado esperado com o contrato, na medida em que se opera o retorno as partes ao *status quo ante*.⁸⁵³ Partindo dessa constatação, sustenta-se uma incompatibilidade lógica da indenização do *interesse positivo* com a eficácia extintiva da resolução, determinando uma nítida “correção” do *interesse* reparável.

O tema tem sido analisado há muito pela doutrina e pela jurisprudência estrangeiras, tanto domésticas como transnacionais (internacional ou de *soft law*).⁸⁵⁴

Relevantes desenvolvimentos e resultados são encontrados na Alemanha, na Itália e em Portugal, bem como no tratamento do contrato de compra e venda internacional de mercadorias pela CISG (item 4.2, *infra*), nos Princípios UNIDROIT⁸⁵⁵, assim como, no

⁸⁵³ Vide desenvolvimento da questão abaixo, item 4.1.1.

⁸⁵⁴ O significado de *soft law* não é unívoco. Referindo-se a eles a partir da qualificação conferida aos Princípios Unidroit, Lauro Gama Jr. afirma, inicialmente, “*Soft law* é, na verdade, um conceito multifacetado, plural”, para arrematar “Afastado o dogma segundo o qual não existe outro direito que os direitos de origem estatal (nacional ou internacional), e, resgatada a idéia de que o direito não é apenas, nem necessariamente, formado por regras jurídicas, mas por outros elementos – como os princípios – também dotados de força normativa (...)”. (GAMA JR, Lauro Souza e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 8/2006, p. 48-100, Jan-Mar/2006, acesso pela RTOonline).

⁸⁵⁵ Lauro Gama Jr. sublinha o caráter liberatório da resolução e a determinação de restituição do quanto prestado (tanto *in natura* como pelo equivalente pecuniário) nos termos do art. 7.3 (resolução) nos Princípios UNIDROIT. Em relação às perdas e danos, também se permite seu cálculo pelo *método da diferença*, em relação a uma compra ou venda substitutiva daqueles bens, tanto concreta (efetivamente realizada) como abstrata (calculada ao tempo da resolução). (GAMA JR., Lauro. Contratos internacionais..., pp. 375-384). Como já elucidado, a análise deixa de abranger o Direito francês. De toda sorte, e de acordo com grande parte da doutrina referenciada, a solução francesa é pela admissão da manutenção do direito à indenização pela falta de cumprimento em caso de resolução. Assim afirma, dentre outros, PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 185 (vide NR 557).

âmbito do Direito europeu, nos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL)⁸⁵⁶ e no Projeto de Quadro Comum de Referência (DCFR).⁸⁵⁷

Em todos eles – exceção feita, em parte, ao Direito português – nota-se uma clara tendência em admitir a indenização do *interesse positivo* cumulável com a resolução. Como sintetiza Paulo Mota Pinto, a posição que limita a indenização ao *interesse negativo* está em “claro recuo, estando hoje *quase* isolada”, sendo “contrariada por todos os *regimes mais recentes* do não cumprimento”.⁸⁵⁸

Resta compreender o alcance da afirmada incompatibilidade lógica, o que perpassa estudar o *remédio resolutivo* à luz de sua função no Direito brasileiro.

4.1 O “falso problema” da incompatibilidade lógica da reparação do *interesse positivo* na resolução

A definição do conteúdo das *perdas e danos* cumuláveis à extinção por falta de cumprimento é dependente da análise da função exercida pela resolução no Direito brasileiro. Há, assim, de se analisar com maior atenção seu funcionamento, seus efeitos bem assim a sua qualificação como efetivo remédio contra o descumprimento contratual.

Nesse ponto, é nitidamente majoritária a doutrina brasileira – embora o mesmo não se poderia afirmar quanto à jurisprudência (vide item 4.2, *infra*) – em defesa de que a resolução importa a indenização do *interesse negativo*. Seus argumentos dialogam de com as características desse remédio, podendo ser estudados de maneira conjunta.⁸⁵⁹

Em linha geral, sustenta-se uma incompatibilidade lógica entre a resolução (remédio extintivo) e a indenização pelo *interesse positivo* que, consoante se viu, volta-se à recolocação do lesado em um estado *ad quem*, ou de cumprimento. Assim, por exemplo, a percursora lição de Araken de Assis, para quem a hipótese seria “às escâncaras, grave incongruência lógica.”⁸⁶⁰ Resta compreender essa argumentação.

⁸⁵⁶ Segundo o Art. 9:502, as *perdas e danos* têm uma função unitária: conferir ao lesado o montante suficiente para colocá-lo de forma mais próxima possível na posição em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido. O Art. 9:506, por sua vez, prevê a reparação dos custos de uma operação substitutiva que tenha sido realizada pela parte que resolveu o contrato em um período e formas adequados.

⁸⁵⁷ Em semelhança ao tratamento do PECL, os art. 3:702 e 3:706 do DCFR admitem, respectivamente, o *interesse positivo* como fundamento geral da medida das perdas danos e a utilização de uma compra substitutiva como forma de liquidação do prejuízo em caso de resolução.

⁸⁵⁸ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, pp. 1638-1639.

⁸⁵⁹ Ou seja, o trabalho não se volta a revisitar o problema da resolução e sim a trabalhá-lo à luz da questão indenizatória.

⁸⁶⁰ ASSIS, Araken. Dano positivo..., p. 125.

Em primeiro ponto, a afirmada contradição é depurada do efeito constitutivo negativo da resolução, o qual fundamenta tanto a liberação das partes como a restituição do quanto já tiver sido eventualmente prestado. Sob esse entendimento, não se poderia manter hígido o direito à prestação, ainda que pelo equivalente pecuniário.

O argumento dialoga de forma estreita com a *eficácia liberatória* da resolução, que se coloca como um segundo argumento em favor da limitação ao *interesse negativo*. Afirma-se que, liberando-se o contratante do cumprimento da prestação, não seria admissível a manutenção da exigibilidade do cumprimento da parte contrária.

Ao efeito liberatório adere-se a eficácia restitutória da resolução. Se o credor já realizou a sua contraprestação, terá (por vezes) direito à restituição daquilo que prestou. A resolução produzirá, nesses casos, efeito retroativo *ex tunc*; sua existência reforçaria a noção de retorno das partes ao *status quo ante* e também, por compatibilidade lógica, negaria o direcionamento *positivo* da indenização a ela cumulável.⁸⁶¹

Parte da doutrina – e da jurisprudência – vislumbra a resolução em analogia à desconstituição por invalidade e sua eficácia extintiva e de retorno ao estado anterior.⁸⁶² Essa ligação fundamentaria tanto o efeito liberatório como o restitutório, conformando o sentido do retorno das partes ao estado anterior. É, pois, um quarto argumento.

Por fim, destaca-se derradeira afirmação, que nada mais é do que a representação da aplicação de todas aquelas acima expostas. Afirma-se que, diante das peculiaridades do remédio resolutivo supramencionadas, haveria enriquecimento sem causa do credor que demandasse a indenização do *interesse positivo*, malgrado ter se liberado das suas obrigações e recebido (ou mantido consigo) a prestação que lhe cabia.

Nesse ponto, elucidativa a defesa que faz Judith Martins-Costa, no sentido de que a reparação do interesse positivo, “importaria em enriquecimento sem causa, pois o credor receberia o já pago e, cumulativamente, o lucro do negócio, podendo, ainda, retornar ao mercado e encontrar novo parceiro que oferecesse a chance de lucro almejada!”.⁸⁶³

A esses raciocínios, aqui expostos de maneira bastante geral, derivam ainda outros, como os que justificam a limitação indenizatória à escolha realizada pelo lesado (que poderia optar pela resolução com o *interesse negativo* ou pelo *cumprimento pelo equivalente* com o

⁸⁶¹ “A resolução põe fim retroativamente ao vínculo entre as partes e tudo se passa como se o contrato nunca tivesse sido celebrado. A tutela jurídica, agora, é voltada a restabelecer a situação em que as partes se encontravam antes de concluir o negócio”. (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação..., acesso pela RTOonline).

⁸⁶² ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 141

⁸⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual..., p 564.

interesse positivo)⁸⁶⁴ ou identificam as *perdas e danos* referidas no art. 475 CC àquelas resultantes da resolução em si, e não da falta de cumprimento.⁸⁶⁵

Lidas em conjunto ou isoladamente, é inegável que os argumentos doutrinários são bastante convincentes e, dir-se-ia, mesmo *sedutores*. Ainda que representem uma parcela majoritária da doutrina brasileira – e doutrina brasileira de qualidade indiscutível –, permite-se deles discordar, para se afirmar que não há qualquer incompatibilidade lógica em admitir a indenização pelo *interesse positivo* nos casos de resolução.

Ao contrário, não a admitir é que parece logicamente inadequado, na medida em que a função da resolução é tutelar a parte lesada pela falta de cumprimento. A ela não se impõe a necessidade de escolha ou de renúncia ao direito de se ver indenizada por utilizar o remédio resolutivo, ainda que a composição das *perdas e danos* possa ser diversa.

Defende-se, portanto, haver um “falso problema” de incompatibilidade da cumulação da resolução com a indenização do *interesse positivo*, cuja compreensão se realizada pela análise mais apurada das argumentações supra referenciadas.⁸⁶⁶

Na doutrina brasileira, é essa a defesa que faz Ruy Rosado de Aguiar Jr., certamente o jurista que mais profundamente se dedicou à defesa da cumulação da indenização pelo *interesse positivo* e a resolução.⁸⁶⁷ Menções à compatibilidade, porém sem efetiva verticalização, são encontradas também em Orlando Gomes⁸⁶⁸ e Gustavo Tepedino.⁸⁶⁹ Não se trata, pois, de uma defesa *a latere* da doutrina brasileira – e, como se verá, também da jurisprudência, que admite essa compatibilidade.

Para melhor verticalização do problema, propõe-se estudá-los de maneira isolada, ainda que se saiba que é sua compreensão em conjunto que conduz ao resultado final. A

⁸⁶⁴ Em defesa do caráter ilógico da indenização pelo *interesse positivo* no caso de resolução, vide a lição de Gisela Sampaio Cruz. Permite-se, contudo, discordar da autora, exatamente por se entender que nem sempre haverá uma efetiva *opção* (os remédios são interligados e dinâmicos), assim como que a utilização da resolução não se confunde com a desistência do negócio jurídico, a justifica igual desistência da indenização devida. (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes..., pp. 13-134).

⁸⁶⁵ Como a opinião (controvertida) de Pontes de Miranda (vide NR 880, *infra*).

⁸⁶⁶ Nesse ponto, defende-se posição diametralmente oposta àquele de Araken de Assis, para quem “colocar o parceiro lesado ‘na situação em que se encontraria caso o contrato tivesse sido exaurido pelo cumprimento, representa, às escâncaras, grave incongruência lógica” (ASSIS, Araken. Dano positivo e dano negativo na resolução do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 60, março 1994, p. 125).

⁸⁶⁷ AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., p. 266 e sg.

⁸⁶⁸ O autor admite, como já mencionado, que o cálculo a indenização devida conjuntamente à resolução seja medido pelo *método da diferença*, algo próprio do *interesse positivo*. GOMES, Orlando. Contratos..., p. 128. (Vide NR 521).

⁸⁶⁹ Com base em decisão da lavra do Ministro Ruy Rosado, afirmam os autores que “o STJ já teve oportunidade de explicitar que neste caso a indenização deverá contemplar o interesse positivo (...)”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil ..., vol. II, pp. 122-123).

distinção *ponto a ponto*, contudo, tem a interessante vantagem de permitir melhor verticalizar alguns aspectos do remédio resolutivo, nítido *efeito colateral* do estudo.

Para tanto, propõem-se ter em consideração duas questões a serem respondidas: a) qual o fundamento existente para admissão da resolução por falta de cumprimento no Direito brasileiro e como ele se reflete na configuração interna desse mecanismo? e b) é possível compatibilizar a reparação do *interesse positivo* com os efeitos liberatório e extintivo operados pelo remédio resolutivo?

4.1.1 Preliminarmente: a lógica que justifica o remédio resolutivo

A resolução por falta de cumprimento é típico remédio colocado à disposição da parte lesada. Seu efeito constitutivo negativo vem, com efeito, em favor do credor, não podendo ser confundido com uma sanção que lhe seja imposta pelo ordenamento jurídico. Ao contrário, se sanção há, essa se volta exclusivamente em desfavor do devedor.

É certo que a identificação da resolução como um *remédio* é algo bastante amplo. Em sentido largo, a noção poderia ser identificada a qualquer consequência corretiva, não limitada à proteção contra o descumprimento.⁸⁷⁰ Em um sentido mais estreito, aqui adotado, refere-se apenas às consequências aplicáveis à falta de cumprimento.⁸⁷¹

Essa última percepção evidencia que, não apenas o descumprimento é uma *situação patológica*, como que, contra ela, o Direito confere alguns remédios que atuam em favor do lesado e da satisfação (ou indenização) de seus *interesses*.

A compreensão é fundamental, pois coloca em evidência que o mecanismo resolutivo deve ser eficiente para a tutela contra o descumprimento. A resolução não é, pois, uma simples forma de extinção do vínculo contratual, mas um mecanismo eficiente para remediar a falta de cumprimento em favor da parte lesada.⁸⁷²

É justamente essa a razão pela qual o ordenamento permite a resolução *ao lado* da tutela de cumprimento pelo equivalente, deixando (ao menos *in abstracto*) à esfera decisória do credor a opção pelo remédio que melhor tutele seus interesses. São, portanto, idênticos os *interesses* protegidos por cada um desses remédios.

⁸⁷⁰ Assim o faz Vincenzo Roppo, trabalhando sob essa rubrica também hipóteses de invalidade. (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto...*, p.725 e sg).

⁸⁷¹ Assim, referindo-se aos remédios como sanções contra o descumprimento do contrato: ATIYAH, Patrick. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 416.

⁸⁷² Nesse sentido, afirma Felipe Sztajnbock: “(...) a resolução não é tão somente um meio de pôr fim ao contrato, mas sim um dos remédios aplicáveis às hipóteses de inadimplemento da obrigação, a fim de tutelar os interesses envolvidos na contratação”. (SZTAJNBOK, Felipe. *A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor na hipótese de inadimplemento culposos da obrigação*. Civilistica.com, p. 7).

4.1.2 Efeito constitutivo negativo: a resolução não afasta a ocorrência do descumprimento contratual

A resolução é forma de extinção do vínculo contratual, produzindo efeito constitutivo negativo. A afirmação não se confunde com eventual eficácia retroativa do remédio, a qual pode ou não ocorrer. Há, com efeito, resolução que opera efeitos retroativos (*ex tunc*) e outras que apenas extinguem o contrato com eficácia *ex nunc*.⁸⁷³

A resolução *ex nunc* se passa com bastante precisão em contratos de prestação continuada, como aqueles de locação ou de prestação de serviços, em que as prestações já realizadas são mantidas hígidas e o efeito extintivo ocorre a partir da resolução.

O efeito constitutivo negativo justifica também outras duas eficácias: a liberação das partes quanto ao cumprimento toda obrigação (*in natura*) ajustada⁸⁷⁴ - cabível em qualquer resolução, seja esse *ex tunc* ou *ex nunc* – bem como a eventual restituição do quanto já prestado, cabível exclusivamente nas resoluções *ex tunc*.⁸⁷⁵ Por ora, o enfoque é delimitado apenas à eficácia de desconstituição do vínculo.

Trata-se ele de efeito inegável da resolução, típica forma de extinção do vínculo contratual. Isso não importa afirmar, contudo, que pela resolução se apagaria por completo toda e qualquer eficácia decorrente do contrato. Especial atenção deve ser conferida à existência do descumprimento contratual, a qual não parece ser extinta (muito menos *sanada*) pela eficácia extintiva do vínculo.

Seria mesmo contraditório afirmar-se que a resolução pressupõe a ocorrência do descumprimento e que, com ela, esse mesmo cumprimento fosse extinto. Nesse sentido, elucidativa a lição de Gianroberto Villa, para quem a extinção não se presta à “purgação do inadimplemento”, mas à liberação das partes e a restituição do quanto já prestado.⁸⁷⁶

Dito de outra forma, a ocorrência do descumprimento e de seus efeitos não apenas se mantém, como devem ser remediados conjuntamente com a resolução. Aderindo-se à lição

⁸⁷³ A resolução pode afetar a relação de forma *ex tunc*, com efeitos retroativos, ou com eficácia *ex nunc*, sem desconstituição de efeitos pretéritos. Quanto a essa última, relevante doutrina prefere a adoção do termo *resilição* ainda que, novamente, não sem heterogeneidade. (AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., p. 64 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 331, § 4.246).

⁸⁷⁴ Assim entendido, a liberação das partes do cumprimento da obrigação significaria também a desconstituição do vínculo outrora existente entre elas. Nesse sentido, vide AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., p. 48.

⁸⁷⁵ Como bem sintetiza Catarina Monteiro Pires: “resolução do contrato visa um efeito liberatório, de caráter necessário, e um efeito recuperatório ou restitutivo, de caráter eventual, reservado aos casos em que haja prestações cumpridas”. (PIRES, Catarina Monteiro. Resolução..., acesso pela RTOonline).

⁸⁷⁶ VILLA, Gianroberto. Danno e risarcimento contrattuale. Milano: Giuffrè, 2014, p. 186.

de Ruy Rosado de Aguiar Jr., a resolução teria caráter nitidamente preventivo, prestando-se fundamentalmente a mitigar o risco do inadimplemento ao credor lesado.⁸⁷⁷

Isso permite afirmar que a resolução dissolve o vínculo, mas não o contrato. Da mesma forma, atua exclusivamente sobre os deveres primários de prestação mantendo, especialmente, aquele secundário de indenização pela falta de cumprimento – e, não menos importante, mantendo vigentes cláusulas contratuais referentes tanto à forma de solução de controvérsias, como ao próprio montante indenizatório (cláusula penal).

Em sentido (aparentemente) contrário ao aqui defendido, destaca-se a lição de Pontes de Miranda, para quem “a resolução é um *como se*”.⁸⁷⁸ Ou seja, teria como efeito primeiro apagar por completo o vínculo, admitindo-se tomá-lo como se não houvesse sido concluído.⁸⁷⁹ A partir dessa premissa, os danos reparáveis decorreriam da resolução.⁸⁸⁰

Com a devida vênia, não se poderia aderir nem à premissa nem à conclusão expostas, e aceitas por relevante doutrina.⁸⁸¹ E assim se faz a partir de uma leitura contextual da própria obra de Pontes de Miranda, a qual contém relevantes argumentos para mitigar um absolutismo da compreensão da eficácia extintiva da resolução.

Primeiramente, a compreensão do pensamento do tratadista pressupõe o entendimento de que todo e qualquer fato jurídico sempre produz uma eficácia mínima, a qual pode não corresponder à sua eficácia desejada.⁸⁸² Ela corresponde, justamente, à confirmação de que o fato jurídico existiu e adentrou ao mundo jurídico. Como afirma Baptista Machado, a resolução não impõe a conformação de um *a-contrato*.⁸⁸³

Deve-se ler, portanto, contextualmente a afirmação de Pontes de Miranda quanto à desconsideração de todo e qualquer efeito da resolução, máxime no que toca à suposta comparação com a inexistência (outrossim, afirma que a resolução é *como se não*

⁸⁷⁷ AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., pp. 49 e 50.

⁸⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXV, p. 307, § 3.086.

⁸⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual..., p. 563.

⁸⁸⁰ “São as perdas e danos que resultaram da resolução ou da rescisão”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXV, p. 344. § 3.091). Em entendimento contrário, vide a lição de Araken de Assis, aqui corroborado, para quem tanto a resolução por descumprimento, como a reparação por perdas e danos decorrem do inadimplemento. ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 144.

⁸⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual..., p. 565.

⁸⁸² “Se algum ato jurídico tem um efeito, já não é ele totalmente ineficaz”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo V, p. 7, § 507). O mesmo se poderia dizer, a partir da definição de eficácia e ineficácia de João Alberto Schützer Del Nero, que os compreende como a produção das “consequências típicas do modelo”. (DEL NERO, João Alberto Schützer del. Conversão substancial...p. 3). Em suma, não há uma ineficácia absoluta ou total, sendo o termo mais adequado para se referenciar à não produção do efeito próprio desejado pelo contrato.

⁸⁸³ “Muito menos ainda se poderá dizer que a resolução elimine de todo o próprio contrato e provoque o surgir de uma relação a-contratual” (BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos..., p. 182).

existisse).⁸⁸⁴ A relação contratual existiu, produziu seu efeito vinculante e, apesar de extinta por um fato superveniente, persistiu, diria Pontes, “embora sem irradiação”.⁸⁸⁵

Em segundo ponto, não se poderia deixar de notar que o suporte fático da resolução é composto pela *falta de cumprimento*, algo perceptível mesmo na doutrina *pontiana*, pois o uso do poder formativo extintivo pressupõe a sua ocorrência.

Em determinada passagem, aliás, o jurista afirma que se indenizam os danos sofridos como inadimplemento e conseqüente resolução ou rescisão; algo que, no mínimo, indicaria uma leitura restritiva da noção de extinção absoluto: outrossim, como indenizar danos havidos pelo inadimplemento se este restaria extinto com a resolução?⁸⁸⁶

Nesse sentido, e compondo um terceiro ponto de leitura crítica da afirmação do tratadista, a própria possibilidade de indenização de danos parece vincular-se ao chamado *efeito mínimo* do contrato, justificando que não há um total apagamento de seus efeitos. O que se extingue é o vínculo, mas não efetivamente o contrato. Trata-se, aliás, de uma percepção condizente à compreensão da obrigação como processo dinâmico.⁸⁸⁷

Por fim, derradeiro argumento a colocar em dúvida a compreensão absoluta da extinção do contrato, corresponde ao fato de que, apesar de Pontes de Miranda sustentar em inúmeras passagens que a indenização conjunta à resolução seja direcionada ao *interesse negativo*, admite expressamente que, no Direito brasileiro, não há qualquer incompatibilidade da indenização também do *interesse positivo*. Senão, vejamos.

Não se desconhece a defesa que o autor faz quanto à indenização do *interesse negativo*, chegando a afirmar, ao se referir ao parágrafo único do art. 1.092 CC/1916 que “é como se estivesse escrito: o devedor há de prestar o interesse negativo, que provenha da resolução ou da rescisão”. Para ele, esses danos corresponderiam àqueles sofridos por ter se tornado sem efeito aquilo que se queria com efeito (ou seja, pela resolução).⁸⁸⁸

O dispositivo é análogo àquele do art. 475 CC, com uma diferença que não poderia passar despercebida. No atual Código, o direito às perdas e danos é comum à resolução do contrato e à demanda de cumprimento, sem qualquer distinção legislativa expressa.

⁸⁸⁴ Melhor seria, como bem adverte Gabriel Furtado, interpretar a afirmação de Pontes de Miranda a partir do plano da ineficácia (e parece ser justamente essa a única interpretação cabível em uma leitura contextual de sua obra). Embora se concorde com a afirmação, deve-se ter em vista que a resolução não atinge toda a eficácia contratual. Vide FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora...*, pp. 20-21.

⁸⁸⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 348 § 3.091.

⁸⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXV, p. 344 § 3.091.

⁸⁸⁷ Nesse sentido, Ruy Rosado de AGUIAR JR é bastante claro em afirmar que “a resolução *não extingue o contrato, mas tão-só a relação obrigacional* atingida pelo descumprimento”. (AGUIAR JR. Ruy Rosado. *Extinção...*, p. 39).

⁸⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, Tomo XXV, pp. 344 e 345 § 3.091.

Embora a simples menção conjunta não indique a necessidade de idêntica configuração das *perdas e danos*, entende-se que se trata de um argumento a mais para justificar que não há distinção quanto ao direcionamento da pretensão nos casos de manutenção do contrato (cumprimento) ou de extinção (resolução).⁸⁸⁹

Sob o ponto de vista teleológico, ambos os remédios possuem a mesma função (*i.e.* a tutela contra o descumprimento), não se podendo afirmar haver efetiva *alternatividade* se suas consequências forem diametralmente opostas.

Note-se que Pontes de Miranda, após a enérgica defesa da indenização do *interesse negativo*, afirma, de modo sutil, que “à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o interesse negativo e o positivo (...) o que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado”.⁸⁹⁰ Ou seja, admite a indenização também do *interesse positivo* em caso de resolução.

Como bem reconhece Judith Martins-Costa, a menção “ao que se deixou de lucrar” não é por si só ilustrativa de que a indenização dirija-se ao *interesse positivo*, uma vez que também é adequada ao *interesse negativo*.⁸⁹¹ Não é esse, porém, o sentido que lhe confere, nesse contexto específico, Pontes de Miranda. Ele tem em atenção o que se deixou de lucrar com aquele contrato que se resolveu – e, portanto, refere-se ao *interesse positivo* – como se infere da seguinte passagem: “toma-se por base, por exemplo, o que valeria *no momento da prestação da indenização*, o bem a ser prestado”.⁸⁹²

Ainda que essa admissão seja feita pelo tratadista de modo um tanto lacônico, é verdade, ela impõe que não se deva ou possa interpretar a sua afirmação do “*como se*” de forma absoluta. Afinal, uma interpretação absoluta seria incompatível com a afirmação quanto à manutenção do direito à indenização do *interesse positivo*.

⁸⁸⁹ Nesse mesmo sentido, no Direito português, vide a elucidativa lição de Vaz Serra, ao se contrapor à indenização limitada ao *interesse negativo*: “se assim não fosse, dependeriam de se escolher um ou outro meio resultados económicos muito diferentes, quando o valor destes deve ser sensivelmente o mesmo”. (VAZ SERRA, Adriano. Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor. In: Boletim do Ministério da Justiça. nº 47. Março 1955, Lisboa, p. 40). E, na Itália, a lição de Gianroberto Villa, para quem o art. 1.453 do *Codice Civile* – equivalente ao art. 475 CC – coloca no mesmo plano o direito do credor de exigir o cumprimento ou, alternativamente, a resolução do contrato. Para o jurista, essa configuração tornaria claro que as formas de tutela devem ser equivalentes, ambas se voltando à tutela dos resultados económicos esperados com o contrato. (VILLA, Gianroberto. Danno..., p. 186). Também se poderia fazer referência ao regramento internacional constante nos Princípios Unidroit, na CISG e no PECL, em que os *damages* são trabalhados em dispositivos únicos, referentes a diversas hipóteses nos quais venham aplicados. Ou seja, não há distinção da *função* por eles exercida.

⁸⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 340 § 4.146.

⁸⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários..., 2009, p. 490, NR 94.

⁸⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 340 § 4.146.

Isso também coloca em xeque a identificação que Pontes de Miranda faz quanto ao fato de que os danos reparáveis seriam causados pela resolução em si e não pela falta de cumprimento – ao contrário, são estes que são indenizáveis; até mesmo porque, nas suas palavras, “o *valor* que há de cobrir os danos tem de ser o do adimplemento”.⁸⁹³

É imperioso reconhecer que a indenização pelo *interesse no cumprimento* somente se justifica na medida em que reconheça que, malgrado a resolução, o descumprimento contratual permaneça e seja esse a medida dos danos havidos conjuntamente com a resolução. A ligação dos danos ao descumprimento, e não à resolução em si, é admitida inclusive pela doutrina que sustenta a indenização voltada ao *interesse negativo*.

Dito isso, o argumento da eficácia extintiva não se mostra suficiente para negar a compatibilidade da indenização voltada ao *interesse positivo* no caso de resolução do contrato. A extinção do vínculo determinada pela resolução não é absoluta, não apagando os efeitos e nem mesmo a afirmação quanto à ocorrência do descumprimento.

4.1.3 Efeito liberatório e restitutivo: independência em relação à tutela indenizatória

De forma simbiótica à eficácia constitutiva negativa da resolução, operam-se os efeitos liberatório e restitutivo. Por eles, há liberação das partes quanto ao cumprimento da obrigação ajustada e, se essa já houve sido prestada, a exigibilidade da restituição fundada no remédio resolutivo (e não no enriquecimento sem causa).⁸⁹⁴

A razão que justifica a existência de ambos os efeitos é comum. Se o credor está impossibilitado de receber a prestação que lhe é devida, não é mais obrigado a cumprir a sua contraprestação.⁸⁹⁵ Ele se funda na proteção ao sinalagma, na medida em que só a corresponsabilidade das prestações justificaria a manutenção coercitiva do contrato.⁸⁹⁶

⁸⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 340 § 4.146.

⁸⁹⁴ Como se disse, contudo, o efeito restitutivo poderá não existir, dada as características próprias do contrato. Máxime naqueles de execução continuada, a resolução por falta de cumprimento poderá importar apenas a liberação *ex nunc*, sem que haja efeito retroativo do quanto já prestado. A eficácia liberatória é, contudo, sempre presente.

⁸⁹⁵ Assim, por exemplo a lição de Custódio Miranda, no sentido de que a resolução tutela o sinalagma, ou seja, a corresponsabilidade das prestações. Não haveria sentido para a parte permanecesse sujeita ao vínculo estabelecido na hipótese de falta de cumprimento. (MIRANDA, Custódio de Piedade. Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 423-425).

⁸⁹⁶ Isso não importa, contudo, negar-se ao credor a possibilidade de manter a sua contraprestação e exigir a satisfação de seus interesses pelo equivalente pecuniário. A possibilidade é expressamente reconhecida no que toca à impossibilidade nas obrigações de dar (art. 234 CC), sendo também a única interpretação que justificaria a existência do chamado *cumprimento pelo equivalente* no Direito brasileiro.

A liberação do cumprimento e a restituição do quanto já cumprido são importantes mecanismos em favor do *interesse* do credor e representam, com efeito, a principal vantagem existente no remédio resolutivo. Isso porque mitigam o risco do descumprimento e, especialmente, da manutenção da prestação a cargo do credor.

Veja-se, por exemplo, a nítida vantagem do caráter liberatório quando for possível contratar um terceiro para cumprimento da obrigação ajustada, circunstância que se mostra eficiente à tutela contra o descumprimento em favor do credor lesado. Ao contrário, manter o credor vinculado significaria, muitas vezes, incrementar o dano causado pela falta de cumprimento do contrato, situação que muitas vezes irá perdurar.

Liberação e restituição são duas faces de uma mesma moeda, atuando em relação às prestações ainda não cumpridas e aquelas que já se cumpriram. Ambos atingem credor e devedor, indistintamente. São, portanto, eficácias recíprocas que, conquanto possam ser uma *vantagem* em favor do credor, não se confundem com a indenização.

Isso permite lançar dúvidas sobre o alcance da afirmação de que a resolução, com sua eficácia liberatória e restitutória, dirigir-se-ia à recolocação da parte no estado anterior à formação do que contratou, ou seja, no *status quo ante*.

De plano, pode-se afirmar que a resolução nem sempre opera efeitos retroativos, podendo haver simples liberação, sem retroatividade. Afirmar um retorno ao *status quo* seria, nesses casos, no mínimo contestável. Mas, ainda quando existente a eficácia retroativa, ela não parece ela ser suficiente para qualificar a resolução como um todo sendo, antes, restrita apenas a um de seus efeitos. Explica-se.

Ocorrida a resolução, abre-se a configuração de uma *relação de liquidação*, pela qual se opera a *liberação* das partes, a *restituição* do quanto já prestado bem como a *indenização* dos danos causados, nos termos do art. 475 CC.⁸⁹⁷

É discutida a qualificação dessa relação de liquidação. Para aqueles que defendem a extinção total do vínculo, ela surge com a própria resolução; para outros, ela seria um prolongamento da obrigação, atingindo apenas o vínculo originário, e não o contrato.⁸⁹⁸ Adere-se a essa segunda opção, como acima justificado.

De toda sorte, e independentemente da orientação seguida, é imprescindível anotar que são três os elementos que compõem a relação de liquidação: a liberação das partes, a

⁸⁹⁷ AGUIAR JR. Ruy Rosado. Extinção..., p. 258.

⁸⁹⁸ Assim, por exemplo, a doutrina de MOTA PINTO, Carlos Alberto. Cessão..., p. 412.

restituição da prestação e contraprestação e a indenização. Tecnicamente, apenas e tão somente a restituição – a qual nem sempre é existente – é que se volta ao *status quo*.

É, portanto, imprescindível distinguir a eficácia restitutória daquela indenizatória.⁸⁹⁹ A primeira não se presta a indenizar, mas, antes, a dar eficácia à liberação das partes quanto ao cumprimento de suas obrigações sinalagmáticas. Tanto isso é verdade que a simples desconstituição dos efeitos não é suficiente para indenizar o contratante dos prejuízos sofridos, determinando-se a reparação de *perdas e danos*.

A existência dessa diferenciação é assente mesmo entre os doutrinadores que defendem a limitação da indenização ao *interesse negativo*. É a lição, por exemplo, de Araken de Assis, ao afirmar a necessidade de cumulação sucessiva dos pedidos restitutivo e indenizatório.⁹⁰⁰ Para o mestre gaúcho, além de se restituírem as partes ao estado anterior, também se indenizam danos (limitados ao *interesse negativo*).

Em defesa da conclusão também se poderia argumentar que a restituição é cabível mesmo quando a resolução não decorra da falta de cumprimento, como no caso de resolução *ex lege* por impossibilidade não imputável da prestação.⁹⁰¹ E, não menos relevante, pelo fato de que atinge indistintamente o credor lesado e o devedor faltoso.

É incontestado, portanto, que a simples liberação ou restituição não produz efeitos indenizatório diretos: “a simples restituição do que se pagou não basta”.⁹⁰² Nada obstante, a poderá produzir efeito indenizatório indiretamente, especialmente porque “por virtude da obrigação de restituição, a situação em que o lesado fica é menos distante daquela em que estaria, sem o evento lesivo, do que se não tivesse direito à restituição”.⁹⁰³

A questão foi analisada detidamente no julgamento de Recurso Especial 151.175/DF pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰⁴ O inteiro teor dos votos traz uma frutuosa discussão entre os Ministros sobre o alcance e a função da restituição das prestações pagas pelo comprador, em caso de resolução por atraso na entrega de imóvel.

⁸⁹⁹ Há uma ligação entre reparação e restituição, porém não uma simbiose. Diferentemente do *common law*, em que se admite um *restitution interest* no sentido de dano (existente já na proposição de Fuller e Perdue), o Direito brasileiro não parece permiti-lo.

⁹⁰⁰ ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 145.

⁹⁰¹ “(...) O promitente vendedor devolve o preço e o promitente comprador devolve a coisa ocupada, como consequência natural da resolução e independentemente de pedido expresso da parte, ou de culpa de quem quer que seja.” (TJSP, Ap. Civ. nº 35413-78.2012.8.26.0576. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 03/11/2015, grifou-se).

⁹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXV, p. 344 § 3.091.

⁹⁰³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1003.

⁹⁰⁴ STJ, REsp 151.175/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 12/04/1999, p. 115, REPDJ 06/09/1999, p. 79, o excerto citado foi retirado do voto do Ministro Costa Leite.

Na origem, e conforme consta do acórdão do STJ, ao comprador foi negado direito à indenização por lucros cessantes pela não entrega do imóvel, sob argumento de que a resolução se volta ao *status quo*, sendo remediada com a devolução das parcelas. Trata-se de entendimento encontrado em uma série de julgamentos sobre a resolução os quais, direta ou indiretamente, referenciam-se à restituição das parcelas pagas pelo comprador como uma espécie de indenização pela falta de cumprimento.⁹⁰⁵

Ao analisar a controvérsia, os Ministros acabaram por concluir que, “para a total reparação do prejuízo resultante do inadimplemento contratual, não basta a restituição das parcelas pagas”.⁹⁰⁶ Ao lado da restituição, conferiram ao comprador lesado a indenização pelos *lucros cessantes*, correspondentes ao valor de aluguel desde a data em que o imóvel teria sido entregue. Em outras palavras, indenização (parcial) pelo *interesse positivo*.

A decisão sublinha que a restituição ao *status quo* limita-se à devolução da prestação e da contraprestação, ou seja, ao efeito restitutivo estrito fomentado da resolução por falta de cumprimento – e não pelo enriquecimento sem causa. Não há dúvidas que esse efeito se dirige a um estado anterior. O que se questiona, aqui, é a adequação de se afirmar, a partir disso, que a indenização devida também deve (de forma necessária) dirigir-se ao *status quo* e, assim, corresponder ao *interesse negativo*.

Em outras palavras: há fundamento suficiente para impor o direcionamento *a quo* da relação de liquidação, pelo fato de que um de seus elementos (a restituição) seja assim direcionado? A resposta, entende-se, há de ser negativa.

Considerando os argumentos até aqui expostos, a afirmação de que a indenização se dirige ao *interesse negativo* com base na eficácia retroativa da restituição significa tomar uma parte como qualificadora do todo, desconsiderando a nítida distinção existente entre a tutela da restituição e da indenização devida.

Esse resultado, além de discutível do ponto de vista dogmático, também teria o inconveniente de transformar a utilização do remédio resolutivo em uma sanção em desfavor do credor que, não obstante já ter sido atingido pela falta de cumprimento, veria a indenização à qual faz jus injustamente subtraída, sem que tenha a ela renunciado.

⁹⁰⁵ Assim, por exemplo, julgado da Corte Paulista, entendendo que a resolução de um contrato de prestação de serviços de informática, descumprido pelo prestador, ensejaria apenas a devolução das parcelas e não o ressarcimento do preço a maior pago a terceiro. (TJSP, Ap. Cív. nº 9120164.31.2006.8.26.0000, nº Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/06/2011; Data de registro: 28/07/2011).

⁹⁰⁶ Excerto retirado do voto do Ministro Costa Leite, constante do inteiro teor.

A reparação do *interesse negativo* não corresponde à função precípua do remédio resolutivo e também não corresponde às consequências *diretas* e *imediatas* da falta de cumprimento, sendo esse (e não a resolução!) o *evento lesivo*.

Dito isso, defende-se que o resultado final da *relação de liquidação* não se confunde com a qualificação individual de apenas um de seus elementos. Ao contrário, ele se direciona à tutela contra o descumprimento do contrato e, assim, um *status ad quem*. Nas palavras de Paulo Mota Pinto, não há ao lesado “(...) *alternativa de ter de renunciar à sua contraprestação já realizada ou ao lucro cessante do negócio*”.⁹⁰⁷

Essa percepção do problema importa compreender o efeito restitutório (ou liberatório, quando não houver sido cumprida a prestação por parte do credor lesado) como medida preventiva de salvaguarda contra o descumprimento, e não como critério preponderante para a definição do direcionamento da indenização devida ao lesado.

E, isso demonstrado, há de se afastar também a possível analogia entre os efeitos da resolução e aquele decorrente da invalidade do contrato. Trata-se de uma aproximação que, além de não encontrar respaldo expresso legal, conduzir a resultados indesejados.

4.1.4 A incompatibilidade de recurso à equiparação entre resolução e invalidade

A adequada compreensão do remédio resolutivo, em especial em atenção à leitura limitada da afirmação quanto ao seu direcionamento ao *status quo ante* – algo que, como visto no tópico anterior, entende-se equivocado – deve ser complementada pela análise da equiparação entre os efeitos da resolução e aqueles da invalidação do negócio jurídico.

Embora o Direito brasileiro não faça remissão expressa à aplicação por analogia da regra do art. 182 CC à hipótese de resolução – diferentemente da regra constante do Código Civil português⁹⁰⁸ –, é incontestável que a equiparação é realizada também por relevante

⁹⁰⁷ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1654.

⁹⁰⁸ Art. 433º Código Civil português: “ (Efeitos entre as partes) Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes”. A equiparação dos efeitos é tratada por António Pinto Monteiro quando do estudo da eficácia restitutória da resolução. Afirma o jurista português, contudo, que é possível não haver eficácia retroativa na resolução de contratos de execução continuada ou se isso contrariar a vontade das partes. (PINTO MONTEIRO, António. Dívidas de valor e restituição do preço em caso de invalidade ou de resolução do contrato. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. I. Responsabilidade entre o passado e o futuro. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Iuridica, 2012, p. 529).

doutrina brasileira⁹⁰⁹, bem como na jurisprudência nacional.⁹¹⁰ Entende-se, contudo, que as hipóteses são inconfundíveis.

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.⁹¹¹

Nesse sentido, adere-se ao entendimento exarado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo ao afirmar, sobre a resolução e a invalidação: “são institutos distintos, constituídos de elementos diferentes e com diversas consequências.”⁹¹² 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.⁹¹³

Embora o dispositivo se refira à “indenização pelo equivalente”, 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.

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. Não por acaso, foi o que afastou o estudo dessas hipóteses no âmbito da tese

⁹⁰⁹ ASSIS, Araken de. Resolução..., p. 144. E, sem mencionar uma equiparação, mas aplicando o disposto no art. 182 CC por semelhança, ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação... acesso pela RTOOnline.

⁹¹⁰ Referindo-se à resolução, na própria ementa como “negócio jurídico anulado”, vide STJ, AgRg no AREsp 486.194/BA, Rel. Ministro Marco Aurelio Belizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 14/08/2015.

⁹¹¹ Defendendo a incompatibilidade das soluções, vide GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In: Revista de Direito Privado. Vol. 63/2015, pp. 33-58. Jun/Set 2015. São Paulo: RT, acesso pela RTOOnline.

⁹¹² STJ, REsp 10.620/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25/02/1992, DJ 20/04/1992, p. 5256.

⁹¹³ Em sentido contrário, compreendendo que o art. 182 CC é a base no Direito brasileiro para defesa do indenização do interesse negativo na invalidade – tema que, como já justificado, é muito mais amplo do que esse próprio dispositivo e, por isso, não estudado – vide a lição já mencionada de Dário Moura Vicente, (NR 319) bem como de Francisco Medina, extraível da passagem em que vincula a nulidade à reparação do interesse negativo, afirmando que essa seria extraível no Direito brasileiro do art. 182, CC, por analogia. (MEDINA, Francisco Sabadin. Negócio jurídico..., acesso pela RTOOnline).

4.1.5 A inexistência de enriquecimento sem causa: a compensação entre prestação, contraprestação e o efeito restitutivo (*método da diferença*)

Por fim, um último argumento que merece analisado diz respeito à proibição de enriquecimento sem causa em favor do credor que, resolvendo o contrato, mantém o direito ao lucro (ou à vantagem) que dele resultaria. Não há dúvidas de que a situação de enriquecimento deva ser obstada, aderindo-se à premissa que a proíbe.

Diferentemente dos argumentos supra referenciados, a proibição do enriquecimento sem causa não repousa propriamente em uma contradição lógica, mas sim no alcance conferido à indenização do *interesse positivo*. Há de se rememorar o caráter flexível da composição de indenização de *perdas e danos* (item 2.2.3, Capítulo 4).

Como anteriormente trabalhado, a composição do *interesse positivo* não é rígida, conquanto a sua finalidade seja unitária e unidirecional: recolocar o lesado na situação em que estaria se o contrato houvesse sido cumprido. Pode-se fazê-lo por diversas formas.

O credor lesado que se libera do dever de contraprestar, ou que pode obter a restituição do que já prestou, não tem o direito de exigir o *equivalente à prestação* descumprida, na medida em que carente o elemento sinalagmático. Pode, contudo, exigir a satisfação do *equivalente* aos prejuízos sofridos, o que é algo diverso.

A noção de *interesse positivo* não parece ser adequadamente vinculada à ideia de um mero substitutivo da prestação descumprida, conquanto seja esse um importante elemento de sua composição. Ele representa, antes, a *situação hipotética* sem o dano, a qual pode ou não ser constituída pelo equivalente à prestação que ficou por satisfazer.

À primeira vista, é mesmo intuitivo identificar essa ao *cumprimento pelo equivalente*, ou seja, a um valor que se sub-roga ao valor da prestação descumprida. Assim entendidas as *perdas e danos* compensatórias não há dúvidas que seriam elas incompatíveis com o remédio resolutivo, importando enriquecimento sem causa.

Assim sustentam, por exemplo, Araken de Assis e Judith Martins-Costa, afirmando o caráter impróprio de se conferir ao lesado a indenização substitutiva da prestação e, ao mesmo tempo, desvinculá-lo do cumprimento do pacto.⁹¹⁴ Essa situação indesejada, contudo, pode ser contornada pela composição da indenização devida.

⁹¹⁴ É inteiramente correta a afirmação de Judith Martins-Costa quanto à proibição do credor de receber o que já prestou e ainda assim exigir o equivalente da prestação à qual fazia direito. (MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual..., p. 565).

Isso porque o chamado *cumprimento pelo equivalente*, no qual a reparação de danos é medida pelo *método da sub-rogação*, não corresponde à única forma de composição das chamadas *perdas e danos* compensatórias. É possível que o mesmo resultado final seja obtido pelo chamado *método da diferença*, o qual leva em consideração uma compensação entre prestação e contraprestação.

Por ele, a indenização é prestada por uma diferença, a qual corresponde ao dano causado. Em sua composição, levam-se em consideração a diferença existente entre o que representaria para o lesado o cumprimento da prestação (ou seja, o cálculo do *cumprimento pelo equivalente*) descontado do montante equivalente à contraprestação.

Uma vez realizada essa operação de liquidação, não se poderia sustentar haver enriquecimento sem causa, pois o valor da contraprestação devida (e mantida com o credor), é levada em consideração para o cálculo do prejuízo sofrido.

Assim, por exemplo, afirma Orlando Gomes que, no caso de resolução contratual, “a obrigação de indenizar regula-se, na sua liquidação, pelos princípios traçados na *Differenztheorie*, segundo as quais se calculam pela diferença entre o valor da prestação e a contraprestação que se tornou inexigível”.⁹¹⁵ É incontestável que essa forma de cálculo se volta a favor da manutenção do *interesse positivo*.⁹¹⁶

E, como se verá com maior rigor abaixo, o método é admitido por grande parte da jurisprudência, especialmente aquela do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente confere ao credor lesado a indenização pela diferença entre o preço do contrato e o preço atual do bem adquirido, e não entregue no caso de resolução de compra e venda.⁹¹⁷

Poder-se-ia argumentar que o cálculo dessa diferença seja, na prática, um tanto complexo, dificultando a liquidação dos prejuízos. Essas são, contudo, dificuldades comuns à quantificação do *equivalente ao cumprimento*, anteriormente estudadas, confundindo-se com a liquidação do próprio *interesse positivo* ou do *dano contratual*.⁹¹⁸

⁹¹⁵ GOMES, Orlando. Contratos..., p. 211.

⁹¹⁶ Seria possível, em tese, afirmar-se que o *método da diferença* poderia ser utilizado para cálculo do *interesse negativo*, comparando-se o lucro esperado pelo contrato alternativo obstado. Não é esse, contudo o sentido da afirmação do doutrinador.

⁹¹⁷ Vide a análise de jurisprudência realizada no item 4.3, *infra*.

⁹¹⁸ Vide item 2.2, Capítulo 4. Dificuldades de liquidação do lucro contratual são mencionadas em inúmeros julgados. A título exemplificativo, vide decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Tratava-se de discussão envolvendo contrato de parceria em que o parceiro proprietário imputava ao parceiro empreendedor a responsabilidade pela resolução do contrato, sem que nada houvesse sido erguido no terreno de sua propriedade. A título de lucros cessantes, pedia o pagamento do lucro que teria com a venda das unidades que deveriam ter sido construídas. Para a Corte paulista, “a importância que seria auferida com a venda dos lotes de terreno são apenas probabilidades futuras. O ganho com a comercialização dos lotes que nem foram implantados, poderiam (sic) ou não ocorrer”. (TJSP, Ap. Cív. nº 0112651-20.2010.8.26.0100. Relator (a): Luiz

Trata-se de uma questão (ou mesmo de um *problema*) ainda em aberto no Direito brasileiro, uma vez que não existem parâmetros seguros para o cálculo do equivalente (se abstrato ou concreto), ou mesmo quanto ao termo aplicável para sua quantificação (data do descumprimento, do ajuizamento da demanda, da condenação ou do pagamento?).

Se a afirmação da indenização do *interesse positivo* não a soluciona por completo, ao menos indica a sua existência, permitindo o fechamento do sistema pela noção de comparação à *situação em que o lesado deveria estar*, no momento do cálculo.

A peculiaridade aqui existente refere-se ao fato de que, compondo-se a *relação de liquidação* três eficácias distintas (as quais podem ou não vir em conjunto) – quais sejam, liberatória, restitutória e indenizatória – todas elas devem ser analisadas para a composição dos danos causados pela falta de cumprimento.

Assim, não basta calcular o *equivalente ao cumprimento*, como também o montante da contraprestação ajustada. Se essa for devida em pecúnia, não há maiores dificuldades. Se *in natura*, será necessário realizar uma nova operação de conversão, entende-se que pelos mesmos critérios admitidos para o cálculo do *cumprimento*.

O mesmo raciocínio é aplicável à restituição da prestação já entregue, sendo que o seu montante deve ser compensado para cálculo dos prejuízos causados pela falta de cumprimento. Dito isso, é necessário não apenas levar em consideração o bem restituído, como também avaliar a ambos segundo os parâmetros utilizados para a definição do montante da prestação e contraprestação.⁹¹⁹ Tratam-se, pois, de *dívidas de valor*.⁹²⁰

Isso justifica a afirmação de Judith Martins-Costa, que se coloca contrária à possibilidade de que o credor possa demandar o cumprimento e ao mesmo tempo manter consigo a sua contraprestação que, recolocada no mercado, o permitirá satisfazer as vantagens que esperava com o contrato.⁹²¹ Não há dúvidas de que o resultado é *contrário* ao Direito, na medida em que se trata de um *lucro adiado* e não propriamente *obstado*.

Ambra; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 31/07/2015; Data de registro: 31/07/2015).

⁹¹⁹ Já entendeu o Superior Tribunal de Justiça que, não sendo possível a devolução do bem *in natura*, deve ser restituído pelo equivalente pecuniário medido pelo valor atual do imóvel, e não pelo valor constante da escritura pública de compra e venda: “Rescindido o contrato celebrado visando à construção de “shopping center”, a indenização devida a título de danos emergentes deverá corresponder ao valor atualizado do lote e não àquele constante da escritura pública lavrada à época do negócio jurídico, sob pena de não se atender à necessidade de recomposição efetiva da perda patrimonial experimentada”. (STJ, REsp 1003429/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 26/05/2009).

⁹²⁰ Elucidativa as provocações de António Pinto Monteiro, indicando que, também em Portugal, o tema é lacunoso: PINTO MONTEIRO, António. Dívidas de valor..., p. 530.

⁹²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual..., p. 564.

Se o lesado manteve consigo o bem (seja porque *liberou-se* da prestação, seja porque essa lhe foi *restituída*), o seu valor deve ser considerado no cálculo do prejuízo sofrido com a falta de cumprimento. O que não parece adequado, contudo, e reafirmando a distinção afirmada entre *restituição* e *indenização*, é pressupor sua identificação.

Nem sempre a devolução do bem manterá ao credor a possibilidade de obtenção integral do lucro contratual que se esperava com a venda. No caso da compra e venda de imóveis, é bem verdade, esse resultado pode ser verdadeiro, pois, em regra, há valorização. Mas, na generalidade dos casos, o tempo vem contra os interesses do credor.

Eventual efeito indenizatório da restituição será, contudo, nitidamente excepcional. E a existência de exceções servem para confirmar a regra geral. Essa é, com efeito, correspondente à impossibilidade de compreender a restituição com o uma forma da indenização de prejuízos, conquanto seja ela uma vantagem em favor do credor lesado.

Eventuais dificuldades para cálculo do *dano contratual* não poderiam ser utilizadas como subterfúgio para justificar a delimitação da indenização devida ao *interesse negativo*. E, além dos argumentos supra, isso se justifica também por uma razão bastante simples: a mesma dificuldade existente para cálculo da vantagem contratual seria existente para definição de uma vantagem que se obteria em um contrato alternativo.

Nesse contexto, colocar-se-ia ao lesado uma limitação indenizatória que lhe poderia trazer ainda maiores dificuldades na quantificação do seu prejuízo pois, a despeito de não poder calcular a vantagem esperada com o contrato que firmou, teria de comprovar a existência de um contrato substitutivo para exigir a indenização do *interesse negativo*.⁹²²

Por via reversa, a ele se imporia uma dupla limitação. Primeiro porque deixar de obter a reparação dos danos causados pela falta de cumprimento (que, por essência o *interesse positivo* ou o *interesse no cumprimento*) e, em segundo, porque seus danos ficariam restritos àqueles *danos emergentes* que pudesse comprovar.

⁹²² TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. In: Rivista di Diritto Civile. Anno XLVIII. n. 5 Settembre-Ottobre, 2002. Padova: Cedam, p. 640.

4.2 O Direito comparado: nítida tendência da afirmação da compatibilidade no âmbito do Direito comparado

A plena compatibilidade da indenização pela resolução e o *interesse positivo* – admissível no Brasil conforme se sustentou acima – corresponde ao que se poderia chamar de tendência doutrinária e legislativa no Direito comparado.

Pode-se qualificá-la como sedimentada no Direito alemão e na CISG, além de nitidamente majoritária no Direito italiano. Em Portugal, por sua vez, em grande parte pela equiparação legal existente entre a resolução e a invalidação, a doutrina é ainda dividida, denotando-se a defesa mais atual pela superação do entendimento restritivo.

Sem pretender efetuar uma leitura exauriente desses ordenamentos, um sobrevoo sobre seus principais argumentos é relevante no sentido de fomentar uma releitura quanto à função da resolução por falta e cumprimento, nos termos acima defendidos.

Na Alemanha, a Reforma do Direito das Obrigações acabou por alterar radicalmente o remédio resolutivo. A indenização dos danos, que antes era expressamente proibida pelo legislador, passou a ser admitida na nova redação do § 325 BGB.⁹²³ A partir dele, e sem maiores controvérsias, a indenização devida vem *no lugar da prestação*.

A indenização será devida pela *diferença* entre o que resultaria ao credor do cumprimento da obrigação (ou seja, o *cumprimento pelo equivalente*) e a contraprestação que a ele tocava. Há discussões ainda em aberto quanto à possibilidade de cálculo abstrato ou concreto dessa diferença⁹²⁴ – o que, em verdade, vincula-se à própria quantificação do *equivalente* – mas é, contudo, indiscutível o direcionamento *positivo* da indenização.

Conforme já se trabalhou acima (item 2.2.3, Capítulo 4), os alemães acabaram por desenvolver o *método da diferença* exatamente diante da limitação da indenização por dano cumulada com a resolução. Permitia-se, antes mesmo da Reforma, que o lesado pudesse “manter” o contrato e liquidar a indenização pela diferença entre prestação e contraprestação. Com isso, obter-se-ia resultado análogo à resolução.

A opção não igualava ambas as hipóteses porque, sendo necessária a restituição da prestação (ou seja, nos casos em que ela já houvesse sido prestada), o simples *método da diferença* não seria adequado. Neles, seria necessário lançar mão do remédio resolutivo e, com isso, da limitação indenizatória outrora existente.

⁹²³ Vide NR 516.

⁹²⁴ KNÜTEL, Christian. Die Schwächen..., pp. 556-557.

Embora a solução alemã quanto à manutenção do contrato com a indenização da diferença, seja peculiar, é fato que ela coloca assento sobre o afirmado caráter *cinzento* da distinção do *cumprimento pelo equivalente* e da *resolução*, anteriormente afirmado, máxime quando possível a *compensação* das prestações devidas.

É também peculiar que, antes da Reforma, e apesar da redução expressa no sentido de afastar a indenização devida em caso de resolução, parte da doutrina alemã entendia cabível a reparação do *interesse negativo*. Assim se fazia compreendendo-se a limitação legal à proibição dos danos *de cumprimento*, os quais não se confundem com os de *confiança* tuteláveis pelo *interesse negativo* e independentes da existência do contrato.⁹²⁵

A Reforma foi também responsável por inserir no Direito alemão a possibilidade de que, na responsabilidade contratual, o lesado opte por ser indenizado das despesas realizadas na expectativa do cumprimento, e que não vieram a ser satisfeitas ante o não cumprimento. A hipótese, prevista no § 284 BGB correspondente a uma interessante forma de cálculo do *interesse positivo* (e não do *negativo*!), que será abaixo estudada.⁹²⁶

Na Itália, por sua vez, embora não se negue a existência de vozes contrárias à reparação do *interesse positivo*, a doutrina mais atual tem reconhecido a adequação desse resultado, sendo o entendimento hoje majoritário.⁹²⁷ Em verdade, verifica-se que os desenvolvimentos italianos foram em um primeiro momento negativos da possibilidade de cumulação para, paulatinamente, consagrar a insubsistência de uma visão limitativa.

Dentre a doutrina que sustentava a limitação ao *interesse negativo*, certamente uma das vozes mais relevantes é a de Francesco Carnelutti, o qual afirmava que o lesado teria direito de ser colocado na situação patrimonial em que estaria se o contrato não tivesse sido concluído. Assim o fazia por defender a tese de extinção do contrato com a resolução, chamando-a mesmo de um “cancelamento” do contrato.⁹²⁸

Dois trabalhos mais recentes destacam-se ao colocar em dúvida essa conclusão.

O primeiro deles, de Pietro Trimarchi, no qual o autor analisa detidamente os argumentos favoráveis e contrários à indenização do *interesse positivo*, essencialmente à luz

⁹²⁵ Segundo expõe Paulo Mota Pinto, além de não dominante, esse entendimento era insuficiente para tutelar o credor. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1624).

⁹²⁶ Remete-se o leitor ao item 5, *infra*.

⁹²⁷ Assim afirma também, Francisco Marino: “A orientação que reconhece ao resolvente apenas direito ao interesse negativo é minoritária, nunca se tendo imposto na jurisprudência”. (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Perdas e danos..., p. 1629).

⁹²⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento. In: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Parte Seconda. 1923, p. 330. Partindo da conclusão de Carnelutti, a mesma ideia é defendida por BENATTI, Francesco. La responsabilità precontrattuale..., p. 154.

da função do remédio resolutivo. Conclui, ao final, que a responsabilidade contratual se volta à proteção do credor (e também a incentivar o devedor ao cumprimento) e que a indenização devida deve ser medida pelo *interesse positivo*.⁹²⁹

No mesmo sentido, a recente obra de Gianroberto Villa (2014), criticando a doutrina que entende pela limitação ao *interesse negativo*, cujas soluções “suscitam alguma perplexidade”, concluindo que é a reparação do *interesse positivo* que vem em primeiro lugar.⁹³⁰ Dentre outros motivos, fundamenta-se no fato de que o caráter alternativo da resolução em relação ao cumprimento nem sequer existiria caso o resultado indenizatórios em cada caso fosse diverso.

Focando-se na doutrina italiana mais tradicional, contudo, nota-se também a defesa de que a indenização se mede pelo *interesse positivo*. E isso é realizado quando da exposição do dano contratual, sem maiores discussões.

Apenas a título exemplificativo, faz-se menção à lição de Adriano de Cupis, alertando que a palavra *resolução* não deve ser lida em sua estreiteza verbal e formal, e sim como um instrumento de tutela contratual. A partir daí, conclui de maneira expressa: “em consequência, é preferível a teoria segundo a qual se deve ressarcir a parte não inadimplente o dano que tem como objeto o seu interesse contratual positivo”.⁹³¹

Segundo o jurista, o cálculo do *quantum* devido levará em consideração a diferença entre o *equivalente* ao ressarcimento e o montante representado pela liberação do vínculo obrigacional pelo credor lesado. Ou seja, pelo *método da diferença*.

A remissão à diferença para medição do dano cumulável com a resolução vem também na doutrina de Massimo Bianca, o qual considera que o prejuízo do lesado corresponde à diferença entre prestação e contraprestação ou, havendo comprovação suficiente nesse sentido, da comparação em relação ao valor que o lesado obteria com a prestação em um negócio subsequente.⁹³² Indenização medida pelo *interesse positivo*, ainda que o doutrinador italiano não faça expressa menção a ele nesse contexto.

⁹²⁹ “Ora, o inadimplemento determina uma lesão do interesse positivo, e não daquele negativo”. (TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo..., p. 647). O mesmo se poderia (indiretamente), retirar da afirmação que faz Rodrigo Xavier Leonardo, ao distinguir a responsabilidade extranegocial – cuja indenização deve ser a mais ampla possível – e aquele negocial nas quais “, em princípio, sua amplitude deve-se limitar aos quadrantes do contrato (arts.402 e 403).” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. In: Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30, FCJ 04, pp.107-119, Curitiba, mai. 2002, p. 117).

⁹³⁰ Dentre as perplexidades, aquela de considerar que a simples restituição teria efeito indenizatório necessário, máxime porque considerada uma dívida de valor sujeita a atualização. (VILLA, Gianroberto. Danno ...p. 186).

⁹³¹ DE CUPIS, Adriano. Il danno...6, p. 310.

⁹³² BIANCA, Massimo. Commentario..., p. 279.

Peculiar é, contudo, a compreensão do tema na doutrina portuguesa, qualificada por Paulo Mota Pinto como representativa de “uma exceção, ao arrepio dos desenvolvimentos internacionais e superada há mais ou menos tempo na maioria dos direitos que nos são mais próximos”⁹³³ e, de forma ainda mais ácida, por Menezes Cordeiro, que a ela se refere como uma “(infeliz) singularidade nacional”.⁹³⁴

Em Portugal, não se poderia afirmar que o entendimento tradicional de limitação da resolução ao *interesse negativo* tenha sido majoritariamente superado. Ainda hoje se mantém viva a discussão na doutrina e jurisprudência⁹³⁵, em boa parte justificada pela equiparação legal da resolução à desconstituição por invalidade – ao que se soma a inexistência de um mandamento legal expresse quanto ao sentido da indenização.⁹³⁶

Defendendo que a indenização no caso de resolução limita-se ao *interesse negativo* são as doutrinas de João de Matos Antunes Varela, Mário Júlio de Almeida Costa⁹³⁷, Carlos Alberto da Mota Pinto⁹³⁸ e José Carlos Brandão Proença, somente para mencionar alguns dos mais relevantes doutrinadores portugueses.

Dentre os argumentos adotados, afirma-se a incompatibilidade lógica entre a demanda de resolução e a indenização do interesse positivo e, essencialmente, a necessidade de interpretação desse último à luz da ligação existente em Portugal entre a resolução e a

⁹³³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, p. 1639.

⁹³⁴ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2010, p. 162.

⁹³⁵ Vide, por exemplo, o seguinte excerto de julgado de 2009: “1. Por regra, a resolução contratual abre caminho a indemnização apenas pelos danos negativos. 2. Pode, porém, excepcionalmente, ter lugar a indemnização pelos danos positivos. 3. Se a parte que resolveu o contrato pretende indemnização por este tipo de danos, terá de alegar e provar, além do mais, os factos que possam integrar essa situação de excepcionalidade (...)” (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Acórdão de 12 de fevereiro de 2009, Processo n. 08B4052. In: Revista de Legislação e Jurisprudência n. 3968, p. 300 e sg).

⁹³⁶ Nesse sentido, afirma com precisão Catarina Monteiro Pires, que “Contudo, a letra da lei, por si só, [art. 801º, n. 2 Código Civil português] não inculca qualquer sentido predeterminado quanto ao âmbito da indemnização (interesse positivo ou interesse negativo), emergindo a dúvida num quadrante problemático mais amplo que se pretende com o próprio fundamento e natureza da resolução”, afirmação que poderia ser transportada ao disposto no art. 475 CC como, aliás, reconhece expressamente a autora. (PIRES, Catarina Monteiro. Resolução..., acesso pela RTOnline).

⁹³⁷ A defesa de Almeida Costa sustenta-se na *opção* do credor em resolver o contrato. Para ele, seria contraditório pedir a resolução do contrato e ao mesmo tempo a indenização por não cumprimento. (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações..., p. 1045). Como já afirmado, há muitos casos em que não se coloca uma verdadeira *opção* ao lesado, até mesmo porque a distinção entre os regimes consequenciais é cinzenta.

⁹³⁸ Para Carlos Alberto da Mota Pinto, a resolução não atinge a relação contratual como um todo, extinguindo apenas os deveres de prestação não cumpridos bem como o dever secundário de indemnização dirigido à reparação do interesse positivo. Em outras palavras, a indenização que é conferida ao lesado circunscreve-se ao *interesse negativo*. Mais à frente o jurista português afirmava que seria logicamente incompatível com a eficácia da resolução a indenização do interesse positivo. (MOTA PINTO, Carlos Alberto. Cessão..., p. 412 e 419).

invalidação do contrato.⁹³⁹ Trata-se de uma premissa que, como visto acima, não poderia ser transportada para o Direito brasileiro.

Assim, por exemplo, veja-se a construção da argumentação de Antunes Varela. O jurista português inicia afirmando que a resolução seria uma opção do lesado e, uma vez escolhida, importaria a reposição do seu patrimônio no estado em que se encontrava se o contrato não tivesse sido celebrado, o que identifica ao *interesse negativo*.

Mais à frente, afirma que a adoção do *método da diferença* não seria adequada no Direito português pois, uma vez aplicado, seu resultado prático equivaleria à resolução do contrato e essa, por sua vez, seria regida pelas regras da nulidade ou anulação.⁹⁴⁰ Os argumentos que justificariam a limitação ao *interesse negativo*, como se vê, são circulares e esbarram na comprovação da alegada *ilogicidade* à luz da equiparação à invalidade.

O tema foi analisado com profundidade por José Carlos Brandão Proença, que trabalha de maneira minuciosa em defesa da indenização do *interesse negativo*, perpassando as lições em sentido contrário de Vaz Serra e de Baptista Machado. O seu argumento fundamental embasa-se no fato de que a indenização do *interesse negativo* seria mais adequada à complementação da necessidade reintegradora da resolução.⁹⁴¹

Chama atenção, no entanto, que após uma análise exaustiva, o autor conclua sua exposição de forma um tanto lacunosa, ao questionar: “não será injusto privar o credor dos danos positivos, quando se viu comprometida uma revenda, uma troca já acordada ou uma prestação de serviços?”. À pergunta, responde o próprio autor afirmativamente, relegando à jurisprudência a possibilidade de *flexibilizar* o entendimento defendido de que a indenização dirigir-se-ia ao *interesse negativo*.⁹⁴²

Entende-se que o próprio questionamento colocado pelo jurista português é elucidativo da limitação imposta pela vinculação necessária entre resolução e *interesse negativo*. Ora, seria mesmo discutível admitir-se uma “*incompatibilidade relativa*” entre a resolução e a indenização do *interesse positivo*, máxime quando superável diante de circunstâncias vinculadas a necessidades de um vago *senso de justiça*.

Em contraposição a teses mais tradicionais (e ainda majoritária), encontram-se relevantes vozes do Direito português. Nesse grupo, por exemplo, estão Adriano Vaz

⁹³⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 187.

⁹⁴⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações..., vol. II, pp. 108-112.

⁹⁴¹ PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução..., p. 193.

⁹⁴² PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução..., p. 196.

Serra⁹⁴³ e Baptista Machado⁹⁴⁴ e, mais recentemente, Paulo Mota Pinto⁹⁴⁵ e António Menezes Cordeiro, esse último a partir de sua crítica habitual ao *par conceitual*.⁹⁴⁶

A lição desse último doutrinador é, com efeito, muito elucidativa do contexto até agora exposto. Menezes Cordeiro refere-se ao tratamento do *interesse negativo* na responsabilidade contratual como uma efetiva “transposição” da solução (já engessada) da *culpa in contrahendo* à hipótese de resolução.⁹⁴⁷ E, de fato, ao menos na doutrina portuguesa, o argumento é nitidamente circular, consoante acima se afirmou.

Sendo a responsabilidade pré-negocial limitada à indenização do *interesse negativo* – o que já não é verdadeiro – e equiparada a resolução à invalidade – espécie de *culpa in contrahendo* – então o resultado indenizatório deveria ser idêntico. À luz da doutrina de Menezes Cordeiro, não apenas essa conclusão seria injusta, como não importaria (mesmo na lei portuguesa!) a equiparação das funções indenizatórias.⁹⁴⁸

O autor faz expressa menção à solução consagrada na Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) que, ainda que não interfira diretamente no Direito nacional dos países aderentes – e nem seria o caso de Portugal, não contratante – tem efeito de, no mínimo, indicar um consenso entre os países signatários quanto à viabilidade e adequação das soluções nela contidas.

O texto é vigente no Brasil desde 2014 (DL 538/2012 e Decreto 8.327/2014) e, portanto, lei nacional. Nele, se faz expressa referência à indenização do *expectation interest*

⁹⁴³ Adriano Vaz Serra analisa detidamente a compatibilidade da indenização do *interesse positivo* na resolução, propondo não haver razão para excluí-la *de iure constituendo*. Após afirmar que a tese da indenização do *interesse negativo* é sedutora, o autor afirmava que “por mais sedutora que pareça, talvez não deva ser consignada pela lei futura, porque a resolução do contrato pode deixar de significar completo aniquilamento das obrigações que dele derivam, tudo dependendo do alcance que na lei se lhe atribuir”. Vê, na resolução, um meio de liberar o credor do cumprimento da prestação, mas não necessariamente como uma proibição de lhe assegurar o resultado vantajoso esperado. (VAZ SERRA, Adriano. Impossibilidade superveniente..., pp. 37-40).

⁹⁴⁴ Baptista Machado, por sua vez, sustenta a inexistência da incompatibilidade, dentre outros motivos, com base em experiências estrangeiras (especificamente as leis uniformes, das quais decorreu a CISG), afirmando de a pedra de toque é a função atribuída à resolução. (BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos..., pp. 181-182).

⁹⁴⁵ O jurista analisa detidamente as opiniões doutrinárias, portuguesas e estrangeiras, para concluir sustenta a plena compatibilidade da indenização, desde que aplicável o *método da diferença*. Para ele, aliás, não haveria sentido de se considerar o interesse negativo como resultado da falta de cumprimento (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, pp. 1641 a 1645).

⁹⁴⁶ Vide o quanto afirmado no item 3.1, Capítulo 3.

⁹⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2010, p. 158.

⁹⁴⁸ De fato, não há como não se concordar com a lição do jurista português. A limitação indenizatória – algo que seria, entende-se, um engessamento inadequado das potencialidades do *par conceitual* – confere fundamento para a crítica que ele faz contra a utilidade dos conceitos, em especial dada a limitação indenizatória que provocariam. (MENEZES CORDEIRO, António. Tratado..., 2010, p. 159).

no caso de resolução contratual. A Convenção expõe métodos de cálculo abstrato e concreto para definição da indenização, permitindo a sua composição de forma ágil.

É claro que a viabilidade de exposição exaustiva de um método de cálculo justifica-se ante a unidade do contrato regulado pela CISG, a compra e venda de mercadorias. De toda sorte, a sua compreensão é relevante para se anotar não só a relevância da cumulação da resolução com o *interesse positivo* à satisfação do interesse do credor, como sua plena compatibilidade lógica.

A CISG adota como parâmetro indenizatório, não apenas na resolução, a recolocação da parte na situação em que estaria houvesse o pacto sido integral e perfeitamente cumprido. Não há dúvidas de que a indenização se mede pelo *expectation interest* no sentido de proteger as expectativas da parte lesada no integral cumprimento.⁹⁴⁹

Mesmo diante do remédio resolutivo, considerado perante a Convenção como uma *ultima ratio*⁹⁵⁰, mantém-se a indenização do *expectation interest*. Aliás, poder-se-ia mesmo dizer que o caráter excepcional da resolução, em especial a sua vinculação à ocorrência de um descumprimento fundamental, tornaria ainda mais débil a satisfação dos *interesses* do credo caso houvesse uma limitação do dano indenizável.

Essa limitação não apenas inexistente – nesse sentido, afirma Peter Schlechtriem, “resolução do contrato, demanda de reparação de danos e interesse de cumprimento estão intrinsicamente interligados sob a CISG”⁹⁵¹ – como é facilitada pela existência de métodos de cálculo do prejuízo ligado à falta de cumprimento da prestação.

Para a quantificação dos *damages*, o art. 75 CISG trabalha com a diferença entre o preço da transação e aquele de uma transação substitutiva, seja essa uma compra ou uma venda.⁹⁵² Para sua aplicação, é essencial que a parte tenha efetivamente realizado uma venda substitutiva (vendedor) ou uma compra substitutiva (comprador).

⁹⁴⁹ LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Published in J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29 (December 2000) 1-192. Reproduced with permission of the publisher Kluwer Law International, The Hague. Acesso pelo <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo74.html>, acesso em 30.01.2014.

⁹⁵⁰ No âmbito da CISG, não há possibilidade de que o lesado se valha indistintamente do remédio resolutivo e indenizatório. O primeiro somente é aberto em casos excepcionais, usualmente vinculado à configuração do *fundamental breach* ou descumprimento fundamental. Sobre o tema, sua relação com a resolução e requisitos para configuração, vide FRADERA, Vera Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. Revista de Arbitragem e Mediação. Coordenação de Arnaldo Wald, a. 10, v. 37, abr./jun. 2013. Acesso pela RTOonline em 17.09.2014.

⁹⁵¹ SCHLECHTRIEM, Peter. Damages... Acesso online.

⁹⁵² Por transação substitutiva, conforme lição de Ingeborg SCHWENZER, entende-se aquela que satisfaça o interesse prestacional do lesado. Isso não se dá, por exemplo, na locação de mercadorias em substituição àquelas que não foram prestadas. Estes danos seriam ressarcíveis com base no art. 74 e não no art. 75.

O valor a menor obtido pelo vendedor para a venda do bem e aquele a maior pago pelo comprador para obter o mesmo bem, corresponderão ao prejuízo indenizável a título de *interesse positivo*. É claro que, sendo a indenização na CISG também integral, a eles se poderão cumular outros dados decorrentes da falta, com base no geral art. 74.

Quando uma operação substitutiva não tiver sido realizada, permite-se o cálculo abstrato do prejuízo, o qual será medido conforme o disposto no art. 76 CISG, ou seja, utilizando-se o preço de mercado dos bens ao tempo da resolução como parâmetro da fixação dos danos.⁹⁵³ Isso vale tanto para o comprador como ao vendedor.

A solução mostra-se bastante lógica e tutela com eficiência o *interesse* do credor. Bem compreendido o panorama geral de desenvolvimento do tema, há então de se finalizar esse tratamento com a análise do Direito brasileiro, antes já realizada, e agora estudada à luz da jurisprudência.

4.3 O direito brasileiro: análise jurisprudencial da resolução da compra e venda de bens imóveis

Para permitir uma análise mais ampla da temática, imprescindível analisar o seu tratamento na jurisprudência brasileira. Aqui, contudo, e diferentemente da responsabilidade pré-negocial, a discussão quanto à indenização é muito extensa para ser estudada por completo, dada a amplitude do descumprimento contratual.

Realiza-se, portanto, um amplo recorte, delimitando-se à análise da casuística do descumprimento do contrato de compra e venda de imóveis, tanto por parte do vendedor, como do comprador, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal de Justiça de São Paulo.⁹⁵⁴ Para tanto, duas considerações preliminares mostram-se necessárias.

Primeiramente, reitera-se que o objetivo da tese não é estudar o problema indenizatório no âmbito do Direito do consumidor, pelo que se deixam de analisar algumas peculiaridades desse sistema protetivo. Um segundo ponto, decorrente do primeiro, repousa na peculiar circunstância de que a resolução contratual seja demandada pela parte

(SCHWENZER, Ingeborg. In: SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Vera; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coords.). Comentários..., p. 1135).

⁹⁵³ A regra convencional estabelece, à semelhança dos Princípios Unidroit, o parâmetro de cálculo da diferença abstrata na data da resolução, impedindo que reste ao credor a possibilidade de escolha de uma eventual flutuação de preço.

⁹⁵⁴ A pesquisa foi realizada, prioritariamente, com os termos “resolução”, “rescisão” e “perdas e danos”. Foram analisados todos os julgados e selecionados apenas os mais relevantes. No STJ, deu-se preferência a julgamentos de mérito, ou seja, excluiu-se os casos em que o Recurso Especial não foi conhecido.

inadimplente, algo contrário à lógica tradicional do remédio resolutivo e que, não obstante, é reconhecido pela jurisprudência brasileira em favor do consumidor.

Dessa forma, e havendo resolução a pedido do devedor inadimplente, entende-se que a hipótese seja também de descumprimento contratual, sendo assim trabalhado.⁹⁵⁵ Nelas, aliás, seria absolutamente impróprio transportar os argumentos de limitação da indenização ao *interesse negativo* que, tomados como aplicáveis, representariam uma mitigação do sentido da vinculação contratual. É uma *resolução* sui generis.

Pois bem. Em um cenário abstrato, o *interesse positivo* do comprador lesado abrange o recebimento do imóvel (ou de seu valor atualizado), bem como a possibilidade de dele usufruir desde a data em que deveria ter recebido, ao que se contrapõe o pagamento o preço e assunção das despesas ordinárias que teria com o cumprimento; por parte do vendedor, por sua vez, seu *interesse positivo* confunde-se com o valor do contrato de compra e venda, mais especialmente com o *lucro* calculado pela diferença entre o seu custo de aquisição/construção e o custo da venda ajustada naquele contrato específico.

Não se encontra a exata definição desse cenário na jurisprudência brasileira. Ao contrário, há julgados nos mais diferentes sentidos, conferindo diferentes rubricas indenizatórias, determinando ou obstando a avaliação abstrata do valor atualizado do bem, impondo diferentes parâmetros de cálculo da restituição devida, bem como entendendo que a restituição do preço seria já uma forma indenizatória.

Em linhas bastante gerais, é também perceptível que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em boa parte em razão da participação ativa do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. na construção de seu entendimento, orienta-se pela indenização do *interesse positivo* conjuntamente com a resolução. Já no Tribunal de Justiça de São Paulo, conquanto não de maneira unânime, a tendência é a indenização do *interesse negativo*.

Iniciando pelo tratamento do descumprimento pelo *vendedor*, são reiteradas as menções na jurisprudência do STJ quanto ao "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

⁹⁵⁵ Aliás, assim não fosse, e admitida a (inadmissível) reparação limitada ao *interesse negativo*, se estaria limitando por vontade da parte inadimplente o direito do credor de satisfação de seus prejuízos – ou seja, em nítido desvirtuamento da função exercida pela resolução. Deixa-se em aberto a questão de saber se, no caso específico de consumo, essa solução limitativa poderia ser aplicada em favor do consumidor, afinal, admitido que ele possa resolver o contrato mesmo estando inadimplente, poderia corresponder ao *escopo da norma* que essa liberação fosse cumulada com o *interesse negativo*, e não *positivo*. A análise mais depurada do problema perpassaria discutir o acerto do entendimento que abre à parte inadimplente o direito à resolução, o que escaparia aos limites do texto.

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"⁹⁵⁶

Assim, por exemplo, a falta de cumprimento da entrega do imóvel pelo vendedor o sujeitaria a prestar ao comprador a diferença do preço da compra e aquele da valorização do imóvel, calculado mediante arbitramento.⁹⁵⁷ Em outras decisões, por sua vez, o Superior Tribunal e Justiça mantém esse mesmo entendimento de modo indireto, ao não conhecendo do recurso especial quando deferida a indenização *a quo*.⁹⁵⁸

A concessão do valor de valorização do imóvel corresponde à *conversão* da prestação devida *in natura* pelo seu equivalente pecuniário, seguindo a lógica de que o credor deve ser colocado na situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido. *In casu*, se tivesse recebido o imóvel adquirido (item 2.2.1, Capítulo 4).

O entendimento é relevante porque o pagamento de tais valores, conquanto possa representar uma vantagem ao credor, não depende de comprovação específica de *perdas e danos*. Não por acaso, seu cálculo é sujeito a arbitramento, e não às regras usuais de comprovação do *quantum* devido na responsabilidade civil. Ele representa, com efeito, a própria prestação descumprida, com a peculiaridade de que se compensa o preço ajustado.

Da mesma forma, pode-se afirmar que, ainda que sem menção expressa ao *método da diferença*, é ele que vem aplicado nos acórdãos supra referidos. E isso se passa também em parte da jurisprudência paulista, destacando-se o julgamento que originou a paradigmática decisão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., supra referida.⁹⁵⁹

Aliás, a partir desta decisão específica do STJ, encontram-se outras decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao lhe fazer menção, aplicam a indenização do *interesse positivo* cumulada com a resolução do contrato, em favor do comprador.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ STJ, REsp n. 403.037/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 5/8/2002, citado, dentre outros, no STJ, AgRg no AREsp 486.194/BA, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 14/08/2015.

⁹⁵⁷ Foi o que se determinou nos dois julgados acima mencionados, com a peculiaridade de que, no primeiro (vide nota de rodapé anterior), o montante da indenização foi limitado a 10% do devido, considerando que o comprador somente havia pago 10% do preço, uma vez que os outros 90% seriam pagos quando da outorga da escritura, que nunca ocorreu. Entende-se, contudo, que seria adequado efetuar o cálculo por completo, englobando a integralidade do preço a ser pago no cálculo da diferença.

⁹⁵⁸ “Processo Civil. Obrigação de Fazer. Impossibilidade. Se a construtora alienou para outrem as unidades que o autor havia comprado e pago, a obrigação de passar-lhe a escritura e imiti-lo na posse dos imóveis se tornou impossível, devendo converter-se em indenização por perdas e danos. Recurso especial não conhecido” (STJ. REsp 190.909/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, terceira Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 24/02/2003, p. 221)

⁹⁵⁹ TJSP, Ap. Cív. n° 110.574-4/0-00, Relator (a): Júlio Vidal; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 18/04/2001; Outros números: 1105744000.

⁹⁶⁰ “(...) O descumprimento do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por parte da promitente vendedora leva à indenização do promissário comprador, que tem o direito de receber, além da devolução do

Em uma série de julgados – com ou sem análise da indenização pela valorização do imóvel – defere-se ao comprador o direito de alugueis desde o período em que o imóvel deveria ter sido entregue e o efetivo pagamento a indenização ou a condenação. A verba é compreendida no *interesse positivo*, embora seja apenas uma parcela que o compõe.

Paradigmático nesse sentido é o já citado acórdão da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, em que se discutiu a insubsistência do entendimento de que a restituição do preço seja suficiente para indenizar o comprador lesado.⁹⁶¹ Não o é por um motivo bastante lógico: ele tinha a expectativa e o direito de receber o bem contratado e dele fazer uso.

Mais recentemente, pode-se fazer menção a acórdão da Ministra Nancy Andrighi, concedendo “(...) lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada”.⁹⁶² De seu inteiro teor, vislumbra-se expressa menção de que a falta de cumprimento deve reconduzir o lesado à “situação econômica em que se encontrariam se a prestação da recorrente tivesse sido tempestivamente cumprida”.⁹⁶³ É típica indenização do *interesse positivo*, portanto.

O julgado defere a prestação dos alugueis desde a presunção de se tratar de situação da experiência comum. O entendimento tem sido aplicado na hipótese de entrega em atraso do imóvel, extensivo também à hipótese de resolução.⁹⁶⁴

A orientação quanto à presunção de que o atraso ou a falta definitiva de entrega do imóvel gera *lucros cessantes* é bastante interessante. Isso porque, em outro julgamento do STJ, entendeu-se pela negativa de pagamento dessa rubrica, ao argumento de que o imóvel não fora erguido, ou seja, deixou de ser construído.⁹⁶⁵

preço, a diferença do valor atual do imóvel. Precedente do STJ (...). (TJSP, Ap. Cív. nº 0178268-58.2009.8.26.0100, Relator (a): Enio Zuliani; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/09/2014; Data de registro: 11/09/2014). A valorização do imóvel é tratada no julgamento como *lucro cessante*. Sobre a natureza *híbrida* ou *sui generis* do equivalente “interno” da prestação, vide item 2.2.1, Capítulo 4.

⁹⁶¹ Vide o julgado referenciado na NR 904, *supra*.

⁹⁶² STJ, REsp 644.984/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 402

⁹⁶³ Em outro caso posterior, contudo, também de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, essa entendeu ser ilógico que a parte lesada pelo descumprimento tenha abdicado do direito ao cumprimento e, ao mesmo tempo, exija o pagamento do que auferiria com a entrega das unidades a que fazia direito pelo contrato de permuta. O entendimento restou vencido, aplicando-se lhe a indenização do *interesse positivo*. (STJ, REsp 1003429/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 26/05/2009).

⁹⁶⁴ “(...) A jurisprudência desta Casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador” (STJ, AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012).

⁹⁶⁵ Nesse ponto específico, o Recurso Especial deixou de ser conhecido por não ter havido tratamento do tema na petição de interposição. O inteiro teor do acórdão, contudo, denota que o tema fora enquadrado como a

Nesses casos, é bastante evidente que a parte lesada não teria oportunidade de alugar o imóvel, conquanto se mostre bastante duvidosa a negativa da indenização. Em verdade, a natureza jurídica da mesma rubrica pode ser diversa, confundindo-se nesses casos ou com uma *perda de chance* ou com um *dano de privação de uso*.

Denotando a falta de uniformidade quanto à qualificação da rubrica, há julgados da Corte paulista deferindo a indenização, ora por *lucros cessantes*⁹⁶⁶ ora por *juros compensatórios* calculados sobre o valor pago.⁹⁶⁷ De toda sorte, o lesado somente faz jus a tais verbas se indenizado fosse o seu *interesse positivo*, o qual vem cumulado com a eficácia extintiva da resolução sem qualquer incompatibilidade.

No TJSP, encontra-se uma série de julgados referindo-se à indenização do *interesse negativo*, em entendimento não corroborado tanto por julgamentos do STJ, quanto pela própria jurisprudência daquela Corte. Uma análise mais especificada desses julgados permite sejam-lhe dirigidas algumas críticas, até mesmo colocando em dúvida a efetiva orientação pela indenização do *interesse negativo*. Senão, veja-se.

Após afirmar que, “(...) o apelado deve ser indenizado segundo o seu interesse negativo, isto é, deve ser reposto à condição em que estaria na hipótese de o contrato não ter sido celebrado”, o mesmo acórdão negou à parte lesada a indenização por *lucros cessantes* (alugueis), por ausência de probabilidade e razoabilidade.⁹⁶⁸ Admitida a premissa, contudo, a negativa deveria orientar-se pela incompatibilidade da rubrica.

Em outros julgados, a despeito da afirmação da indenização voltada ao *interesse negativo*, nenhuma indenização é de fato conferida ao lesado, a quem resta apenas o direito

discussão sobre a possibilidade de indenização de *lucros hipotéticos*. (STJ, REsp 885.119/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 05/11/2010).

⁹⁶⁶ Entendo com base no entendimento do STJ quanto ao caráter presumido dos lucros cessantes (alugueis), vide o seguinte excerto de decisão: “Mas o prejuízo está *in re ipsa*, a falta de desfrute do bem equivalendo ao valor do aluguel mensal de um imóvel igual. Bem por isso, o entendimento estratificado de fixação em 0,5% ao mês, sobre o valor do bem.” Mais à frente, o acórdão afirma, contudo, que “‘o resultado do negócio’, aqui, representaria dano remoto e indireto, não indenizável”, mas não a indenização por *lucros cessantes*, as quais, porém, parecem também equivaler a uma parte do resultado do negócio. (TJSP, Ap. Cív. nº 0018391-54.2012.8.26.0625. Relator (a): Luiz Ambra; Comarca: Taubaté; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/04/2014; Data de registro: 09/04/2014)

⁹⁶⁷ Segundo o julgado, a indenização pedida a título de lucros cessantes corresponderia àquela deferida, por juros compensatórios, havendo apenas uma readequação da qualificação do pedido pelo magistrado. (TJSP, Ap. Cív. nº 48346-62.2011.8.26.0562. Relator (a): José Mário Antonio Cardinale; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data de registro: 23/03/2000; outros números: 480675400)

⁹⁶⁸ TJSP, Ap. Cív. nº 1973-75.2011.8.26.0625. Relator (a): Rômolo Russo; Comarca: Taubaté; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/04/2015; Data de registro: 16/04/2015.

à restituição das parcelas já pagas.⁹⁶⁹ Assim, por exemplo, faz-se referência a decisões que conferem ao comprador a devolução do preço e a restituição do quanto pago a título de comissão de corretagem, porém ante o caráter abusivo do seu repasse ao consumidor (e não, portanto, como uma despesa tornada inútil pelo contrato).⁹⁷⁰

Em outras decisões, é ainda mais evidenciado (ainda que de forma subliminar) o entendimento de que a restituição das parcelas pagas (conquanto de forma integral, e com juros e correção monetária) seria suficiente para satisfazer o *interesse* da parte lesada. Não por acaso, isso pode ser de certa forma inferido de uma leitura primeira da Súmula 3 da Corte paulista, *in verbis*: “reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção”.

Nesse sentido, por exemplo, decisão que afirma que a resolução do contrato com a restituição do quanto pago é uma consequência decorrente do art. 389 CC o qual, por sua vez, refere-se aos *danos* do descumprimento (e não à restituição);⁹⁷¹ e, de forma ainda mais clara, no seguinte excerto de outro julgamento, de controvérsia análoga: “A indenização deve no mínimo representar o retorno da parte inocente ao *status quo ante*, para evitar o enriquecimento ilícito.”⁹⁷²

Respeitosamente, a volta ao estado anterior propiciada pela restituição do montante pago não é por si só indenizatória do prejuízo sofrido pelo comprador (ainda que o possa ser). A ele foi frustrada a expectativa de receber do bem, e a devolução do valor pago não possibilita de forma necessária a aquisição de um imóvel equivalente ao tempo em que é prestada. Frise-se, está-se a tratar da falta de entrega do imóvel.

Nesse contexto, interessante a reflexão fomentada por Felipe Sztajnbock, ao argumentar: se a valorização do bem não for devida ao comprador lesado pela falta de

⁹⁶⁹ Entendendo que a comissão de corretagem e tributos pagos compõem a indenização do *interesse negativo*, ao lado da restituição das parcelas, vide TJSP. Ap. Cív. nº 1179.90.2010.8.26.0301. Relator (a): Rômulo Russo; Comarca: Atibaia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/03/2015.

⁹⁷⁰ Assim, por exemplo, TJSP. Ap. Cív. nº 1038003-76.2015.8.26.0100. Relator (a): Moreira Viegas; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/09/2015; Data de registro: 02/10/2015. Confirma-se o fato de que a restituição da comissão de corretagem é algo diverso da indenização de *despesas* pela falta de cumprimento o fato de que, mesmo quando a responsabilidade pela resolução seja da compradora, e não do vendedor, cabível a restituição. Nesse sentido, vide: TJSP, Ap.Cív. 4007222-05.2013.8.26.0451. Relator (a): Viviani Nicolau; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/10/2015; Data de registro: 28/10/2015.

⁹⁷¹ TJSP. Ap. Cív. nº 50571-18.2013.8.26.0002. Relator (a): J.B. Paula Lima; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/10/2015; Data de registro: 03/11/2015.

⁹⁷² TJSP, Ap. Cív. nº 1027048-89.2014.8.26.0562. Relator (a): James Siano; Comarca: Santos; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 03/11/2015.

cumprimento, ela será agregada ao patrimônio do devedor inadimplente!⁹⁷³ E, de fato, não só a indenização pela valorização se sustenta, como também a sua negativa produz um efeito completamente contrário à lógica protetiva contra o descumprimento.

Essa solução – a qual, respeitosamente, é sustentada pela defesa da indenização do *interesse negativo* – também corresponderia a uma conclusão discutível do ponto de vista de sua eficiência, na medida em que tornaria o inadimplemento por vezes mais vantajoso ao devedor do que a manutenção e o cumprimento do pacto ao qual se obrigou.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado também à falta de entrega do bem que não chegou a ser erguido, ainda que nesses casos o vendedor não o detenha para si. Neles, vem à tona com evidência a inexistência de uma distinção fundamental entre o *cumprimento pelo equivalente* e a *resolução*: se o credor já pagou e não recebeu, pode exigir a entrega do valor pecuniário do bem; em suma, o terá direito sempre a uma *diferença*, pois parte da indenização servirá para compensar o montante já quitado.

Passando à casuística do descumprimento por parte do *comprador*, a questão torna-se mais complexa. Isso porque a hipótese envolve normalmente a restituição do imóvel – quando já entregue ao comprador inadimplente – e, naturalmente, a questão da sua valorização, que nesse caso é uma vantagem a ser prestada ao vendedor adimplente.

Assim entendido, o bem restituído compõe de forma necessária a valoração dos prejuízos sofridos pelo vendedor. Dessa forma, seria necessário realizar *in concreto* a liquidação do valor atual do bem, compará-lo com o valor ajustado na venda e verificar se, naquela situação, o montante da diferença cobriria o lucro contratualmente esperado pelo vendedor (ou seja, a diferença entre o custo do bem e o preço de venda⁹⁷⁴).

A isso seria necessário somar, ainda, danos complementares causados pela falta de cumprimento, impondo-se uma análise global da *situação atual* do credor e da *situação hipotética em que estaria*, nesse mesmo momento com o cumprimento. Se o preço do imóvel for menor em relação aos danos, o vendedor tem direito à diferença que lhe cobriria o *lucro* esperado; se for maior, é possível que haver nítido efeito indenizatório indireto operado pela restituição do bem.

Não se trata de uma conta matemática simples, razão pela qual é muito comum a inserção de cláusula penal nos contratos de compromisso de compra e venda, como forma

⁹⁷³ SZTAJNBOK, Felipe. A indenização..., p. 16.

⁹⁷⁴ Essa diferença deve incluir tanto as despesas fixas para obtenção do bem (no caso, para a construção ou para a compra do imóvel vendido), como as despesas variáveis, ou seja, despesas realizadas ligadas àquele contrato específico.

de pré-liquidação dos prejuízos causados pela falta de cumprimento. Aqui, a cláusula penal compensatória atua em *substituição* aos prejuízos sofridos, exercendo uma função que se aproxima da indenização do *interesse positivo*, embora com ele não se confunda.⁹⁷⁵

Em grande medida, a cláusula penal afasta a necessidade de cálculo do *interesse positivo* e, assim, o substitui por um valor pré-determinado e que não equivale, de forma necessária, ao montante que seria calculado *in concreto*.⁹⁷⁶ A análise aqui realizada circunscreve-se aos casos em que não há prévia liquidação dos prejuízos, ou seja, em que seja necessário quantificar o *interesse positivo* do vendedor lesado.

O cálculo do resultado final a ser obtido não se mostra tão complexo – afinal, corresponde ao valor integral do contrato – mas o mesmo não se poderia dizer quanto à sua composição, a qual deve ser obtida em atenção ao valor atualizado do bem que é mantido com o vendedor, ou a ele restituído e o resultado que ele poderá obter com uma venda substitutiva, ou seja, descontando-se gastos que terá para assim realizar.

De toda sorte, parece seguro afirmar que o simples fato de que o imóvel permaneça com o vendedor não importa dizer que ele foi indenizado pela falta de cumprimento. Isso corresponderia, com efeito, à afirmação supra refutada quanto ao caráter indenizatório da restituição do montante pago pelo comprador. Nada obstante, há entendimento jurisprudencial que, mesmo que implicitamente, deixa entrever essa consideração.

Exemplificativamente, é o que se vê do seguinte excerto de sentença de primeiro grau, adotada como fundamento decisório em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, acerca da devolução de valores pagos pelo comprador e a retenção do bem vendido, afirmou: “não se há de falar em retenção de qualquer importância por parte do vendedor, porquanto a autora nunca teve a posse do imóvel, de maneira que dele nunca usufruiu”, para

⁹⁷⁵ Em verdade, a função da cláusula penal compensatória é, primordialmente, pré-fixar o dano devido em caso de inadimplemento absoluto da obrigação. A sua lógica está visceralmente ligada ao remédio resolutivo, ainda que seja possível estabelecer, por via de penalidade contratual, critérios para a conversão da prestação descumprida em pecúnia. Nada impede que a cláusula penal tome como parâmetro uma liquidação aproximativa do *interesse positivo* ou do *interesse negativo*, ou seja, a projeção de um lucro ou o ressarcimento de despesas (exemplificativamente), desde que respeitado o limite legal decorrente do art. 412 CC, ou seja, o valor da prestação principal. Na medida em que a cláusula penal pressupõe o descumprimento contratual e dele decorre, sua indenização é próxima à reparação do *interesse positivo*, mas com ele não se confunde. Nesse ponto, e respeitosamente, não se concorda com a argumentação de Judith Martins-Costa, para quem a cláusula penal substitutiva não seria cumulável com a resolução do contrato e com o recebimento da contraprestação de volta. (MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil..., p. 568). No sentido aqui defendido, por sua vez, vide GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. Responsabilidade civil..., acesso pela RTOOnline.

⁹⁷⁶ A proibição de decaimento do valor pago não se impede a compensação de valores, sendo possível que nada seja devido a título de restituição. Sobre o tema, STJ, AgRg no Ag 581.366/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 366.

então complementar que “além disso, o imóvel poderá ser novamente comercializado pelas rés, de tal arte que não sofrerão nenhum prejuízo.”⁹⁷⁷

Como se denota, a decisão presume a inoccorrência de danos pela simples manutenção do imóvel na esfera do vendedor, bem como por esse não ter sido entregue ao comprador. Ora, se houve alteração de mercado e preço do imóvel desvalorizou, como supor que o vendedor não sofre danos simplesmente por ter o bem consigo?

E nem se diga que se trata de um risco inerente à atividade empresarial. Ora, essa limitação afetaria também aquele que, confiando no cumprimento do contrato, vendeu um bem próprio e sem cunho lucrativo ou empresarial, tendo legítima expectativa de receber o preço e o lucro que esperava obter com aquela venda.

A jurisprudência também diferencia a situação em que o bem foi entregue ou não para realizar nítido *arbitramento* da indenização em favor do vendedor.⁹⁷⁸ Isso se passa em duas circunstâncias diversas: impondo-se uma retenção não prevista em contrato ou alterando-se o percentual de retenção determinado no pacto.

Elucidativo do primeiro caso, entendeu o TJSP pela retenção de 15% sobre o valor dos pagamentos realizados, ao argumento de que “essa solução corresponde ao direito da vendedor receber pelo dano positivo, recompondo seu patrimônio como se o contrato tivesse sido cumprido pelo compromissário/comprador, evitando-se com essa forma de arbitramento, os percalços com demorada e dispendiosa liquidação de sentença”.⁹⁷⁹

Em que pese o nítido objetivo de facilitar o reconhecimento do *quantum* da indenização – de fato, não é nada simples a liquidação de sentença – a lógica que admite a retenção de valores somente se justifica presente uma cláusula penal compensatória. Outrossim, carece ela de fundamento jurídico, a não ser que se pretenda, a esse título, realizar uma (discutível) avaliação equitativa do prejuízo.

⁹⁷⁷ A decisão, embora se referia à inexistência de danos ao vendedor, julgou caso de atraso de entrega de imóvel e, portanto, ainda que houvesse danos, esses não seriam indenizáveis. O que chama atenção, contudo, é que o próprio acórdão afirma que, sendo culpada a construtora, ela não poderia reter os pagamentos recebidos, pois ficaria com o imóvel valorizado em seu patrimônio. À compradora, contudo, não foi deferida valorização do bem, em nítida situação de enriquecimento da parte inadimplente. (TJSP, Ap.Cív. 9198291-46.2007.8.26.0000. Relator (a): Moreira Viegas; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/12/2011; Data de registro: 16/12/2011; outros números: 5448154100).

⁹⁷⁸ Assim, por exemplo, o julgamento de Apelação Cível no qual se consignou que a retenção do percentual de 20% (vinte) por cento do quanto já pago seria razoável, pois “devem ressarcir os promitentes vendedores de eventuais perdas e danos, daí porque justificável a parcela de retenção, considerando ainda o tempo em que ocuparam o imóvel sem a devida contraprestação” (TJSP, Ap. Cív. nº 5478-86.2013.8.26.0566. Relator (a): Marco Cesar Müller Valente; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: Órgão Julgador Não identificado; Data de registro: 08/06/2005; outros números: 1178250300).

⁹⁷⁹ TJSP, Ap.Cív. nº 57.692-4/3. Relator (a): Hélio Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/04/2011; Data de registro: 04/05/2011.

E, exemplificando os casos em que há alteração da cláusula penal existente em contrato, vide decisão que, a despeito de reconhecer a responsabilidade dos compradores pela resolução entendeu que, na medida em que o imóvel não havia sido entregue, “inexistente qualquer desvalorização para a demandada com a rescisão contratual”. Diante disso, limitou-se a incidência de cláusula penal às parcelas já pagas, e não à integralidade do preço contratual.⁹⁸⁰

As decisões, com efeito, adequam-se ao entendimento sumulado da Corte paulista, no sentido de que o comprador pode demandar a resolução do contrato, mesmo quando inadimplente, “admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”.⁹⁸¹ Ou seja, presume-se a ocorrência de tais danos – algo um tanto criticável no que diz respeito à necessidade de comprovação do prejuízo.

Mais do que isso, e bem sopesada a circunstância em que se encontra o vendedor lesado, o enunciado parece possibilitar dois resultados diametralmente opostos: sob o ponto de vista do vendedor, impõe-lhe a assunção de um nítido risco de prejuízo, que ocorrerá se houver desvalorização do bem; e, mais relevante, sob o ponto de vista do comprador, imputar a indenização de um prejuízo que pode nem sequer ter ocorrido.

Ora, se o vendedor acordou em realizar a venda do imóvel por R\$ 100.000,00, sendo que a construção lhe custa R\$ 60.000,00, suas despesas fixas R\$ 10.000,00 e despesas daquele contrato R\$ 5.000,00, ele espera obter uma vantagem de R\$ 25.000,00, sendo esse o seu *interesse positivo*. Se, resolvido o contrato, o mesmo bem pode ser revendido a terceiro por R\$ 120.000,00, e ainda que as despesas fixas sejam repetíveis no novo contrato, ainda assim ele estará em nítida situação de vantagem.

Com efeito, obterá R\$ 120.000,00, ao que se descontam os R\$ 75.000,00 dos gastos fixos e variáveis do primeiro contrato e, por exemplo, R\$ 5.000,00 dos custos da nova contratação. A ele sobram R\$ 40.000,00, mais do que suficiente para lhe cobrir a vantagem esperada com o contrato que não se cumpriu.

É evidente que a quantificação real dos prejuízos pode não ser tão simples como a exemplificada e que, muitas vezes, haverá um saldo em favor do vendedor. De toda a sorte, não se entende adequado conferir ao comprador o seu *interesse positivo* (a valorização do imóvel) e, ao vendedor, limitar-se a indenização do *interesse negativo* (custos tornados

⁹⁸⁰ TJSP, Ap. Cív. nº 78.640-4/0. Relator (a): José Luiz Fonseca Tavares; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 17/05/1999.

⁹⁸¹ Súmula 1. Seção de Direito Privado e Câmara Especial. Direito privado 1.

inúteis).⁹⁸² Note-se, ainda, que referida súmula não se limita a contratos de consumo, aplicando-se indistintamente também a vendas entre particulares, caso no qual se impõem uma visão ainda mais crítica no que toca à sua justificação jurídica.

Em suma, a análise jurisprudencial denota que, mesmo diante de um caso que não se poderia qualificar como complexo – e cuja relevância na prática forense brasileira é incontestável –, o tratamento do problema indenizatório no Direito brasileiro é bastante heterogêneo. Novamente, e tal como se concluiu o tratamento jurisprudencial da hipótese de *ruptura de negociações* (item 3.1.2, Capítulo 4), a compreensão do *dano indenizável* desde a lente do *par conceitual* poderia conferir respostas à desejável uniformização.

Desse panorama geral, contudo, deve-se evidenciar que não há uma rejeição absoluta da indenização do *interesse positivo* no caso de resolução pela jurisprudência que, em geral, não reflete a visão crítica encontrada na doutrina que se dedica ao tema. É bem verdade, também, que o mesmo se poderia afirmar no que toca ao *interesse negativo*, admitido (de certa forma) amplamente. É com essa dualidade que se finaliza a tese.

5. A indenização por despesas desaproveitadas: proteção *negativa* do contrato?

Sem desconsiderar o caráter já complexo da discussão até agora colocada, não se poderia concluir o trabalho sem traçar algumas linhas – ainda que em caráter nitidamente introdutório –, propondo um olhar que se confunde como um *novo objeto de investigação* e ao mesmo tempo um *complemento necessário* à exposição do tema.

⁹⁸² Algumas notas devem ser traçadas no que toca à indenização pelo uso do imóvel que vem a ser posteriormente restituído, também revista no entendimento sumular. A discussão é, novamente, existente quando não há mecanismos contratual que preveja o pagamento pelo uso do imóvel, situação cada vez menos comum. Com efeito, a restituição das partes ao estado anterior, com a devolução do bem ao vendedor e das parcelas pagas ao comprador (ainda que de forma parcial), não tem o efeito de apagar a ocorrência de utilização do imóvel. É assente a jurisprudência, nas duas Cortes analisadas, ao conferir indenização pelo uso do bem, arbitrada pelo valor do bem. A qualificação dessa rubrica, contudo, ainda é controvertida. Há julgados que entendem uma eficácia da restituição (TJSP, Ap.Cív. 0066346-23.2012.8.26.0224Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/10/2015; Data de registro: 21/10/2015), outros que o ligam ao enriquecimento sem causa e, por fim, entendimento de que seria indenização pela falta de cumprimento. (STJ, REsp 1258998/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2014). Sem pretender solucionar a questão quanto ao alcance da restituição – a qual, repita-se, é tema ainda a ser desbravado no Direito brasileiro – parece adequado afirmar que o vendedor tem direito a receber o pagamento pelo uso do bem independentemente da responsabilidade pela falta de cumprimento. No mínimo, portanto, ele tem direito a restituição por enriquecimento sem causa. Uma interpretação adequada, apenas a título de fomentar o debate, parece residir em qualificar o pagamento de alugueis como uma eficácia da restituição, própria à resolução que, contudo, terá natureza híbrida: se em favor da parte adimplente, qualificável como indenização e, ao contrário, em favor da parte inadimplente, como enriquecimento sem causa. Também cabível a inserção de regra contratual que guie o dever de restituição, até mesmo porque a resolução não apaga por completo os efeitos do contrato (diferentemente do que se passaria na resolução). Assim sustentando, vide MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. II, 2008, p. 996.

Refere-se à possibilidade de que, ao lesado, seja conferida a possibilidade de escolha do parâmetro indenizatório e, em especial, que possa demandar a reparação de despesas tornadas inúteis em substituição à indenização *no lugar da prestação*.

A proposição de escolha não se confunde com a cumulação de pedidos que, como afirmado, é obstada (item 2.2, Capítulo 4). Refere-se, portanto, a uma alternativa, ou seja, de se optar por demandar a indenização do *interesse positivo* ou, ao contrário, ao ressarcimento de despesas contratuais realizadas em confiança quanto ao cumprimento.

A admissão da escolha tem sentido em contratos sem um conteúdo econômico evidente (o que a doutrina alemã chama de *contratos com finalidade ideal*) ou naqueles em que a liquidação do *interesse positivo* suscita dificuldades práticas. Em qualquer um dos casos, negar-se ao lesado a indenização poderia corresponder a uma solução em descompasso com a lógica protetiva fomentada pelo sistema de descumprimento.

É o que se passa na hipótese de compra de uma obra de arte para fins voluptuários e uso pessoal, ou mesmo na compra de um ingresso para um concerto de música. Neles, não há propriamente um *equivalente* à prestação descumprida – embora possa haver um *equivalente* aos danos sofridos.

Ou, de outra ponta, em contratos comerciais ou empresariais que envolvam a manutenção de uma *empresa* – no sentido técnico do termo, como atividade econômica organizada – e cujo rompimento não permite (na ausência de um dispositivo legal específico) um cálculo seguro da vantagem esperada pela parte inocente.

Nesses casos, conferir ao lesado a possibilidade de escolha da forma de liquidação de seu prejuízo, ou seja, de lhe permitir o ressarcimento de despesas como forma de indenização, pode ser a única forma segura de lhe assegurar o recebimento de indenização pelo descumprimento do contrato.

A questão deve ser melhor sob duas óticas interligadas. Dizem elas respeito tanto à viabilidade (ou seja, à compatibilidade) da indenização de *despesas* na resolução e, em especial, à qualificação jurídica do pedido de ressarcimento de tais despesas desaproveitadas: seria ele vinculado ao *interesse negativo* ou ao *interesse positivo*?

A resposta pressupõe rememorar que há duas formas de compreensão do sentido de *despesas desaproveitadas* (item 3.1.1, Capítulo 4). A primeira, é compreendida no sentido literal da expressão, ou seja, à realização de despesas que se tornam inúteis. O segundo, por

sua vez, liga-se ao chamado *pensamento de frustração*, pelo qual se presume a realização de despesas incluídas no cálculo da vantagem que o lesado pretendia obter.⁹⁸³

Os dois grupos de exemplos acima referidos denotam com precisão essa distinção. No caso de *contratos ideais*, a parte não tem efetivamente uma expectativa de *lucro*, mas uma expectativa de obter uma *utilidade* não calculável em pecúnia. Eventuais despesas inúteis não são vinculadas à uma presunção de rentabilidade.

Imagine-se a compra de uma obra de arte, em que o credor adquire uma moldura sob encomenda. A obra é destruída pelo vendedor; mas seu preço se manteve e o comprador não pretendia revende-la. Não há que se falar em tutela pelo *cumprimento pelo equivalente*, pois ele equivaleria à restituição do preço pago, idêntico resultado que se obteria com a demanda resolutiva. Caberia à parte ser indenizada pelo custo da moldura?

É esse o caso típico de *despesas desaproveitadas* vinculadas ao sentido literal da expressão. O comprador não pretendia *lucrar* com a obra, e nem com a moldura, mas, antes, objetivava um conteúdo ideal, representado pela decoração propiciada pela arte. O seu desaproveitamento é bastante próximo à rubrica que compõe o *interesse negativo*.

Já, porém, nos contratos *comerciais* ou *empresariais*, há nítida pretensão lucrativa. O franqueado que, investindo na contratação de aluguel da loja e no seu mobiliário, vê injustamente rompido o contrato de franquia (antes ou após o início das atividades), vê igualmente frustrada a pretensão de lucro que se presumia inserida nos gastos realizados.

Nesses casos, a noção de dispêndio não é um dano que puramente decorre do desaproveitamento, sendo uma frustração qualificada: as despesas presumem-se inseridas na perspectiva de lucro esperada pelo contrato. Ligam-se, assim, ao *interesse positivo*.

A questão foi objeto da Reforma do Direito alemão, a qual lançou luzes sobre a qualificação da indenização por despesas desaproveitadas. Por ela, inseriu-se nova redação ao § 284 BGB⁹⁸⁴, passando-se a admitir que, por um critério de *alternatividade*, o credor possa demandar o ressarcimento de dispêndios investidos na confiança quanto ao cumprimento, deixando de demandar as perdas e danos substitutivas da prestação.

O dispositivo, atualmente foco das mais relevantes discussões doutrinárias em relação à falta de cumprimento no Direito alemão, poderia conduzir à conclusão de que

⁹⁸³ A distinção é procedida também por Paulo Mota Pinto, que adere um terceiro sentido ao termo. Para ele, deveriam ser distinguidos a indenização correspondente ao verdadeiro *interesse negativo*, vinculada ao *dano da confiança* e compreensível também de lucros cessantes de contratos alternativo, aquela de consideração dos custos em uma *presunção de rentabilidade*, vinculada ao *interesse positivo* e a concessão do ressarcimento de despesas desvinculado de ambos os conceitos, ligados apenas a um desaproveitamento. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, pp. 1543-1544).

⁹⁸⁴ A transcrição do artigo foi realizada na NR 293.

haveria uma livre escolha e, mais do que isso, de que ela se daria entre a indenização do *interesse positivo* e do *interesse negativo*. A qualificação, contudo, não é tão pacífica.

Antes da entrada em vigor da nova redação do § 284 BGB, o Direito alemão admitia a indenização de *despesas desaproveitadas* desde que vinculadas ao *pensamento da frustração*, ou seja, em um sentido bastante limitado e estreito – já que delimitado a contratos com conteúdo econômico evidente, *comerciais* ou *empresariais*.⁹⁸⁵ Contratos com conteúdo *ideal*, por sua vez, não permitiriam a indenização de despesas.

Foi exatamente o que se passou no conhecido como *Stadthalle*, anteriormente mencionado:⁹⁸⁶ um partido político alugou um espaço municipal par realização de convenção partidária, assumindo custos de propaganda e de transporte de pessoal para a reunião. A autoridade municipal recusou-se a cumprir o contrato. *Quid juris* quanto às despesas havidas e tornadas inúteis com o rompimento unilateral?

A prestação do serviço era, em si, a vantagem esperada pelo contratante. Se ela tivesse ocorrido, as despesas havidas teriam sido absorvidas pelo cumprimento e, com isso, não poderiam ser consideradas inúteis. Ocorre, porém, que nenhum *lucro* era esperado com a convenção, ao contrário, em qualquer hipótese haveria gastos.

Por força disso, a decisão do caso concreto negou a indenização, por não se vislumbrar – antes da Reforma – o cabimento da *presunção de rentabilidade*. A injustiça da solução (trata-se, aliás, de uma decisão de cunho político bastante discutida na Alemanha) acabou por abrir espaço à necessidade de um dispositivo que, de forma ampla, permitisse ao lesado uma escolha *alternativa*, de reparação das despesas tornadas inúteis.

O disposto no § 284 BGB, com efeito, admite de forma ampla uma escolha quanto ao conteúdo indenizatório, não sendo delimitado à *presunção de rentabilidade* e aplicável tanto a contratos *ideais* como a *contratos comerciais*.⁹⁸⁷ Na lição de Stefan Lorenz, cabe ao lesado realizar o cálculo matemático da opção que lhe seja mais vantajosa.⁹⁸⁸ As despesas, contudo, devem ser *razoáveis* e feitas em *confiança*.

É a partir desse dispositivo, por exemplo, que Hans Grigoleit entende indenizáveis despesas havidas por um casal que, tendo feito reservas de passagem aérea e estadia em uma

⁹⁸⁵ LORENZ, Stefan. Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendersatz (§ 284 BGB). In: JuS. 48. Jahrgang 2008. München: C.H.Beck, p. 673.

⁹⁸⁶ O caso foi mencionado na NR 541.

⁹⁸⁷ Assim, sendo o contrato *ideal*, é irrelevante uma *presunção de rentabilidade*. Sendo, contudo, um contrato comercial, ela será calculada na forma do § 284 BGB. (LORENZ, Stefan. Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendersatz..., p. 674).

⁹⁸⁸ LORENZ, Stefan. Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendersatz..., p. 674.

cidade para assistir a um show de música, acaba tendo que cancelá-las (sem estorno integral) diante do cancelamento da realização do show. Trata-se de um contrato *ideal*.

Para o jurista, tais custos somente não seriam indenizáveis se o devedor comprovasse que os gastos teriam sido inúteis independentemente do descumprimento, como no caso de o casal estar impossibilitado de comparecer ao show por motivo de uma doença ou de uma greve no setor aéreo.⁹⁸⁹ Nos demais casos, são despesas inúteis.

O § 284 BGB, portanto, permite tanto a indenização de simples *despesas desaproveitadas* como rubricas ligadas ao *interesse negativo*, como também o ressarcimento vinculado à presunção de rentabilidade de tais dispêndios, algo que se aproxima do *interesse positivo* da parte. Daí porque sua qualificação seja controvertida.⁹⁹⁰

Note-se que essa distinção é essencial à análise da viabilidade de uma solução análoga no Direito brasileiro e diz respeito, essencialmente, ao primeiro sentido da expressão *despesas desaproveitadas*, vinculadas ao *interesse negativo*. Isso porque esse não é, de plano, o *interesse* indenizável no caso de inadimplemento da obrigação.

Admitindo a possibilidade de escolha é a lição de Pontes de Miranda e de Ruy Rosado de Aguiar Jr, supra referidas.⁹⁹¹ Ambos os autores defendem a compatibilidade da indenização do *interesse positivo*, mas também o seu caráter alternativo ao *negativo*, o que daria luz ao remédio resolutivo com forma de proteção ao credor lesado. Sob o termo, seriam ressarcíveis justamente as despesas desaproveitadas.

E, de fato, apesar da defesa que se fez quanto à admissibilidade e compatibilidade da indenização do *interesse positivo* em caso de resolução, é também de se concordar que não há uma incompatibilidade evidente na solução de indenização do *interesse negativo*. O que não se entende cabível – e, com isso, ilógico – é delimitar, restringir ou constranger o credor a essa indenização. Não, porém, conferir a ele um caráter de alternatividade.

Ora, rememorando o quanto se afirmou no Capítulo 2 (item 4.1), o sentido de *confiança* é ubíquo, encontrado espaço também na tutela do contrato. Dessa forma, ter-se-ia uma *escolha* – máxime em contratos ideais – pela indenização do *interesse na confiança*

⁹⁸⁹ GRIGOLEIT, Hans. Neuregelung des Ausgleichs ‘frustrierter’ Aufwendungen (§ 284 BGB). ZGS 2002, 122, pp. 122-124 (Augabe 3).

⁹⁹⁰ Entendendo ser o *interesse negativo* que vem indenizado PALANDT/Grünberg. Bürgerliches..., p. 404 (§ 284) e, por sua vez, sustentando que é o *interesse positivo* vide a referência ao texto de Hans Grigoleit, abaixo bem como STOPPEL, Jan. Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB. In: Archiv für die civilistische Praxis. 204. Band. Mohr Siebeck, 2004, p. 88.

⁹⁹¹ AGUIAR JR., Ruy Rosado. Extinção..., p. 269 e PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado..., Tomo XXXVIII, p. 340 § 4.146. Defendendo também a cumulação, vide USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2007, p. 185.

contratual, calculado à base do *interesse negativo*. A ausência de um sentido claro do *interesse positivo* não poderia reconduzir à impossibilidade de indenização.

A concepção vincula-se à proposição do *reliance interest* no *common law*, no qual, desde o paradigmático texto de Fuller e Perdue, se considera a possibilidade de sua indenização nos quadrantes do contrato (vide item 4.2, Capítulo 2).⁹⁹² Nesse sentido, “parece que o *reliance interest* é frequentemente reparável como alternativa ao *expectation interest*, se o demandante escolhe assim demandar”.⁹⁹³

E, para além de uma alternatividade legal, pode repousar inclusive no *Tatbestand* da confiança, como defende Manuel António Carneiro da Frada, enxergando no contrato um elemento de estabilização de expectativas cujo descumprimento permitiria – extraíndo um *duplo significado* do vínculo contratual – que autorizaria a escolha do credor.⁹⁹⁴

E o que dizer quanto à chamada *presunção de rentabilidade*, vinculada ao *interesse positivo*? Primeiramente, de que ela corresponderia ao sentido imediato e natural da indenização devida pela falta de cumprimento e no caso de resolução que é, como defendido, a *situação hipotética* de cumprimento sintetizada pelo *interesse positivo*; e, em segundo ponto, que ela se mostra plenamente defensável no Direito brasileiro.

Esse pensamento tem especial razão de ser em contratos que possuam uma finalidade lucrativa evidente, porém sejam de liquidação dificultosa ou mesmo impossível. Ou, como afirma Pietro Trimarchi, quando “o interesse lesado não seja passível de valoração, ou não seja facilmente convertido em valor em dinheiro”.⁹⁹⁵

À semelhança do caso *Stadthalle*, mas aderindo a ele um conteúdo lucrativo evidente, é o também paradigmático julgado *Anglia Television* (vide NR 548, Capítulo 4), no qual se pretendia a indenização por despesas havidas para preparação de filmagem de um filme que, em decorrência do rompimento unilateral pelo ator principal contrato, restaram integralmente frustradas. A hipótese era de *presunção de rentabilidade*.⁹⁹⁶

⁹⁹² É esse o sentido do § 349 do Restatement (Second) of Contracts: § 349. Perdas e danos embasadas no *interesse negativo* (*reliance interest*). Como alternativa à quantificação dos danos estabelecida no § 347, a parte lesada tem o direito de demandar perdas e danos pelo *reliance interest*, incluindo despesas realizadas em preparação ao cumprimento ou para o cumprimento, a não ser que a parte lesante possa comprovar com razoável certeza que a parte lesada não teria sofrido aqueles danos se o contrato tivesse sido cumprido” (em tradução livre). O dispositivo, como se vê, é muito próximo àquele adotado na Alemanha após a Reforma no § 284 BGB.

⁹⁹³ ATIYAH, Patrick. An Introduction..., p. 449.

⁹⁹⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança..., pp. 666-667.

⁹⁹⁵ TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo..., p. 647.

⁹⁹⁶ Ainda que, como visto, seja discutível essa conclusão, uma vez que o próprio julgado considerou a hipótese de indenização do *reliance interest*.

Uma vez admitida, as despesas havidas pelo lesado em confiança ao cumprimento são tomadas como uma presunção (relativa é verdade), de que o cumprimento do contrato representaria ao credor (no mínimo) o ressarcimento de tais dispêndios. Vinculam-se, portanto, ao *interesse positivo* e são por ele indenizáveis.⁹⁹⁷

Tomada as despesas como uma *presunção de lucratividade*, mostra-se plenamente possível sustentar um caráter variante de uma opção aberta à parte lesada, que poderia tomar como parâmetro indenizatório o investimento que realizou na confiança. No Brasil, a compatibilidade da solução parece se justificar por ao menos dois fundamentos.

Em primeiro ponto, porque a falta de cumprimento é potencialmente lesiva dos interesses do credor, ainda quando não seja possível o cálculo do *equivalente*. Não permitir a liquidação seria mais danoso do que permitir a presunção de rentabilidade das despesas. E, respeitosamente, é isso que se vê em uma série de julgamentos, os quais desconsideram a eficácia vinculante do contrato para deixar de conferir a indenização.

De outro lado, e por analogia, parece ser essa a solução indiretamente proposta pelo legislador no art. 473, parágrafo único, CC ao obstar o direito de denúncia (imotivada) de contratos por tempo indeterminado antes de “transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.” Ali, não se refere ao *lucro* esperado, mas é certamente esse que se protege e que se presume decorrer dos gastos.

Se mesmo contratos por prazo indeterminado possuem uma previsão de rentabilidade tutelada pelo Direito brasileiro, o que dirá de contratos em que essa presunção é ligada de forma ainda mais evidente ao direito de manutenção das expectativas contratuais. Se na hipótese *mais excepcional* se permite uma presunção de rentabilidade, com maior razão se deve admiti-la naquela *menos excepcional*.

Não parece adequado, contudo – como também não o é na Alemanha – que a parte possa requerer a reparação de *lucros cessantes* de negócios alternativos, pois nesse caso lhes tocariam as mesmas dificuldades de liquidação que, em primeiro lugar, justificam a adoção do parâmetro das despesas como lucro.⁹⁹⁸ Trata-se, aliás, de um argumento favorável à sua recondução à tutela do *interesse positivo* e não do *negativo*.

⁹⁹⁷ Muito embora haja um caráter simbiótico e até *cinzento* dessa definição. Refere-se ao fato de que as despesas indenizáveis devem ter sido realizadas *em confiança* quanto ao cumprimento do contrato algo que, como se viu, remeteria à noção de *interesse negativo*.

⁹⁹⁸ Na síntese de Paulo Mota Pinto: “a indenizabilidade também do interesse negativo, *sem qualquer limite* correspondente ao interesse contratual positivo, no caso de não cumprimento do contrato, permitiria ao lesado *transferir* para o contraente que não cumpre eventuais perdas do negócio – por o lesado ter realizado despesas para além daquelas que tornariam o negócio rentável – e mesmo perdas resultantes de outras oportunidades que o credor deixou passar, sem qualquer limite que não fosse o da causalidade”. Nas suas palavras, isso

Fato é que, independente da classificação que lhe seja conferida, e se sabe estar diante de uma *zona cinzenta*, o fundamento maior do sistema contra o descumprimento contratual é a tutela do credor. Dessa forma, dificuldades de liquidação do prejuízo não devem vir em seu detrimento, sendo de se admitir a possibilidade de escolha.

Assim, e comprovada a existência de um contrato com finalidade *ideal*, possível a indenização de despesas independente de uma presunção de rentabilidade; se, contudo, se estiver diante de um contrato *comercial* ou *empresarial*, e desde que incabível ou dificultoso o cálculo do *equivalente*, cabível a reparação das despesas por presunção de rentabilidade. Em ambos os casos, o lesante poderá fazer a contraprova.

Ou seja, poderá comprovar que as despesas seriam inúteis mesmo que o contrato tivesse sido adequadamente cumprido ou, no caso da presunção de rentabilidade, que o lucro esperado não teria ocorrido.⁹⁹⁹ Imprescindível, contudo, que em ambos os casos as despesas tenham sido realizadas em atenção à *confiança* quanto ao cumprimento e, mais do que isso, de que sejam razoáveis dentro do panorama contratual.

6. Síntese

Embora a proteção contra o descumprimento contratual seja fundamental e central ao Direito das Obrigações, o estudo acima realizado denotou que não existe um caminho seguro tanto para definição de seus pressupostos, como para delimitação do dano indenizável diante dos diferentes regimes consequenciais admitidos.

À luz da interpretação das diferentes consequências abertas ao lesado pelo descumprimento, às quais são cumuláveis com a indenização por *perdas e danos*, demonstrou-se que é o *interesse positivo* a medida adequada dos danos sofridos. Isso se passa com evidência no cumprimento pelo equivalente, mas também na resolução.

Especificamente em relação ao remédio resolutivo, anotou-se a existência de entendimentos doutrinários que limitam a indenização ao *interesse negativo*, cujos argumentos foram analisados de forma verticalizada. Concluiu-se não ser incompatível que a indenização cumulável à resolução se dirija ao *interesse positivo*.

importaria na identificação da parte contratual a um “segurador forçado”. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse..., vol. II, p. 1548).

⁹⁹⁹ Como afirma Patrick Atiyah, o lesante poderá sempre comprovar que o lucro esperado não era realizável. Em suma: “o demandante, em outras palavras, não tem o direito de escapar a um mau negócio ao pedir a indenização do *reliance damage* em decorrência do descumprimento”. (ATITYAH, Patrick. An Introduction..., p. 449).

Questões de colocam no que diz respeito ao cálculo da *situação hipotética* com o cumprimento do contrato, que pode ser por vezes difícil ou sequer possível. Ao final, então, propôs-se a possibilidade de se aventar uma escolha (nitidamente *alternativa*) entre a liquidação do *interesse positivo* e o ressarcimento de despesas.

Conclusões

A tese partiu da premissa de que a reparação do dano patrimonial ocorrente no *iter* negocial é tema ainda merecedor de aprofundamento no Direito brasileiro e que a adoção dos conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo* permitiria suprir essa lacuna tão sensível. Desenvolvido o trabalho tanto sob viés teórico como prático, pode-se agora sintetizar as principais conclusões e perspectivas extraíveis da tese proposta:

1. Desde a singela proposição de Rudolf von Jhering em meados do século XIX, as noções de *interesse (contratual) positivo* e *interesse (contratual) negativo* têm fomentado relevantes desenvolvimentos no tema da reparação do dano patrimonial. Longe de uma construção jurídica meramente histórica, ambos mantêm-se úteis ferramentas de compreensão do alcance do dano indenizável no *iter* negocial.

2. Nada obstante, esse *par conceitual* encontrou pouco eco no Direito brasileiro, silêncio que se estende à doutrina e à jurisprudência. Ainda que não se possa afirmá-lo desconhecido, ele certamente não foi submetido a uma verdadeira verticalização, não tendo sido explorado em suas reais potencialidades.

3. O tratamento mais aprofundado dos conceitos revela a existência de um importante problema na compreensão da relação jurídica de reparação do dano ocorrente no *iter* negocial, abrangente tanto do dano *in contractu* como do dano *in contrahendo*.

4. Com efeito, afirmar o direito à reparação de *perdas e danos* é insuficiente para a efetiva compreensão do alcance da indenização. O termo apenas sintetiza a forma pela qual a reparação é prestada, e que se realiza mediante um pagamento pecuniário substitutivo ao dano sofrido. A sua efetiva composição, contudo, é flexível e não unitária.

5. Ainda que o preenchimento da reparação seja determinado pelas regras de responsabilidade civil, e especialmente pelo nexo de causalidade, fato é que pensar essa composição desde as lentes proporcionadas pelo *par conceitual* é bastante útil, não apenas para permitir uma adequada indenização, como para compreender a hipótese lesiva.

6. Originalmente, o *par de conceitos* explicava o direcionamento da indenização em caso de descumprimento de contratos válidos e de *culpa in contrahendo*, àquela altura identificada (em especial) à formação de contratos inválidos. Esse direcionamento seria *positivo* ou *negativo* em relação ao contrato, respectivamente.

7. A proposição, portanto, nada mais era do que uma *fórmula de síntese* da relação reparatória, que pode ser construída mediante adição ou abstração de determinado acontecimento; a indenização pode se direcionar tanto a um estado *ad quem* como *a quo*.

8. O *interesse positivo* sintetiza uma indenização substitutiva voltada à recolocação do lesado na situação de cumprimento do pacto, enquanto que, no *interesse negativo* esse direcionamento volta-se à situação em que o lesado estaria se não houvesse iniciado as tratativas ou confiado na conclusão adequada do negócio jurídico.

9. A lógica inerente aos conceitos é inconteste. Há uma diferença fática e prática entre recolocar o lesado na situação de cumprimento do pacto e naquela em que estaria se não tivesse confiando na sua conclusão. Isso compreendido, é preciso elucidar o caminho para definição das suas hipóteses de aplicação.

10. Em diferentes ordenamentos jurídicos, vislumbrou-se a ampliação do âmbito de atuação dos conceitos, especialmente fomentado pelo alargamento da *culpa in contrahendo*. Vinculada a fase pré-negocial à confiança, propôs-se mesmo um *interesse na confiança* em substituição ao *interesse negativo*, o qual se contraporia ao *interesse no cumprimento*, esse no lugar do *interesse positivo*.

11. As dicotomias *validade vs. invalidade* ou aquela que o substituiu, estabilizada entre o *cumprimento* e a *confiança*, mostraram-se invariavelmente relativas. Afinal, o dano indenizável deve ser obtido *in concreto*, não podendo ser definido de forma apriorística a partir da uma consequência indenizatória rígida.

12. A conclusão, a que se chegou em diferentes ordenamentos jurídicos, foi responsável por reafirmar que o *interesse positivo* e o *interesse negativo* são apenas fórmulas sintéticas da composição da relação jurídica de reparação do dano. E, ainda que se possa entender o sentido de *interesse* que lhes é subjacente como o objeto de proteção do Direito (o *interesse juridicamente tutelado*), esse não é um dado apriorístico.

13. Ora, o *locus* de aplicação dos conceitos confunde-se com problemas centrais do Direito das Obrigações, bem assim com transformações centrais na sua compreensão. Essa percepção, ao que se alia a própria fluidez do conceito de dano, coloca em dúvida a possibilidade de definição apriorística da consequência indenizatória devida. Diante disso, o que se dizer da aplicação do *par conceitual* ao Direito brasileiro?

14. Em primeiro ponto, que as hipóteses lesivas por ele recobertas são há muito conhecidas e estudadas pela doutrina nacional. O afirmado silêncio no Direito nacional

estende-se, pois, apenas às consequências reparatórias representadas pelo *par conceitual*, e não às hipóteses lesivas por eles recobertas, o que potencializa a utilidade do estudo.

15. Em segundo ponto, que se deve ler com cautela a doutrina estrangeira, especialmente quando se observa que uma leitura delimitadora dos conceitos em outras experiências jurídicas levou à construção de dogmas, potencialmente limitadores da indenização devida e incompatíveis com as regras gerais de responsabilidade civil.

16. E, por fim, que uma leitura estratificada da aplicabilidade dos conceitos é tão criticável quanto a absoluta ausência de seu tratamento, como se passa no Direito brasileiro. Conforme análise doutrinária e jurisprudencial realizada no curso da tese, há uma indesejada heterogeneidade na definição do dano patrimonial no *iter* negocial.

17. É, pois, no equilíbrio propiciado por uma leitura crítica de estratificações havidas no Direito comparado, bem como pela necessidade de se repensar a forma de composição da reparação do dano patrimonial, que se sugere a aplicação dos conceitos na experiência jurídica nacional. E assim se faz por defender que ambos são relevantes instrumentos que permitem compreender o *evento lesivo* e a *consequência reparatória*.

18. O *interesse positivo* e o *interesse negativo* não devem, pois, ser lidos como definidores das hipóteses lesivas, mas antes como resultado da aplicação das regras de reparação de danos, essencialmente por permitir concretizar sua função compensatória.

19. Exatamente por permitir obter a adequada conformação da relação jurídica de reparação, os conceitos alinham-se à regra pela qual a indenização deve ser medida pela extensão do dano. Este, contudo, não será sempre idêntico, e por um duplo motivo: primeiro, porque há diferentes *eventos lesivos* no *iter* negocial e, segundo, porque o dano é medido em relação específica à parte lesada, e não abstratamente.

20. Para confirmar seu caráter instrumental, propôs-se que a aplicação do *par conceitual* seja realizada mediante um *duplo filtro*. No primeiro deles, obtém-se um sentido tendencial da indenização, depurado do momento em que o *evento lesivo* ocorre. No segundo, que pode corrigir ou confirmar essa tendência reparatória, aprofunda-se o estudo da hipótese lesiva e do sentido de proteção conferido pelo ordenamento.

21. Dessa forma, o *interesse positivo* é tendencialmente reparável na hipótese de descumprimento negocial, enquanto que o *interesse negativo* é tendencialmente reparável na hipótese de responsabilidade civil pré-negocial. Mas, analisando com mais profundidade o *sentido da proteção conferida ao lesado*, pode-se obter resultado diverso.

22. Para confirmar o percurso teórico, bem como demonstrar a forma de aplicação dos conceitos, foram trabalhados dois relevantes grupos de casos. Cada um deles foi estudado à luz do *duplo filtro*, tendo em consideração a noção dos conceitos como voltados à recondução econômica do lesado a diferentes situações hipotéticas.

23. No primeiro grupo de casos, localizado na responsabilidade pré-negocial, delimitou-se o estudo às hipóteses de não formação do contrato. Demonstrou-se que, em regra, não se forma um dever de contratar na fase pré-negocial, pelo que a *ruptura injustificada de negociações* atinge um *dever de confiança* ou de *boa-fé*.

24. Dessa forma, e desde que se esteja diante de um caso efetivo de *ruptura de negociações*, a indenização devida confirma-se como direcionada ao *interesse negativo*. Ela abrangerá tanto *danos emergentes* como *lucros cessantes*, calculados em atenção à situação em que a parte estaria se não houvesse confiado no contrato.

25. Em geral, os danos emergentes correspondem a despesas realizadas na confiança quanto à formação posterior do pacto, e que se tornaram inúteis diante da violação das expectativas, enquanto que os lucros cessantes correspondem à perda de vantagens que se poderia obter em um negócio jurídico alternativo.

26. Haverá, contudo, correção dessa tendência reparatória em hipóteses excepcionais nas quais se possa vislumbrar um *dever de contratar*, seja pela prática de ato com eficácia própria (como a proposta irrevogável), seja porque a interpretação das circunstâncias negociais pode depurar a existência de um “ponto de não retorno”.

27. Nestes casos, cuja ligação à responsabilidade pré-negocial poderia mesmo ser colocada à prova, é o *interesse positivo* que deve ser indenizado. A situação hipotética em que o lesado estaria sem o evento lesivo é aquela de existência do contrato.

28. O segundo grupo de casos propostos refere-se à responsabilidade pela falta de cumprimento contratual. Na medida em que os conceitos trabalhados voltam-se à reparação do dano e, portanto, à prestação do *id quod interest*, estudou-se apenas a hipótese em que a indenização seja substitutiva do cumprimento, e não apenas moratória.

29. Os conceitos são aplicáveis, portanto, no *cumprimento pelo equivalente* e na *resolução* do contrato pela falta de cumprimento, ambos entendidos como remédios voltados à tutela da parte lesada pela falta de cumprimento. Sua distinção prática, embora facilmente compreensível em teoria, nem sempre se mostra viável no caso concreto.

30. No primeiro caso, em que o contrato é cumprido pelo equivalente pecuniário, a parte lesada se mantém obrigada a efetuar a sua contraprestação. É bastante evidente a confirmação da tendência reparatória do *interesse positivo*.

31. Compõem a sua indenização tanto a conversão da prestação descumprida em termos pecuniários, como a indenização por danos causados pela falta de sua entrega. Essa conversão pode ser, nas obrigações de dar, obtida abstratamente ou, nos demais casos, mediante uma operação substitutiva realizada para satisfação do credor.

32. Mas, exatamente porque ao credor é determinada a manutenção da contraprestação em troca do recebimento de uma prestação substitutiva, em grande parte dos casos é o remédio resolutivo que se coloca em primeiro plano. Isso porque ele permite mitigar os riscos da falta de cumprimento, ao liberar ambas as partes do cumprimento específico da prestação e, caso este já tenha ocorrido, determinar a sua restituição.

33. Como ao lado dessa eficácia liberatória e restitutória admite-se também a indenização por *perdas e danos*, uma análise mais atenta à luz do *segundo filtro* proposto coloca em discussão a manutenção da tendência reparatória voltada ao *interesse positivo*, ante o caráter constitutivo negativo da resolução.

34. Tal como defendido, trata-se de um “*falso*” problema de compatibilidade, havendo de se confirmar a reparação do *interesse positivo* no caso de resolução contratual. Isso se passa por uma série de considerações, sintetizadas no fato de que o remédio resolutivo é composto por três eficácias distintas, ainda que interligadas.

35. A resolução implica a liberação das partes, a restituição do quanto prestado e a indenização por danos. Somente a restituição (quando admitida) é que se volta ao *status quo ante*. A indenização, por sua vez, mantém-se voltada a um *status ad quem*.

36. Nessa hipótese, o *interesse positivo* compõe-se do valor da prestação substitutiva, ao qual se compensa a contraprestação devida a cargo do credor. Ao invés de se operar um pagamento em sub-rogação, opera-se um cálculo de diferença. Os resultados obtidos são, contudo, economicamente idênticos – ainda que por ficção.

37. O credor lesado tem direito a ser recolocado na situação em que estaria de o contrato houvesse sido cumprido, ainda que posteriormente resolvido pela falta de cumprimento. É o *interesse positivo* que se confirma como o direcionamento reparatório.

38. Apesar de a indenização do *interesse positivo* ser plenamente compatível com a resolução, não se desconsidera que o seu cálculo possa ser de difícil liquidação. A

consideração, aliás, atinge essencialmente a noção de conversão do cumprimento *in natura* em termos pecuniários, a qual nem sempre é cabível.

39. Isso se passa, com evidência, em contratos que não possuam um conteúdo econômico ou, ainda que o tenham, ele não seja facilmente liquidável. Daí ser de permitir que, comprovada tais circunstâncias, a parte possa optar pela indenização de despesas realizadas no curso do contrato, e dispendidas em confiança.

40. Nesses casos, o ressarcimento de despesas encontra-se em uma zona cinzenta entre o *interesse positivo* e o *interesse negativo*. E, de fato, embora a indenização cumulável com a resolução seja compatível com o primeiro, não se poderia negar que a tutela da confiança é também evidente no âmbito do próprio contrato, havendo de ser igualmente admitida.

41. A leitura da responsabilidade negocial e da pré-negocial a partir do *par conceitual* permitiu revisitar com maior profundidade a definição do *evento lesivo* e sua íntima ligação à relação jurídica de reparação de danos. Raciocínios análogos podem – e devem – ser feitos às inúmeras outras hipóteses lesivas no *iter* negocial.

42. A pergunta fundamental que se coloca é, justamente, em qual situação o lesado estaria não fosse o evento lesivo. Desde que não se estratifique a compreensão dessa situação hipotética, que é tão flexível quanto são as *perdas e danos*, obter-se-ão resultados que concretizam a função compensatória da responsabilidade civil.

43. A tese proposta não se limita às hipóteses práticas expostas no texto, portanto. Seu tratamento, com efeito, pretendeu demonstrar o caminho percorrido e confirmar a aplicabilidade da noção teórica de *interesse positivo* e de *interesse negativo* no Direito brasileiro: encontrou-se um problema, propôs-se uma solução e confirmou-se a viabilidade de sua aplicação à solução de problemas concretos.

44. Ao iniciar sua exposição sobre o tema aqui trabalhado, Paulo Mota Pinto valeu-se da genial constatação de Ernst Rabel, quanto ao fato de que a falta de desenvolvimento de conceitos jurídicos possa ter, uma vez por outra, efeito benéfico sobre a ciência jurídica mas que, bem ponderado, talvez não seja exatamente assim: “logo, porém, que passamos a possuir o saber, então já está perdido o Paraíso”.¹⁰⁰⁰

¹⁰⁰⁰ “Nichtentwicklung der Rechtsbegriffe kann auch einmal wohlthätig auf die Rechtsprechung wirken, obschon freilich nicht dem letzten Erfolge nach. Haben wir aber das Wissen, so ist die Paradies nicht mehr zu halten”. (RABEL, Ernst. Der sogenannte..., p. 151). No texto de Paulo Mota Pinto, a passagem é referida nos seguintes termos: “poucas frases serão porventura tão adequadas para caracterizar o efeito sobre a Civilística do par de noções introduzidas pelo génio pioneiro de Jhering como a que Ernst Rabel empregou, a seu propósito, há já quase cem anos” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual..., vol. I, p. 1). Subscreeve-se integralmente a sua afirmação.

45. Quanto mais aprofundado o estudo sobre os conceitos de *interesse positivo* e *interesse negativo*, mais se demonstra a imperiosa necessidade de pensar a reparação de danos a partir de suas lentes, instrumentais à compreensão do alcance do dano e das hipóteses lesivas decorrentes no *iter* negocial. Em verdade, o paraíso jamais existiu, pois, sem esse *par conceitual*, há *perguntas* para as quais não se obtêm as respectivas *respostas*.

Referências bibliográficas

- ACKERMANN, Thomas. Der Schutz des negativen Interesses. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007;
- AFFERNI, Giorgio. Il *quantum* del danno nella responsabilità precontrattuale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008
- AGUIAR JR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. vol. 4, p. 297 – 308, Out/2011;
- _____. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Resolução. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004;
- AGUIAR JR., Ruy Rosado. O direito das obrigações na contemporaneidade. In: Revista de Direito do Consumidor. Vol. 96/2014, p. 13 – 20. Nov - Dez / 2014;
- ALBUQUERQUE, Ruy de. Da culpa in contrahendo no Direito luso brasileiro. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Civil ao Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa. [texto não publicado];
- _____. Fuller, Lon L e Pardue, William R. Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza. Trad. esp. de José Puig Brutan, ed. Bosch, Barcelona, 184 p. In: Ciência e Técnica Fiscal. Série A. Outubro, 1962;
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações. 11. Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2008;
- _____. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Coimbra, 1984;
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de Direito Administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida e José dos Santos Carvalho Filho. 1ª ed. São Paulo: RT, 2014;
- ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3ª edição, atualizada. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1965
- AMBERG, Carl. Die gemeinrechtliche Lehre vom negativen Vertragsinteresse und ihre Ausgestaltung im BGB. Anton Kämpfe: Jena, 1907;
- ANDRADE, Manuel A. Domingues. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. I. Sujeitos e Objecto. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2003
- _____. Teoria Geral da Relação Jurídica. Vol. II. Facto jurídico, em especial negócio jurídico. Almedina: Coimbra, 2003;
- ANDREWS, Neil. Direito contratual na Inglaterra. São Paulo: RT, 2012;
- ANÉX, Jean. L'intérêt négatif, su nature et son étendue. Lausanne: Imprimerie Vaudoise, 1977;
- ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em Geral. Vol. I. 10ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2005;

- _____. Das obrigações em geral. Vol. II. Reimpressão da 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2004;
- ARAI, Rubens Hideo. Formação dos contratos. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore, coordenadores. Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2011;
- ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007;
- ASSIS, Araken de. Liquidação do dano. In: Revista dos Tribunais n. 759/1999, p. 11-23, Jan/1999;
- _____. Resolução do contrato por inadimplemento. 5ª edição. São Paulo: RT, 2014;
- _____. Dano positivo e dano negativo na resolução do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 60, março 1994;
- ATIYAH, Patrick. An Introduction to the Law of Contract. Oxford: Clarendon Press, 1995;
- AUER, Marietta. Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds. In: AcP Bd. 208 (2008);
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia. 4ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010;
- _____. A boa-fé na formação dos contratos. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade civil. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p 415 e sg. Acesso pela RTOnline;
- _____. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. In: Novos estudos e pareceres de direito privado. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010;
- _____. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: Revista dos Tribunais, vol. 775. São Paulo: RT, 2000;
- _____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 90, 1995;
- BALLERSTEDT, Kurt. Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter. In: Archiv für civilistische Praxis. 151 (1951);
- BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: Obra Dispersa. Vol. 1. Braga: Scientia Juridica, 1991;
- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. Responsabilidade civil extracontratual. Novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade. Cascais: Princípia, 2014;
- BARROS MONTEIRO, Washington e MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. 1ª parte. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;
- BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. In: Revista dos Tribunais, vol. 769/1999, p. 28-47, Nov/1999;

- BENATTI, Francesco. La responsabilità precontrattuale. Collana: Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 50. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012;
- BETTI, Emilio. Interesse. In: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Editrice Torinese: Torino, 1968
- BIANCA, Massimo. Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229. Seconda Edizione. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1979;
- BLACK, Oliver. Reliance and Obligation. In: Ratio Juris, vol. 17, n.º 3, September 2004 (269-84);
- BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Renovar: Rio de Janeiro, 2003;
- BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. Allgemeines Schuldrecht. 30. Auflage. München: C.H.Beck, 2004;
- BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Tutela jurisdicional e executiva. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009;
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Ansprüche wegen 'positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für Dritte' bei nichtige Verträgen. In: JuristenZeitung, 1965;
- _____. Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht. C.H.Beck: München, 1971;
- _____. Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris e Andreas Heldrich. Band. I. Bürgerliches Recht. C.H.Beck: München, 2000;
- _____. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. In: Revista de Direito Comparado n. 25. Rio de Janeiro: IDCLB, 2003 RS
- CARNELUTTI, Francesco. Il danno e il reato. Padova: Casa Editrice Dott. 1926;
- _____. Sul risarcimento del danno in caso de risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento. In: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Parte Seconda. 1923;
- CARVALHO SANTOS, J.M. Código Civil brasileiro interpretado. Principalmente do ponto de vista prático. Volume III. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957;
- CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: RT, 2013;
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 11ª edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2014;
- CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. In: Doutrinas essenciais de responsabilidade civil. Vol. 2. p. 245-257, out/2011;
- CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. São Paulo: Lejus, 1997;

COMPARATO, Fábio Konder. A mora no cumprimento de obrigações contratuais pecuniárias e suas consequências. In: Direito empresarial. Estudos e pareceres. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 1995;

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: FGV, 2007;

_____. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997;

_____. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1997;

CRUZ, Gisela Sampaio. O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

DE CUPIS, Adriano. Il danno. Teoria generale della responsabilità civile. Seconda Edizione. Vol. I, Milão: Giuffrè, 1966;

DEDEK, Helge. Negative Haftung aus Vertrag. Mohr Siebeck: Tübingen, 2007;

DEL NERO, João Alberto Schützer del. Conversão substancial do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011;

DESHAYES, Olivier. Le dommage précontractuel. In: RTDcom. Avril/Juin 2004;

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012;

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 2. Teoria Geral das Obrigações. 23ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008;

EMMERICH, Volker. Das Recht der Leistungsstörungen. 6. neu bearbeitete Auflage. C.H.Beck: München, 2005;

FACHIN, Luiz Edson. O *aggiornamento* do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. In: Scienza Juris, v. 2/3 (1998/1999), Londrina;

_____. Questões de Direito Civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. Responsabilidade por dano de cumprimento diante do desaproveitamento da função social do contrato. In: ANDRADE NERY, Rosa Maria e DONNINI, Rogério. Responsabilidade civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

FAGGELLA, Gabrielle. Fondamento giuridico della responsabilità in tema de trattative contrattuali. In: Archivio Giuridico “Filippo Serafini”. Terza Serie – Vol. XI (dell’intera collezione Vol. LXXXII. Roma: Presso La Direzione dell’Archivio Giuridico, 1909;

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 4. Contratos. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015

_____; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2015;

- FERREIRA, Rui Cardona. Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra, 2011;
- FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no Direito Civil. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1938;
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2007;
- _____. Carneiro da. Uma 'terceira via' no Direito da responsabilidade civil? Coimbra: Almedina, 1997;
- FRADERA, Vera Jacob de. O conceito de fundamental breach constante do art. 25 da CISG. Revista de Arbitragem e Mediação. Coordenação de Arnaldo Wald, a. 10, v. 37, abr./jun. 2013;
- _____. A quebra positiva do contrato. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris). n. 44, nov/1988;
- FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações. Curitiba: Juruá, 2012;
- FULLER, L.L e PERDUE, William R. The reliance interest in contract damages. In: 46 Yale L.J. 52 1936-1937;
- FURTADO, Gabriel Rocha. Mora e inadimplemento substancial. São Paulo: Atlas, 2014;
- GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. In: Rivista di Diritto Civile. 2004, I;
- GAMA JR, Lauro Souza e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional 2004 e o direito brasileiro: convergências e possibilidades. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Vol. 8/2006, p. 48-100, Jan-Mar/2006;
- _____. Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: *soft law*, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- GHESTIN, Jacques. La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparles em Droit français. In: Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law beyond national systems. Londres: British Institute for International and Comparative Law, 2007;
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, v. 1/2013, p. 475-542, Lisboa, 2013;
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;
- GOMES, Orlando. Contratos. 26ª edição. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008;

_____. Introdução ao Direito Civil. Coordenador Edvaldo Britto. 19ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Britto e Reginalda Paranhos de Britto. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. Obrigações. 16ª edição, revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

_____. Responsabilidade Civil. Texto revisado, atualizado e ampliado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

GRIGOLEIT, Hans Christoph e RIEHM, Thomas. Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungenrecht. In: Archiv für die civilistische Praxis. Band. 203 (2003).;

GRIGOLEIT, Hans Christoph. Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken. C.H. Beck: München, 1997;

_____. Neuregelung des Ausgleichs 'frustrierter' Aufwendungen (§ 284 BGB). ZGS 2002, 122;

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

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In: Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos. Vol. 4, p. 143 e seguintes, Acesso pela RTOnline;

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). In: Revista de Direito Privado. Vol. 63/2015, pp. 33-58. Jun/Set 2015. São Paulo: RT, acesso pela RTOnline;

HAICAL, Gustavo. Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013;

_____. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo do dever de lateral advindo da boa-fé objetiva. In: Revista dos Tribunais, vol. 900/2010, p. 45-84, Out/2010, acesso pela RTOnline;

HANAU, Peter e WACKERBARTH, Ulrich. Positives und negatives Interesse. In: Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung. Festschrift für Hyung-Bae Kim. Ducker & Humblot: Berlin, 1995;

HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005;

HONSELL, Heinrich. Herkunft und Kritik des Interessesbegriffs im Schadenersatzrecht. JuS 1973, Heft 2;

JHERING, Rudolf. Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

KELLY, Michael. The Phantom Reliance Interest in Contract Damages In: Wisconsin Law Review 1755, 1992;

KEUK, Brigitte. Vermögensschaden und Interesse. Ludwig Röhrscheid: Bonn, 1972;

KNÜTEL, Christian. Die Schwächen der ‘konkreten’ und ‘abstrakten’ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 202, Mohr Siebeck, 2002;

LANGE, Hermann e SCHIEMANN, Gottfried. Schadensersatz. 3. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003

LARENZ, Karl Metodologia da Ciência do Direito. 5ª edição. Tradução de José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2009;

_____. Bemerkungen zur Haftung für ‘culpa in contrahendo’. In: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag am 24. Dezember 1975. Ducker & Humblot: Berlin, 1975;

_____. Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs. In: Versicherungsrecht. 14. Jahrgang. 1. Januar 1963, Heft 1 (A);

_____. Lehrbuch des Schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil. 14. Auflage. München: C.H. Beck, 1987;

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: Revista dos Tribunais ano 94, v. 832, fev. 2005. São Paulo: RT, 2005;

_____. Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. In: Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30, FCJ 04, pp.107-119, Curitiba, mai. 2002;

LEONHARD, Franz. Allgemeines Schuldrecht des BGB. Erster Band. München u. Leipzig: Verlag von Ducker & Humblot, 1929;

LIMA MARQUES, Claudia. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: RT, 2004;

LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012;

LOOKOFSKY, Joseph. The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Published in J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29 (December 2000) 1-192. Reproduced with permission of the publisher Kluwer Law International, The Hague. Acesso pelo <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo74.html>, acesso em 30.01.2014;

LOOSCHELDERS, Dirk. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Carl Heymanns Verlag, München, 2009;

LORENZ, Stefan e RIEHM, Thomas. Lehrbuch zum neuen Schuldrecht. C.H.Beck: München, 2002;

LORENZ, Stefan. Grundwissen – Zivilrecht: Aufwendungsersatz (§ 284 BGB). In: JuS. 48. Jahrgang 2008. München: C.H.Beck;

_____. Grundwissen – Zivilrecht: culpa in contrahendo (§ 311, II, III BGB). In: JuS 5/2015;

LOVATO NETO, Renato e OLIVEIRA, Lourival José de. Responsabilidade pré-contratual nas relações de emprego: Aplicação da teoria da perda de uma chance. In: Revista de Direito Brasileira. vol. 3/2012, p. 23, Jul / 2012;

LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile. In: Contratto e impresa. Quarto Ano, Cedam: Padova, 1988;

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore. Obrigações. São Paulo: Atlas, 2011;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 2. São Paulo: RT, 2015;

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015;

_____. A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: RT, 2000;

_____. Comentários ao Novo Código Civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

_____. Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações. Volume V. Tomo II. Arts. 389-420. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

_____. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: Revista dos Tribunais. Ano 90. Volume 789. Julho de 2001;

_____. Os regimes do dolo civil no direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo accidental e dever de indenizar. In: Revista dos Tribunais, vol. 923/2012, p. 115-143, Set/2012;

_____. 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 mora e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012;

_____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para um a sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. In: Revista dos Tribunais, vol. 867, p. 11, Jan/2008;

MEDICUS, Dieter e LORENZ, Stefan. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 18. Auflage. C.H.Beck: München, 2008;

MEDICUS, Dieter. Ansprüche auf das Erfüllungsinteresse aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen? In: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag am 24. Januar 1992. Stuttgart, Berlin, Bonn: Verlag W. Kohlhammer, 1992;

_____. Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes. Böhlau Verlag: Köln, 1962;

_____. Zur Entdeckungsgeschichte der *culpa in contrahendo*. In: Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag. Hermann Böhlaus Nachf.: Wien, Köln, Graf, 1986;

MEDINA, Francisco Sabadin. Negócio jurídico sob identidade alheia ou falsa no direito civil brasileiro. In: Revista de Direito Privado. Vol. 62/2015, p. 59 – 94. Abr - Jun / 2015;

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15ª edição revista. São Paulo: Saraiva, 2008;

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé no Direito Civil. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001;

_____. Da Modernização do Direito Civil. Aspectos Gerais. Coimbra: Almedina, 2004;

_____. Tratado de Direito Civil II. Parte Geral. Negócio jurídico. 4ª edição (reformulada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2014;

_____. Tratado de Direito Civil Português II. Direito das Obrigações. Tomo IV. Cumprimento e não cumprimento. Transmissão. Modificação e extinção. Garantias. Coimbra: Almedina, 2010;

MICHELON JR., Cláudio. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. Coleção biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 8, Coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2013;

_____. Curso de Direito do Consumidor. 5ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

MIRANDA, Custódio de Piedade. Comentários ao Código Civil. Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480). Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2013;

MOMMSEN, Friedrich. Beiträge zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschweig, C.U. Schmeschte und Sohn, 1855;

MONTEIRO, Jorge Sinde. Culpa in contrahendo (Direito Civil). In: Cadernos de Justiça Administrativa. N. 42, novembro/dezembro 2003;

MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto do Código Civil. In: Revista CEJ, vol. 3. N. 9, set./dez. 1999, disponível em «<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/231/393>»;

MOREIRA, Eva Sónia Moreira da. Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. Coimbra: Almedina, 2006;

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão da posição contratual. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003;

_____. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Suplemento XIV;

MOTA PINTO, Paulo. Despesas desaproveitadas e dano. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. I. Responsabilidade entre o passado e o futuro. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Iuridica, 2012

_____. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 2008

_____. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2008;

_____. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008;

NALIN, Paulo. Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996;

NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;

NEIRA, Lilian C. San Martín. La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2012;

NERY JR, Nelson. Contrato de associação - inadimplemento e execução específica. In: Soluções Práticas – Nery. vol. 2, p. 505, Set / 2010;

NICKEL, Carsten. Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo. Duncker & Humblot: Berlin, 2004;

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introduções à responsabilidade civil. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003;

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Culpa in contrahendo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Ac. Do STJ de 26.1.2006, Proc. 4063/05. Anotações. In: Cadernos de Direito Privado, n. 20, outubro/dezembro 2007;

PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch, 74. Neubearbeitete Auflage, Munique: C.H. Beck, 2015;

PENTEADO, Luciano de Camargo. Doação com encargo e causa contratual. Uma nova teoria do contrato. 2ª edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

_____. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e ‘venire contra factum proprium’. In: Revista de Direito Privado, v. 27, n. 1, 2006;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. II. Teoria Geral das Obrigações. 21ª ed. de acordo com o Código Civil de 2002. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2007;

_____. Instituições de Direito Civil. Vol. III. Contratos. 19ª edição. Atualizada Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

PINTO MONTEIRO, António. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Reimpressão da obra publicada em 1985. Coimbra: Almedina, 2003;

_____. Dívidas de valor e restituição do preço em caso de invalidade ou de resolução do contrato. In: Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Vol. I. Responsabilidade entre o passado e o futuro. Boletim da Faculdade de Direito: Studia Iuridica, 2012;

_____. Interpretação e o protagonismo da doutrina. In: Revista Fórum de Direito Civil. Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 291-307, set./dez. 2015;

_____. Prefácio. In: STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2013;

PIRES, Catarina Monteiro. Resolução do contrato por inadimplemento: perspectivas do Direito português, brasileiro e alemão. In: Revista de Direito Civil contemporâneo. Vol. 2/2015, p. 245-274, Jan-Mar 2015, acesso pela RTOonline;

PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges. Traité Pratique de Droit Civil Français. Tome VI. Obligations. Première Partie. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1930;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958;

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo XXXVIII. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959;

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959;

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955;

_____. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XXII. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958;

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954;

POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. 1ª ed. (ano 2001), 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011;

PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005;

PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2006;

RABEL, Ernst. Der sogenannte Vertrauensschaden im Schweizerischen Recht. In: Gesammelte Aufsätze (Hrsg. Hans G. Leser). Tübingen, 1965;

REINIG, Guilherme Henrique Lima. O problema da causalidade na responsabilidade civil – a teoria do escopo de proteção da norma (Schutzzwecktheorie) e sua aplicabilidade no direito

civil brasileiro. Tese de Doutorado. Orientadora Professor Titular Teresa Ancona Lopez. São Paulo, 2015;

RENGIER, Hans-Bernhard. Die Abgrenzung des positiven Interesses vom negativen Vertragsinteresse und vom Integritätsinteresse. Berlin: Duncker & Humblot, 1977; MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015;

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Obrigações. 4ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. In: Revista dos Tribunais, vol. 938/2013, p. 79, Dez / 2013;

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral das Obrigações. Volume 2. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007;

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Milano: Giuffrè, 2001;

SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. Il Contratto. Tomo Secondo. Terza edizione. Torino: UTET, 2004

SAGNA, Alberto. Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale. Milano: Giuffrè Editore, 2004;

SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sur la matière. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil. Tome Sixième. 1907;

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da reparação integral. Indenização no Código Civil. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2011;

SCHELCHTRIEM, Peter. Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG. Reproduced from a presentation on the CISG-online.ch website. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/isg/biblio/schlechtriem21.html>.;

_____. e SCHMIDT-KESSEL, Martin. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005;

SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial. Inadimplemento antecipado e outras figuras. Disponível em «http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf» acesso em 15.12.2015;

_____. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2014;

SCHWENZER, Ingeborg e MOHS, Florian. Old Habits Die Hard: Traditional Contract Formation in a Modern World. Reproduced with permission of Internationales Handelsrecht (6/2006) 239-246, published by Sellier, European Law Publishers. Disponível em «<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer-mohs.html>», acesso em 04.02.2014;

SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Vera; PEREIRA, César A. Guimarães (coords.). Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

SCONAMIGLIO, Renato. Risarcimento del danno. In: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. XVI. Unione Tipografica – Editrice Torinese;

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das Obrigações. (Coleção Biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. v. 7. Coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: RT, 2007;

_____. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

_____. Adimplemento e Extinção das Obrigações. In: Coleção biblioteca de Direito Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coordenação Miguel Reale e Judith Martins-Costa. V.6, São Paulo: RT, 2007;

SIRENA, Pietro. La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno. In: Rivista di Diritto Civile. Anno LV. n.1 Gennaio-Febbraio, 2009. Padova: Cedam;

SLAWSON, David. The role of reliance in contract damages. In: Cornell Law Review. Volume 76. Issue 1. November 1990;

Some Problems in Measuring Damages for Anticipatory Breach of a Contract of Sale. In: *Harvard Law Review*, Vol. 52, No. 5 (Mar., 1939);

STAUDINGER.J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Acesso pela BeckOnline.

STEINER, Renata C. Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014;

_____. Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no Direito das Obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre Direito Civil. Volume III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012;

STOLL, Heinrich. Haftung für das Verhalten während der Vertragshandlungen. In: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Nr. 19/20. XVII Jahrg. Leipzig, 1923;

STOPPEL, Jan. Der Ersatz frustrierter Aufwendungen nach § 284 BGB. In: Archiv für die civilistische Praxis. 204. Band. Mohr Siebeck, 2004;

SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor na hipótese de inadimplemento culposos da obrigação. Civilistica.com;

TALAMINI, Eduardo. Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e a sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Art. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). São Paulo: RT, 2003;

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Nullité, restitutions et responsabilité. Préface de Jacques Ghestin. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992;

TOMASETTI JR, Alcides. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. In: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 67 e sg, acesso pela RTOnline;

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Informação assimétrica, custos de transação, princípio da boa-fé. Tese de Doutorado. USP. São Paulo, 2007;

TRIMARCHI, Pietro. Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. In: Rivista di Diritto Civile. Anno XLVIII. n. 5 Settembre-Ottobre, 2002. Padova: Cedam;

TURCO, Claudio. Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. Milano: Giuffrè, 1990;

_____. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano). In: Rivista di Diritto Civile, 2007;

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual. 2ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2007;

VAZ SERRA, Adriano. Impossibilidade superveniente e cumprimento imperfeito imputáveis ao devedor. In: Boletim do Ministério da Justiça. nº 47. Março 1955, Lisboa;

_____. Obrigação de indemnização (Colocação. Fontes. Conceito e espécies de dano. Nexo causal. Extensão do dever de indemnizar. Espécies de indemnização). Direito de abstenção e remoção. In: Boletim do Ministério da Justiça, n. 84, março de 1959;

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013;

VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. In: Estudos em homenagem a Ruy de Albuquerque. Volume I. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006;

_____. Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina, 2001;

VILLA, Gianroberto. Danno e risarcimento contrattuale. Milano: Giuffrè, 2014;

VINEY, Geneviève e JOURDAIN, Patrice. Les conditions de la responsabilité. Traité de Droit Civil. Jacques Ghestin. 3ª ed. Paris: L.G.D.J, 2006;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O termo inicial para contagem dos juros quando se tratar de ilícito contratual. In: Revista de Direito Privado, vol. 4/2000, pp. 159-161, Out/Dez 2000;

WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 3ª edição. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004;

WILK, Burkhard. Die Erkenntnis des Schadens und seines Ersatzes. Duncker & Humboldt: Berlin, 1983;

WINDSCHEID, Bernhard. Diritto delle Pandette. Traduzione dei Professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Volume Secondo. Torino: Editrice Torinese, 1930;

WOLF, Manfred e NEUNER, Jörg. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 10. Auflage. München: C.H Beck, 2012;

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. In: Revista dos Tribunais. n. 942, Abr/2014, São Paulo: RT, 2014;

_____. Responsabilidade pela ruptura de negociações. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005;

ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 8. Do processo de execução. Arts. 566 a 645. São Paulo: RT, 2000;

ZEPOS, Panajiotis. Zu einer 'gestalttheoretischen' Auffassung des Schuldverhältnisses. In: Archiv für die Civilistische Praxis. 155 (35. Band der neuen Folge). Tübingen: Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck);

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian tradition. Oxford University Press, Oxford, 1995.

Julgados

STF, RE 43951, Relator(a): Min. Antonio Villas Boas., Segunda Turma, julgado em 22/12/1959, ADJ DATA 17-04-1961 PP-00024 EMENT VOL-00422-03 PP-01195;

STJ, REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013;

STJ, AgRg no Ag 581.366/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2005, DJ 21/03/2005;

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

STJ, AgRg no REsp 1202506/RJ, Rel. Ministro Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012;

STJ, AgRg no REsp 1365154/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Quinta Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 10/06/2013;

STJ, AgRg no REsp 1540897/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 01/10/2015, DJe 08/10/2015; 24/02/2012;

STJ, AgRg no REsp 1544333/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015;

STJ, REsp 10.620/SP, Rel. Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 25/02/1992, DJ 20/04/1992, p. 5256;

STJ, REsp 1003429/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Benetti, Terceira Turma, julgado em 28/04/2009, DJe 26/05/2009;

STJ, REsp 107.426/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 20/02/2000, DJ 30/04/2001;

STJ, REsp 1258998/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/02/2014;

STJ, REsp 1301989/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12/03/2014, DJe 19/03/2014;

STJ, REsp 1367955/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014;

STJ, REsp 151.175/DF, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 12/04/1999, p. 115, REPDJ 06/09/1999;

STJ, REsp 644.984/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 05/09/2005;

STJ, REsp 885.119/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 05/11/2010;

STJ, REsp n. 403.037/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 5/8/2002;

STJ. REsp 190.909/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, terceira Turma, julgado em 08/10/2002, DJ 24/02/2003;

TJRS. Ap. Cív. nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991;

TJSP Ap. Cív. nº 0004681-25.2013.8.26.0562 Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Comarca: Santos; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/03/2015; Data de registro: 05/03/2015;

TJSP Ap. Cív. nº 9075917-38.2001.8.26.0000. Relator (a): Renato Gomes Corrêa; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 4ª Câmara (Extinto 1º TAC); Data do julgamento: 10/12/2003; Data de registro: 22/10/2004; Outros números: 1018642400;

TJSP, Ap. Cív. nº 0001179-90.2010.8.26.0301. Relator(a): Rômolo Russo; Comarca: Atibaia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/03/2015; Data de registro: 13/03/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 0016145-51.2005.8.26.0554, Relator (a): Rômolo Russo; Comarca: Santo André; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/07/2015; Data de registro: 14/07/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 0018391-54.2012.8.26.0625. Relator (a): Luiz Ambra; Comarca: Taubaté; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/04/2014; Data de registro: 09/04/2014;

TJSP, Ap. Cív. nº 0055620-76.2008.8.26.0564, Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 990105006477;

TJSP, Ap. Cív. nº 0112651-20.2010.8.26.0100. Relator (a): Luiz Ambra; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 31/07/2015; Data de registro: 31/07/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 0139502-81.2005.8.26.000. Relator (a): Marcos Ramos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2011; Data de registro: 30/09/2011; Outros números: 1298791500;

TJSP, Ap. Cív. nº 0150421-95.2006.8.26.0000 Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/09/2007; Data de registro: 29/10/2007; Outros números: 4890464100 ;

TJSP, Ap. Cív. nº 0166582-35.8.26.0100. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2015; Data de registro: 12/03/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 0178268-58.2009.8.26.0100, Relator (a): Enio Zuliani; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/09/2014; Data de registro: 11/09/2014;

TJSP, Ap. Cív. nº 0200890-97.2010.8.26.0100. Relator (a): Hamid Bdine; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 21/10/2013; Data de registro: 24/10/2013;

TJSP, Ap. Cív. nº 1.063.176-0/1. Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/05/2009; Data de registro: 04/06/2009;

TJSP, Ap. Cív. nº 1003286-38.2014.8.26.0079, Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Botucatu; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2015; Data de registro: 12/03/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 1027048-89.2014.8.26.0562. Relator (a): James Siano; Comarca: Santos; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 03/11/2015.

TJSP, Ap. Cív. nº 110.574-4/0-00, Relator (a): Júlio Vidal; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 18/04/2001; Outros números: 1105744000;

TJSP, Ap. Cív. nº 1231388-0/6. Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/05/2009; Data de registro: 04/06/2009;

TJSP, Ap. Cív. nº 134186-53.2006.8.26.0000. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: Jacareí; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 15/09/2011; Data de registro: 20/09/2011; Outros números: 4609154600;

TJSP, Ap. Cív. nº 1973-75.2011.8.26.0625. Relator (a): Rômolo Russo; Comarca: Taubaté; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/04/2015; Data de registro: 16/04/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 235. 818-4/7-00. Relator (a): Marcelo Benacchio; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado A; Data de registro: 25/07/2006; Outros números: 2358184700;

TJSP, Ap. Cív. nº 35413-78.2012.8.26.0576. Relator (a): Francisco Loureiro; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/11/2015; Data de registro: 03/11/2015;

TJSP, Ap. Cív. nº 48346-62.2011.8.26.0562. Relator (a): José Mário Antonio Cardinale; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Data de registro: 23/03/2000; outros números: 480675400;

TJSP, Ap. Cív. nº 5478-86.2013.8.26.0566. Relator (a): Marco César Müller Valente; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: Órgão Julgador Não identificado; Data de registro: 08/06/2005; outros números: 1178250300;

TJSP, Ap. Cív. nº 730765- 0/3 Relator (a): Sá Moreira de Oliveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/09/2008; Data de registro: 07/10/2008;

TJSP, Ap. Cív. nº 78.640-4/0. Relator (a): José Luiz Fonseca Tavares; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 17/05/1999;

TJSP, Ap. Cív. nº 883790 - 0/ 2. Relator(a): Manoel Justino Bezerra Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/08/2008; Data de registro: 13/08/2008;

TJSP, Ap. Cív. nº 883790002. Relator (a): Manoel Justino Bezerra Filho; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/08/2008; Data de registro: 13/08/2008;

TJSP, Ap. Cív. nº 9069196-70.2001.8.26.0000. Relator (a): Marcelo Benacchio; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado A; Data de registro: 05/12/2005; Outros números: 1989114300;

TJSP, Ap. Cív. nº 9120164.31.2006.8.26.0000, nº Relator (a): Álvaro Torres Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/06/2011; Data de registro: 28/07/2011;

TJSP, Ap. Cív. nº 9141091-18.2006.8.26.0000. Relator (a): Adilson de Andrade; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/06/2011; Data de registro: 14/06/2011; Outros números: 4777484200;

TJSP, Ap. Cív. nº 9198455-40.2009.8.26.000 Relator(a): Marcos Ramos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2011; Data de registro: 30/09/2011; Outros números: 1298791500;

TJSP, Ap. Cív. nº 9198455-40.2009.8.26.0000 .Relator (a): Marcos Ramos; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/09/2011; Data de registro: 30/09/2011 Outros números: 1298791500;

TJSP, Ap. Cív. nº 9220767-44.2008.8.26.0000. Relator (a): Enio Zuliani; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/07/2009; Data de registro: 07/08/2009; Outros números: 5698894000;

TJSP, Ap. Cív. nº 990.10.500647-7. Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2010; Data de registro: 13/12/2010; Outros números: 990105006477;

TJSP, Ap. Cív. nº 994.02.009836-4. Relator (a): José Roberto Bedran; Comarca: São Bernardo do Campo; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/11/2010; Data de registro: 30/11/2010; Outros números: 2578184800;

TJSP, Ap.Cív. 0066346-23.2012.8.26.0224Relator(a): Francisco Loureiro; Comarca: Guarulhos; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/10/2015; Data de registro: 21/10/2015;

TJSP, Ap.Cív. 4007222-05.2013.8.26.0451. Relator (a): Viviani Nicolau; Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/10/2015; Data de registro: 28/10/2015.;

TJSP, Ap.Cív. 9198291-46.2007.8.26.0000. Relator (a): Moreira Viegas; Comarca: Jundiaí; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/12/2011; Data de registro: 16/12/2011; outros números: 5448154100;

TJSP, Ap.Cív. nº 57.692-4/3. Relator (a): Hélio Nogueira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/04/2011; Data de registro: 04/05/2011;

TJSP, Ap.Cív. nº 9109500-04.2007.8.26.0000 . Relator (a): Andrade Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/12/2012; Data de registro: 14/12/2012; Outros números: 7191606200;

TJSP. Ap. Cív. nº 1038003-76.2015.8.26.0100. Relator (a): Moreira Viegas; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 30/09/2015; Data de registro: 02/10/2015;

TJSP. Ap. Cív. nº 0013266-14.2011.8.26.0602. Relator (a): Alexandre Coelho; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/12/2015; Data de registro: 11/12/2015;

TJSP. Ap. Cív. nº 0139502-81.2005.8.26.0000 Relator (a): Gilberto Leme; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/08/2011; Data de registro: 16/08/2011; Outros números: 992051395028;

TJSP. Ap. Cív. nº 0271229-90.2010.8.26.000. Relator (a): Gilberto Leme; Comarca: Fernandópolis; Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/10/2012; Data de registro: 23/10/2012;

TJSP. Ap. Cív. nº 1179.90.2010.8.26.0301. Relator (a): Rômolo Russo; Comarca: Atibaia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/03/2015;

TJSP. Ap. Cív. nº Ap. Cív. nº 50571-18.2013.8.26.0002. Relator (a): J.B. Paula Lima; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/10/2015; Data de registro: 03/11/2015.