

Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual)

*Paulo Jorge Scartezzini Guimarães*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Não é de hoje que se discute sobre as consequências jurídicas do descumprimento de um contrato, principalmente no tocante ao modo de se calcular a indenização pelos prejuízos sofridos pelo contratante frustrado. É esse problema que traz à baila a análise das teorias jurídicas do interesse contratual positivo e do interesse contratual negativo.

Tais “interesses” foram teorizados inicialmente na obra que Jhering escreveu em 1860, intitulada “*Culpa in contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”.² Nessa obra, Rudolf von Jhering tentou buscar nas fontes romanas soluções para as situações em que um contrato, por erro ou outro motivo ligado à divergência entre a vontade e a declaração, ou ainda por quebra nas negociações, era considerado nulo e, por tal fato, causava prejuízo a um dos envolvidos na transação.

Indagava o autor alemão, por exemplo, sobre as consequências de uma venda feita mediante erro essencial do vendedor e concluía que o interesse do comprador poderia ser concedido de duas maneiras: 1) poderia ter interesse na manutenção do contrato, ou seja, no cumprimento – e aqui o comprador receberia num equivalente em dinheiro tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato (se houve a devolução da coisa pelo comprador ao vendedor, a indenização seria a diferença no excesso de valor da coisa acima do preço da compra);

¹ Mestre pela PUC/SP. Doutor pela Universidade de São Paulo/USP. Coordenador e Professor dos cursos de Direito Civil e Processo Civil da ATAME/Faculdade Cândido Mendes/RJ, nas cidades de Brasília, Goiânia e Palmas. Professor do curso LLM de Contratos no Insuper. Orientador dos cursos de Contratos e Empresarial da GVLaw/SP.

² Rudolf von Jhering (*Culpa in contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição, Coimbra: Almedina, 2008). O título original do artigo é *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, e foi publicado na *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol IV (1861), p 1/112.

2) poderia, por outro lado, ter interesse na não conclusão do contrato e aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado (no ressarcimento, por exemplo, dos custos do transporte da coisa). Foi dada a estas duas alternativas a nomenclatura, respectivamente, de “interesse positivo e negativo”.³

Assim, as ideias de interesse positivo e negativo estavam ligadas, como se observa do nome dado ao artigo criado por Jhering, às consequências indenizatórias pela falta ou pelo vício na manifestação da vontade, situações estas que o autor entendia poderem ser incluídas no que hoje tão bem se conhece como *culpa in contrahendo*.

Posteriormente, e no direito europeu, o tema passou a ser discutido quando da abordagem da indenização pela violação do dever de confiança⁴ e também nas hipóteses de extinção dos contratos, principalmente por inadimplemento imputável ao devedor.⁵

Feita essa breve introdução, vejamos o que se entende por interesse contratual positivo e negativo⁶ e qual sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, lembrando que o objetivo deste breve trabalho é a análise do tema dentro do campo do inadimplemento contratual imputável ao devedor, todavia, isto não significa a total ausência de comentários sobre esses institutos jurídicos quando da extinção dos contratos por fatos concomitantes a ele, posto que necessárias ao desenvolvimento do raciocínio aqui exposto e à conclusão que ao final chegaremos.

Quando há a violação de um dever negocial e ele gera a outrem um dano, surge a questão do ressarcimento, todavia, nem todo dano é indenizável. Como já se pode notar pela introdução acima feita, a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo está, exatamente, na abrangência ou amplitude da indenização a que um dos contratantes teria direito.

³ Jhering (*Culpa in contrahendo*, op. cit., p. 12/13).

⁴ Segundo Paulo Mota Pinto, essa associação entre interesse negativo e proteção da confiança foi desenvolvida por Windscheid (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I, p. 183.).

⁵ A partir da década de 1940, como preleciona Paulo Mota Pinto, essas teorias passaram a ser discutidas em Portugal nas hipóteses de resolução contratual, isto com base nos arts. 676º e 709º, ambos do Código de Seabra (*Interesse*, op. cit., p. 238).

⁶ Temos dúvida se os termos “interesse contratual negativo” e “interesse contratual positivo” (ou “interesse negativo” e “interesse positivo”) são as melhores expressões para a questão em estudo, todavia, como são as mais utilizadas pela doutrina pátria e estrangeira, bem como pela jurisprudência nacional, serão aqui usadas. Sobre as críticas a estas nomenclaturas e as outras normalmente utilizadas vd. Paulo Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 849/866).

Poderíamos então afirmar que as teorias do interesse contratual positivo (interesse no cumprimento) e negativos (interesse na confiança), que nada têm a ver, é importante frisar, com a classificação de uma obrigação em dar, fazer e não fazer, nem com o tipo de dano (emergente ou lucro cessante), seriam critérios para se apurar o tamanho da responsabilidade civil e o tipo de indenização.

Em linhas gerais diz-se interesse contratual negativo quando se visa colocar o credor frustrado na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado. Assim, por exemplo, deve-se ressarcir o credor dos gastos realizados para a elaboração do negócio, como as despesas com advogados, despachantes, o eventual pagamento de tributos, despesas com o transporte da mercadoria etc. e até o que eventualmente ele deixou de ganhar em não ter efetuado, à época, outro negócio.

Por outro lado, fala-se em interesse contratual positivo quando se pretende colocar o credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido. Nesse caso, não haveria o ressarcimento das despesas feitas inicialmente pelo credor para a concretização do negócio, mas buscar-se-ia o prejuízo sofrido por ele em decorrência da frustração pelo não adimplemento contratual.

Tendo em vista que não se pode colocar o credor/lesado em melhor situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, inviável se imaginar a possibilidade de cumulação destes dois interesses. Portanto, ou se coloca o credor na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado (volta-se no tempo), ou se coloca o credor na posição que estaria se o negócio tivesse sido fielmente cumprido (imagina-se o futuro).⁷

Outro problema, e esse é o ponto central deste trabalho, é saber se, para aqueles que admitem uma indenização pelo interesse contratual positivo, se seria possível sua cumulação com o pedido de resolução contratual ou se ele poderia apenas ser pleiteado conjuntamente com o pedido de cumprimento da prestação.

Para se buscar qual dessas teorias deve ser utilizada no direito brasileiro e qual a solução ao problema acima indicado, temos que,

⁷ No mesmo sentido e no direito português vd. Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1003/1009). No direito italiano, entre outros, Pietro Trimarchi (*Il Contratto: inadempimento e rimedi*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 98).

antes de tudo, verificar qual é o tipo de proteção visada pelo nosso ordenamento jurídico, isto através de uma interpretação, principalmente, sistemática e teleológica das normas existentes entre nós e que tratam do tema.

Sobre a verificação do tipo de proteção existente em cada ordenamento jurídico, importante trazer as palavras de Mota Pinto. Afirma o autor português que:

Com efeito, é de acordo com a interpretação da norma de responsabilidade – e em particular de acordo com o fim de proteção – que se determina qual é o evento lesivo relevante e, de acordo com a ‘causalidade de violação do dever’, que se chegará a medidas de responsabilidade correspondentes ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo.⁸

Antes, todavia, de analisarmos a questão dentro do direito brasileiro, vejamos como o problema é visto em outros ordenamentos jurídicos.

Mota Pinto, em sua extensa monografia sobre o tema, trás toda a evolução da questão no direito português, desde o Código de Seabra (art. 709º) até os dias atuais, mostrando a divergência existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência daquele país. Segundo o autor, a posição majoritária defende que, em caso de inadimplemento, se o credor demandar o devedor e exigir o cumprimento da obrigação, poderá cumular seu pedido com o de indenização, sendo que esta estará ligada ao interesse contratual positivo. Por outro lado, caso o credor pleiteie a resolução do contrato, o pedido de indenização será apenas o do interesse negativo.⁹

⁸ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit.).

⁹ Como defensores dessa corrente teríamos, entre outros, Menezes Leitão (*Direito das obrigações*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2003, v. II, p. 255), Almeida Costa (*Direito das obrigações*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 937/939) e Antunes Varela (*Das obrigações*, op. cit., p. 108/109). Menezes Cordeiro também cita Pereira Coelho e Brandão Proença, porém este último com tendência ao alargamento da indenização. Esse autor põe em dúvida a afirmação de que tal orientação seria majoritária na doutrina (Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português II* - direito das obrigações, Coimbra: Almedina, 2010, t. IV, p. 159/160 e 162).

Esse autor, entretanto, através de uma interpretação sistemática dos arts. 562º, 564º.1, 798º, 801º.2, 802º.1 e 1.223º, todos do CC português, se posiciona em sentido diverso ao da maioria. Ao lado de Vaz Serra, Baptista Machado, Pedro Romano Martinez, Ribeiro de Faria, Ana Prata e Menezes Cordeiro, entre outros, admite a possibilidade do pedido de resolução contratual com indenização pelo interesse positivo.¹⁰

De qualquer forma, não podemos nos esquecer das peculiaridades do ordenamento jurídico português e sua distinção, no que toca ao ponto aqui tratado, com o nosso. Assim, por exemplo, prevê o artigo 562º do Código Civil luso que “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existia, se não se tivesse verificado o evento que obriga a reparação”. Claramente percebe-se a distinção deste dispositivo com o nosso art. 475 do CC.

Também não se pode esquecer que o legislador português equiparou os efeitos da resolução aos da nulidade (absoluta ou relativa), conforme consta do art. 433º do seu CC, novamente, bem diferente do que fez o legislador brasileiro, já que a redação do nosso art. 182 é diversa da redação do art. 475, ambos do Código Civil.

No direito espanhol e com base no art. 1.124 n. 2 do seu CC¹¹, Diez-Picazo e Antonio Gullón parecem admitir a cumulação do pedido de resolução do contrato com o pedido de indenização por interesse positivo, pelo menos é isto que podemos interpretar quando afirmam que:

La falta de cumplimiento y el cumplimiento defectuoso dañan el interés del acreedor, que no sólo no se beneficia con el incremento que en su patrimonio se debería producir representando por el valor de la prestación que falta o en lo que falte, si es defectuosa (daño emergente), sino que, además ha podido experimentar un perjuicio adicional.

¹⁰ Mota Pinto (Interesse, op. cit., p. 1604/1622 e 1642/1655) e Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 161). Sustenta o primeiro autor que o art. 798º obedece ao disposto no art. 562º, porém diz que este artigo, conjuntamente com o art. 798º, gera o interesse contratual positivo (*Interesse*, op. cit., p. 1473/1474 e 1531). Menezes Cordeiro cita ainda julgados dos tribunais no mesmo sentido (*Tratado*, op. cit., p. 162).

¹¹ Prevê o art. 1124 do CC espanhol que: “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultar imposible (...)*”.

nal, consistente en la pérdida de la ganancia que hubiera obtenido si el deudor hubiera ejecutado la prestación debida (lucro cesante).¹²⁻¹³

No direito argentino, a doutrina analisando o problema, principalmente, à luz dos arts. 505.3, 515 e 1.204, todos do Código Civil recentemente revogado,¹⁴ também se mostrava divergente sobre a questão. Atilio Alterini, Oscar Ameal e Roberto Cabana pareciam admitir a ideia de que, em caso de incumprimento contratual, os danos que o credor poderia pedir estariam ligados ao interesse contratual positivo, isto independente da ação proposta pelo credor, já que falam de forma ampla que os prejuízos abrangem o dano emergente e os lucros cessantes.¹⁵ Por outro lado, Iturraspe e Peidecasas defendem, citando julgado da CNCiv, que em caso de pedido de resolução, o ressarcimento está ligado ao interesse contratual negativo.¹⁶

¹² Luis Díes-Picazo e Antonio Gullón (*Instituciones de derecho civil*, Madrid: Tecnos, 2. ed., 1998, v. I/2, p. 175). Jaime Santos Briz ao traduzir a obra de Larenz, cita julgado do Tribunal Superior Espanhol do começo do século passado (1911) em sentido oposto (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I, p. 332).

¹³ No mesmo sentido é citada a opinião de Suzana Quicíos Molina (apud Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil - Da extinção do contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI, t. II, p. 705).

¹⁴ Preveem os respectivos artigos que: “Art. 505. *Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 3° Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes*”. Art. 515. *Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquéllas que dan derecho a exigir su cumplimiento (...)*. “Art. 1.204. *En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución*”.

¹⁵ AMEAL, Atilio Alterini Oscar; CABANA, Roberto. *Derecho de obligaciones civiles e comerciales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 228-229.

¹⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2007, p. 351. Consta da decisão em nota 87 que “es principio rector en material de efectos de la resolución contractual por el pacto comissório que la parte que opta por la resolución

Pizarro e Vallespinos, de forma aparentemente contraditória, apesar de defenderem a aplicação do interesse contratual negativo à hipótese de inadimplemento, afirmam que:

1. El daño al interés negativo puede comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante y la pérdida de chances. 2. El art. 519 no hace distinción alguna entre cumplimiento y resolución contractual a los efectos resarcitorios. Tampoco el art. 1204. 3. Rige también en esta materia en toda su plenitud el principio de la reparación integral. 4. Es injusto compeler al acreedor a demandar cumplimiento a fin de obtener una reparación más amplia.¹⁷

No direito italiano a discussão gira em torno do art. 1.453 do *Codice Civile*, artigo este que tem redação muito semelhante à nossa.

Para Massimo Bianca é plenamente possível o pedido de resolução cumulado com o de indenização, sendo que:

Este dano é representado da lesão ao interesse positivo, ou seja, da lesão ao interesse à execução do contrato. Esse não se confunde com a lesão ao interesse negativo, ou seja, com o interesse da parte resolvente a não estipular um contrato destinado a se tornar ineficaz.

Completa o autor peninsular afirmando que “o ressarcimento do interesse positivo compreende o dano emergente e o lucro cessante”.¹⁸

Não é outro o posicionamento de Sacco e De Nova que, citando diversos julgados dos tribunais italianos, afirmam que:

tiene además derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la inexecución del contrato, de modo de quedar colocada en las mismas condiciones que si no lo hubiese celebrado, para lo cual debe ser resarcida de acuerdo con los principios generales (art. 505, inci 3º, 511 e conchs., do Código Civ)”. (CNCiv, sala C, 7/4/87 L. L. 1989-D-615, jurispr. Grup., caso 6614). Vd. ainda decisão mencionada à nota 99 (p. 366) da mesma obra.

¹⁷ PIZARRO, Ramón; VALLESPINOS, Carlos. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. 2, p. 666.

¹⁸ MASSIMO, Bianca. *Diritto civile - la responsabilità*, 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 5, p. 321/325.

La dichiarazione, o la domanda giudiziale, di risoluzione implica la rinuncia allo scambio delle prestazioni, ma non la rinuncia al lucro che il contratto autorizzava a sperare. Questa è la regola che il nostro diritto ha creditato da quello francese. Si trovano sulla stessa linea il diritto inglese e quello americano. Questa soluzione può dirsi vincente (si vedano infatti i Principii di Unidroit, artt. 7.3.5, 7.4.1 e 7.4.2). Appare invece in declino l'opposta regola del diritto civile germanico e svizzero, in cui l'attore in risoluzione ha diritto ai danni nel limite del solo interesse negativo, como se il contratto fosse nulo.¹⁹

No direito alemão e segundo nos apontam Mota Pinto e Menezes Cordeiro, talvez por um receio às excessivas vantagens que o credor pudesse ter, talvez pelo efeito *ex tunc* gerado pela resolução e ainda com base na redação original do § 325 do BGB, entendia-se, em um primeiro momento e de forma majoritária na doutrina²⁰ e nos tribunais, que era inviável a cumulação do pedido de resolução do contrato com o pedido de indenização.

Posteriormente, por força das palavras de Heinrich Stoll, passou-se a uma fase intermediária, admitindo-se a cumulação do pedido de resolução contratual com a indenização pelo interesse negativo (interesse na confiança), porém limitado aos danos emergentes.²¹

Com a reforma do direito das obrigações de 2002 e a nova redação do § 325 do BGB, que prevê que “o direito de exigir ressarcimento do dano em um contrato bilateral não fica excluído com a resolução”, grande parte da doutrina e dos tribunais passou a admitir a cumulação entre resolução e interesse contratual positivo.²²

¹⁹ Sacco e De Nova. *Trattato di diritto civile - il contratto*. 3. ed. Torino: UTET, 2004. t. II, p. 673. Numa tradução livre: “A declaração ou a demanda judicial de resolução implica a renúncia à troca das prestações, mas não a renúncia ao lucro que o contrato autorizava esperar. Esta é a regra que o nosso direito trouxe do direito francês. Se encontra na mesma linha o direito inglês e o americano. Esta solução pode-se dizer vencedora (se encontra, inclusive nos Principios de *Unidroit*, arts. 7.3.5, 7.4.1 e 7.4.2). Parece estar em declínio a ideia existente no direito alemão e suíço, nos quais os autores de uma demanda resolutória têm direito aos danos, nos limites do interesse negativo, como se o contrato fosse nulo”.

²⁰ Nesse sentido, por exemplo, vd. Larenz (*Derecho de Obligaciones*, tradução de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 329-337).

²¹ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1624, notas).

²² Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1627-1628 e notas). Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 162-163).

Ainda, segundo Mota Pinto, na França (com base no art. 1.184 do *Code*), na Áustria, na Suíça, na Holanda, através do art. 6:277, n. 1 do Código Civil Holandês e no Japão, também se admite a cumulação da resolução com a indenização pelo interesse positivo.²³

No direito americano, por sua vez, o interesse negativo e positivo não foram inicialmente atrelados à responsabilidade pré-contratual, mas, sim, ao tema do descumprimento do contrato.

É atribuído a L. L. Fuller e William R. Perdue Jr. o início do debate da questão.²⁴ No artigo intitulado “The Reliance Interest in Contract Damages”, o professor de direito da Duke University e o então aluno do terceiro ano da mesma universidade sustentaram que seria possível dividir em três os tipos de interesses decorrentes do descumprimento do contrato.

No primeiro, se um contratante, confiando na promessa do outro, entregasse algo (por exemplo, no contrato de compra e venda, o pagamento do preço) e se houvesse o descumprimento do contrato por parte do vendedor, deveria ele restituir o valor recebido. Visa-se, assim, evitar o enriquecimento indevido de um contratante com prejuízo ao outro. A essa situação os autores deram o nome de *restitution interest*.

Na segunda hipótese, o contratante, confiando no outro, realiza gastos ou deixa de firmar outro contrato em substituição (Ex.: gastos na investigação do título do vendedor, ou o fato de não ter comprado outro bem de terceiros). Aqui, independente de vantagem obtida pelo vendedor inadimplente, deverá ele ressarcir ao credor frustrado os prejuízos causados (pode ser o dano emergente ou até o lucro cessante), ou seja, o objetivo é colocar o credor na mesma posição que ele se encontrava antes de o contrato ser feito (dava-se a esta situação uma amplitude maior que a primeira). Essa hipótese recebeu o nome de *reliance interest*.

Por último, teríamos a situação em que, com o descumprimento do contrato, o credor deixaria de obter o lucro esperado. Nesse caso, o devedor inadimplente teria que ressarcir o credor por todo esse prejuízo, colocando-o em posição tão boa quanto teria ocupado caso o réu

²³ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1632-1634; 1636 e 1637).

²⁴ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. The reliance interest in contract damages. *The Yale Law Journal*, v. 46, p. 373-420, Jan. 1937. Esse artigo pode ser encontrado no sítio www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html.

tivesse cumprido sua promessa. Nesta última, e se comparada com a segunda, saímos da justiça restaurativa para a justiça distributiva. Esse interesse protegido recebeu o nome de *expectation interest*.²⁵

Essa ideia acabou por ser incorporada no *Restatement (Second) of Contracts* que em seu § 344 prevê:

PURPOSES OF REMEDIES - Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promisee:

(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.²⁶

Com este voo panorâmico sobre alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros vê-se assim, como bem apontou Mota Pinto ao analisar a questão, que se “permite claramente a conclusão de que a posição que veda ao credor que resolve o contrato exigir simultaneamente uma indenização por não cumprimento se encontra em claro recuo, estando hoje quase isolada”.²⁷

Façamos agora uma análise do nosso direito para verificar quais dessas teorias foram acolhidas e de que formas.

²⁵ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. The reliance, op. cit.

²⁶ Essa tripartição não é aceita de forma incontestável nos EUA. Assim, por exemplo, sustenta Eyal Zamir haver uma quarta espécie, à qual o autor dá o nome de “*restoration interest*” (The missing interest: restoration of the contractual equivalence. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 59, 2007. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=893792>>.).

²⁷ Mota Pinto (*Interesse*, ob. cit., p. 1638).

A possibilidade de se exigir indenização por violação da confiança na fase pré-contratual (fase das tratativas ou das pontuações) é hoje plenamente aceita em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da teoria do abuso de direito, sendo que a ideia do interesse contratual negativo parece se adequar a estes casos.²⁸

Novamente, como bem diz Paulo Mota Pinto em análise ao estudo de Carneiro da Frada:

Admitir a indemnização de expectativas de adimplemento 'sem o suporte da autodeterminação gerador' seria incompatível com o sistema das fontes das obrigações, pois sem vínculo obrigacional 'não existe direito ao cumprimento, e, sem este, não há indenização das expectativas que o tenham por objeto'. A indenização a conferir dirige-se, assim, apenas a compensar o investimento de confiança, não o ultrapassando, embora abrangesse, quer os danos emergentes, que os lucros cessantes - incluiria, noutra perspectiva, apenas o dano da confiança, visando tão-só a defesa de um status quo, e não a realização de um *status ad quem*.²⁹

Tratando-se agora de hipóteses envolvendo nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, a resposta à questão dos limites indenizatórios

²⁸ Em nossos tribunais veja-se, por exemplo: TJSP - ApCiv. 0200890-97.2010, rel. Des. Hamid Bdine, j. 21/10/2013 "*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*"; ainda Ap.Civ. 0166582-35.2010, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10/10/2013 com a seguinte ementa: "*Responsabilidade Pré-Contratual. Culpa in contrahendo. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despendida na parte contrária. Comportamento concludente da ré, que estimulou a autora a realizar inúmeros gastos e investimentos para abertura de loja em shopping center em regime de franquia. Contrato de franquia, de natureza solene, não celebrado, retirando-se a franqueadora da mesa de negociações sem qualquer explicação sensata ou razoável. Dever de indenizar os danos decorrente de violação ao princípio da boa-fé objetiva - Natureza aquiliana (ou terceiro gênero) da responsabilidade pré-contratual que não permite ao ofendido pedir aquilo que ganharia caso o contrato tivesse sido celebrado. Dever de indenizar tão somente os interesses negativos, recolocando o autor na situação em que antes se encontrava. Interesses positivos que não devem ser indenizados, pena de colocar o autor em posição igual ou mais vantajosa do que aquela que existiria se o contrato tivesse realmente sido celebrado [...]. Recursos da autora e da ré parcialmente providos*".

²⁹ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 32). Menezes Cordeiro discorda desta opinião, admitindo, inclusive aqui, a responsabilidade pelo interesse positivo (*Tratado*, op. cit., p. 157 e 158).

está, a nosso ver, no disposto no art. 182 do CC/2002. Lembremos que esse artigo se aplica tanto à nulidade quanto à anulabilidade dos negócios jurídicos, isto porque não há diferença, neste ponto, entre os efeitos de um contrato nulo e de um contrato anulável.³⁰⁻³¹

Prevê essa norma que “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 pelo equivalente”.

Assim, com a nulidade ou com a anulabilidade, as partes retornam ao estado que se encontravam antes, como se o negócio não tivesse sido firmado, o que significa que elas não podem obter vantagem e nem ter prejuízo nesta volta à situação anterior.

Em análise ao dispositivo citado e tendo em vista que ele determina que se coloquem as partes na situação que estavam antes do negócio, não se pode admitir, portanto, um pedido de indenização feito por um dos contratantes pelo que este deixou de lucrar em decorrência do negócio inválido (nulidade absoluta ou relativa). Nesses termos, não teríamos dúvida sobre a consagração no nosso direito do chamado interesse contratual negativo nesses casos, ou seja, quando for possível uma indenização essa estará limitada aos valores necessários para que o contratante retorne, exatamente, à situação que se encontrava antes do negócio ser firmado.³²

Dentro do dano emergente, como bem preleciona Mota Pinto, deve-se incluir aquilo que o credor eventualmente tenha que pagar para o terceiro com quem fez outro contrato e as despesas que teve em decorrência do processo movido por este terceiro contra ele. Nas palavras do autor português trata-se do chamado “interesse por causa de responsabilidade” ou “dano por causa da responsabilidade” do lesado, resultante de ter de responder perante terceiros.³³

³⁰ Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior “Já se afirmou que, uma vez reconhecida a anulabilidade de um negócio por sentença, não há diferença entre seus efeitos e os da nulidade. As diferenças registradas entre as duas invalidades são anteriores à decretação judicial e dizem respeito à forma de arguição, às pessoas legitimadas a promovê-las, e ao modo de pronunciá-las (arts. 168 e 177).” (*Comentário ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, livro III, p. 607).

³¹ No direito português a questão é tratada no art. 289º que prevê, em sua primeira parte: “1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

³² Nesse sentido também Antonio Junqueira de Azevedo (A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992, p. 82) e Carvalho Santos (*Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III).

³³ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1072/1073).

Ainda é fundamental dizer que o fato de estarmos diante de um interesse contratual negativo não impede um eventual pedido de lucros cessantes por parte do contratante prejudicado quando ele comprovar que tinha a alternativa, à época, de ter firmado outro contrato e que este lhe traria um determinado benefício.³⁴ Nesses termos, se o comprador tivesse duas ofertas e concretizou o negócio com o autor da segunda, sendo que, posteriormente, tal negócio veio a ser anulado, pode ele, comprovando que o outro negócio lhe traria um benefício econômico, pleitear a indenização deste prejuízo.

Por outro lado, quando se fala em responsabilidade por inadimplemento contratual absoluto ou relativo aplicam-se outros dispositivos legais, entre os quais podemos citar os arts. 395, 443 e 475, todos do CC.

O primeiro (395) refere-se à obrigação do devedor em mora de ressarcir os prejuízos causados ao credor; o segundo artigo (443) impõe obrigação ao alienante de indenizar o adquirente quando transfere coisa com vício redibitório. O último dispositivo (475) cuida, de forma geral, da responsabilidade civil do devedor em caso de resolução do contrato por inadimplemento. Prevê esta última norma que: “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”.

Deixam claros os dispositivos acima citados que, tanto no inadimplemento como no cumprimento imperfeito do contrato, prevalece a ideia de que o credor frustrado na relação negocial tem sempre dois caminhos: pode pedir o cumprimento da obrigação (se ainda for possível e de seu interesse, obviamente) ou pode pleitear a rescisão do contrato (redibição ou resolução). Em ambas as alternativas, e com a ressalva que será feita abaixo, lhe é sempre facultado o pedido cumulativo de indenização por perdas e danos.

Esse pedido de indenização, por sua vez, tem como base o disposto nos arts. 389, 395, parágrafo único e 402, todos do CC que preveem, respectivamente:

³⁴ Nesse mesmo sentido, no direito português, Mota Pinto (Interesse, op. cit., p. 1068/1070); Mezezes Leitão (Direito das obrigações, op. cit., p. 256); Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, 7. ed, Coimbra: Almedina, 1998, p. 939) e Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, v. II, p. 109). No direito argentino e à luz do Código Civil revogado, este também era o entendimento de Ramón Pizarro e Carlos Vallespinos (*Instituciones de derecho privado: obligaciones*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, t. 2, p. 665). No direito italiano assim se manifesta Maria Cristina Diener (*Il contratto in generale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 146).

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.

Art. 395, 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.

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.

É com base nesses dispositivos que devemos analisar as consequências para o devedor diante de seu inadimplemento (absoluto ou relativo), ou melhor, quais são os prejuízos indenizáveis que o credor frustrado pode pleitear.

No caso da mora, não há dúvida de que o credor tem direito de exigir, após o cumprimento da obrigação que ainda lhe é útil (que fora cumprida fora do tempo ou em lugar/forma diversos daqueles pactuados) a indenização por todos os prejuízos que lhe foram causados, colocando-o na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido no tempo, modo e lugar pactuado (interesse contratual positivo).

Pensemos no contrato de compra e venda de um apartamento em que o vendedor atrasa a entrega do imóvel por seis meses. Poderá o comprador exigir o reembolso dos valores que pagou a título de aluguel em outro imóvel durante esse período ou poderá pedir indenização pelo que deixou de lucrar com o imóvel comprado (por exemplo, rendimento com alugueres).³⁵

Caso a mora torne a prestação inútil ao credor, poderá, nos termos do parágrafo único do art. 395 do CC, desfazer o negócio (revolver o contrato) e pleitear todos os prejuízos sofridos em decorrência do descumprimento. Veremos em seguida, com mais detalhe, essa situação ao abordar o art. 475 do CC.

Na hipótese de vício redibitório também se observa a possibilidade de indenização tanto no caso de redibição do contrato (desfazimen-

³⁵ Nesse sentido, entre outros, REsp 1454139/RJ, Ministra Nancy Andrighi, j. 03/06/2014.

to do negócio) quanto no caso de sua manutenção, porém com pedido de abatimento do preço (ação estimatória ou “*quanti minoris*”), ou de conserto, ou de substituição da coisa viciada, ou de complementação (em caso de vício de quantidade), ou ainda de reexecução do serviço (em caso de vício de qualidade do serviço), todavia aqui o legislador faz uma distinção no tipo de interesse protegido, levando em consideração se estamos diante de uma relação civil ou de uma relação de consumo (arts. 441 do Código Civil e 18, II, 19, IV e 20, II, todos do Código de Defesa do Consumidor).³⁶

Expliquemos melhor. Se estivermos diante de uma relação civil, diz o art. 443 do CC que o alienante só terá que indenizar pelos prejuízos causados ao adquirente se ele sabia do vício (dolo), posto que, se não tinha conhecimento dele, somente terá a obrigação de restituir o valor recebido, mais as despesas do contrato. Claramente se percebe a escolha do legislador pela teoria do interesse contratual positivo na hipótese de ter o alienante agido com dolo (ou culpa grave segundo parte da doutrina) e a adoção da teoria do interesse contratual negativo se ele agiu com mera culpa.

Por outro lado, se estivermos diante de uma relação de consumo, o vício autoriza, independente do conhecimento ou não do problema pelo fornecedor, a obrigação de indenizar o consumidor por todos os prejuízos sofridos. Assim, consta do art. 23 do CDC que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos ou serviços não o exime de responsabilidade”. Nesse caso, a opção legal foi pela teoria do interesse contratual positivo.

A título de exemplo pensemos na compra e venda, entre particulares, de um carro. Imaginemos que o comprador, no primeiro final de semana após o recebimento do automóvel resolve viajar para outra cidade e, no meio do caminho, o carro apresenta problemas no motor e para de funcionar. Diante disso, o comprador sofre vários prejuízos, como a perda do valor do hotel na cidade para onde se dirigia, despesas com o guincho, etc.

Como estamos diante de uma relação civil, o comprador só terá direito à indenização pelos prejuízos acima mencionados se provar que

³⁶ Para Jhering, na ação redibitória teríamos o interesse contratual negativo e na ação estimatória o interesse contratual positivo (*Culpa*, op. cit., p. 13), distinção esta com a qual, dentro de nosso ordenamento jurídico, não podemos concordar.

o vendedor tinha conhecimento do problema (ou devia ter) e não lhe informou. Caso contrário, o comprador, caso pleiteie o desfazimento do contrato, terá direito apenas às despesas feitas para a realização do negócio (compra e venda).

Se utilizarmos o mesmo exemplo, mas em vez da compra e venda ser entre particulares, ser entre um lojista (fornecedor) e um consumidor, terá este último direito à indenização por todos os prejuízos sofridos, mesmo que cumule este pedido com uma das alternativas acima mencionadas (desfazimento do contrato, abatimento do preço, conserto ou substituição do produto) e mesmo que o fornecedor não tivesse conhecimento do problema.

Vejamos agora a última hipótese, qual seja, o descumprimento contratual.

Neste tópico, parte da doutrina brasileira (e como vimos também parte da doutrina e da jurisprudência de outros países) vê a questão sob o seguinte prisma: Dizem que: a) se o credor optar por pleitear o cumprimento da obrigação terá direito também ao ressarcimento de todos os prejuízos sofridos (danos emergentes e lucros cessantes), ou seja, será colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido voluntariamente e no modo/tempo/lugar devido (chamado interesse contratual positivo ou interesse de cumprimento); b) por outro lado, se o credor optar pela resolução do contrato, só poderá pedir de forma cumulada a indenização relacionada aos danos que sofreu pela alteração da sua posição contratual, ou melhor dizendo, será ressarcido na importância necessária para colocá-lo na mesma situação que estaria se o contrato não tivesse sido firmado (interesse contratual negativo).³⁷

³⁷ Essa posição é adotada por alguns de nossos julgadores. Assim, no TJSP, a 20ª Câm. de Direito Privado confirmou sentença que previa que “[...] Contudo, não cabe indenização no equivalente à diferença entre o orçamento do réu e o orçamento de um serviço de terceiro, pois isso não corresponde às perdas e danos passíveis de indenização em caso de rescisão de contrato, isto é, aquilo que a autora deixaria de perder, caso não houvesse celebrado o contrato com o réu (Interesse contratual negativo)” (cf. fls. 398-399)” (Ap. Civ., n. 9120164-31.2006, rel. Álvaro Torres Júnior, j. 13/6/2011). Ainda, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 7ª Câmara Cível, decidiu que: “Promessa de Compra e Venda. O incumprimento contratual por parte da promitente vendedora, que injustificadamente deixou de entregar a obra no prazo ajustado, autoriza a resolução do contrato e a consequente devolução das importâncias pagas pelos promitentes compradores que sequer foram imitados na posse dos imóveis, devidamente corrigidas pelo CUB e acrescidas de juros de mora, não se justificando a adequação da cláusula penal aos limites do art. 924 do CCB, já que a resolução se deu por culpa da promitente vendedora. Indenização. Excluem-se os lucros

Entre os autores que acolhem essa distinção temos Judith Martins Costa, que, em parecer por ela elaborado, afirmou que:

A resolução tem como efeito fazer com que as partes retornem, na medida do possível, ao seu estado anterior, resultando, portanto, em obrigação de restituir. Em face da regra posta no art. 475 do Código Civil, o credor lesado pelo inadimplemento tem, à sua escolha, a seguinte opção: (a) ou exige o cumprimento específico da prestação e, não sendo mais este possível, pede uma indenização por perdas e danos pelo interesse positivo (ou “interesse do cumprimento”), mantendo-se, pois, vinculado à sua prestação e não recebendo de volta o preço eventualmente já pago pela coisa; ou, inversamente, (b) pleiteia a resolução do contrato, liberando-se de cumprir, recebendo de volta o já pago e recebendo perdas e danos pelo interesse negativo.³⁸⁻³⁹

Na mesma linha é a lição de Araken de Assis. Diz o autor, ao analisar um julgado envolvendo a resolução de um contrato de compra e venda de um bem, que:

Se o compromissário descumpre a obrigação de pagar o preço e o compromitente demanda o cumpri-

cessantes, pois os alugueres não integram o interesse “negativo” dos compromissários, não tendo, portanto, o domínio, não pode ela tirar proveito da coisa (art. 524 do CC) [...]”. (Apelação Cível nº 196251193, Relator, Perciano de Castilhos Bertoluci, Julgado em 29/08/1997); também o mesmo tribunal, pela sua 8ª Câmara Cível entendeu que: “*Promessa de Compra e Venda. Resolução promovida pelos compromissários. Prescrição. Interesse negativo. Perdas e Danos. Desconsideração da personalidade jurídica. O retorno ao estado prestimo, incluindo a restituição das parcelas, deriva da essência do mecanismo resolutório. Exegese do art. 1092, par. único do Código Civil*”. (Apelação Cível nº 195140363, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 07/05/1996).

³⁸ COSTA, Judith Martins. Responsabilidade Civil Contratual. Lucros Cessantes. Resolução. Interesse Positivo e Interesse negativo. Distinção entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos. Dever de Mitigar o Próprio Dano. Dano Moral e Pessoa Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo - reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo: Athas, 2012. p. 563).

³⁹ Judith Martins Costa cita em apoio ao seu entendimento a opinião de Antonio Junqueira de Azevedo no artigo por este escrito “A boa-fé na formação dos contratos”, todavia, com todo respeito, temos que o que ali afirmado pelo memorável professor da Universidade de São Paulo não se aplica à hipótese de inadimplemento contratual, mas, sim, às situações envolvendo quebra de confiança na fase das negociações ou de anulabilidade dos contratos por vício do consentimento.

mento da prestação, terá ele direito ao preço e o acréscimo a ele correspondente (lucro). Isto parece líquido e certo e caracteriza, indubitavelmente, a indenização do interesse ‘positivo’.

Mas, na demanda de resolução, que implica retorno ao estado anterior, indenizar o interesse ‘positivo’ implica conceder ao compromitente aquela vantagem – preço –, devidamente corrigida, mais o respectivo lucro, ou seja, a valorização do imóvel. Ora, isto não se justifica, consoante o programa contratual: ao compromitente, que reterá o objeto da promessa no seu patrimônio, não se afigura razoável incorporar, ainda, a valorização da coisa, já integrada naquele, descontado o preço. Do ponto de vista do compromissário, os efeitos se afiguram dramáticos: ficará sem o bem e desfalcado de parte do respectivo preço. Claro está que, havendo o compromitente prestado, ou seja, passado a posse ao compromissário, fará jus à indenização pela privação do uso da coisa. Nesta hipótese, porém, indenizar-se-á interesse ‘negativo’, ou seja, o dano sofrido pela falta de conclusão do negócio.⁴⁰

Não vemos no art. 475 do CC, como o fazem esses autores, uma diferença no tipo de interesse tutelado (dano indenizável), seja quando se postula a resolução do contrato, seja quando se pleiteia o cumprimento da obrigação. *Data maxima venia*, não se observa, como pretende a professora Judith Martins Costa,⁴¹ o alegado “caráter substitutivo” do interesse contratual positivo; se o objetivo da norma fosse restringir o dano a ser indenizado teria, como fez nos arts. 182 ou 443 (no caso de culpa), ambos do CC, deixado isso claro. A interpretação restritiva feita não encontra, a nosso ver e com todo respeito, respaldo nas regras de hermenêutica e se afastam, como vimos e ainda veremos, da orientação que tem prevalecido nos principais ordenamentos jurídicos.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 147.

⁴¹ Judith Martins Costa (Responsabilidade, op. cit., p. 565).

Observa-se na corrente doutrinária acima citada que dois são, basicamente, os argumentos trazidos, sendo que o segundo é uma consequência lógica do primeiro. O primeiro argumento seria o de que a resolução do contrato tem efeito *ex tunc*, o que significa que as partes devem retornar ao estado em que se encontravam; o segundo teria como base uma suposta injustiça na situação e o enriquecimento indevido de um dos contratantes, já que, resolvido o contrato e retornando as partes ao estado anterior ao negócio, o credor que não cumpriu sua obrigação, manteria em seu patrimônio o bem objeto da prestação e ainda seria indenizado de todos os prejuízos sofridos.

Quanto ao primeiro argumento e com todo respeito, não podemos ver a resolução do contrato como um retorno absoluto das partes ao estado anterior, como se o negócio não tivesse existido. Trata-se de uma visão equivocada da extinção do contrato pela resolução, pois neste o contrato existiu, é válido, porém não foi levado a termo pelo devedor. As consequências jurídicas e práticas, com todo respeito, devem ser diversas das hipóteses de nulidade absoluta ou relativa.

Mesmo no direito português, no qual há norma expressa afirmando que a resolução, como regra, tem seus efeitos equiparados aos da nulidade e da anulabilidade, não se faz essa interpretação. Sobre a questão afirma Mota Pinto que:

[...] a verdade é que uma irrestrita retroactividade da resolução poria evidentemente em causa, não só o fundamento de uma indemnização por não cumprimento, como, mesmo, o fundamento da resolução, isto é, a existência de um não cumprimento, já que o parâmetro contratual teria desaparecido *ex tunc* [...]. A contemplação da retroactividade da resolução por não cumprimento é, pois, justificada porque um efeito retroactivo ilimitado iria contrariar o fundamento e a própria finalidade da resolução (que é reagir a um inadimplemento, afastando as suas consequências sobre o sinalagma contratual).⁴²

⁴² Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1645).

Para Menezes Cordeiro:

A ideia de que, havendo resolução, não faria sentido optar pelo interesse positivo ou do cumprimento... por se ter desistido do contrato é puramente formal e conceitual. Com efeito, o incumprimento acarreta danos. Perante eles, há que prever uma indemnização integral. A pessoa que resolve o contrato apenas tenciona liberta-se da prestação principal que lhe incumbe: não pretende, minimamente, desistir da indemnização a que tenha direito.⁴³

Não é outra a opinião de autor italiano A. Luminoso quando afirma que:

A suposta incompatibilidade entre resolução (com eficácia retroativa) e ressarcimento do dano positivo afigura-se constituir fruto de um exame superficial do fenómeno. Se, efetivamente, nos deslocarmos do terreno empírico (das impressões epidérmicas) para o de uma rigorosa análise dos perfis teleológicos destas duas técnicas de tutela, percebe-se que, por trás de uma divergência de efeitos que é apenas aparente, entre elas existe uma homogeneidade funcional que justifica perfeitamente a destruição (se necessária *ex tunc*) da relação negocial e, ao mesmo tempo, a manutenção da relevância jurídica da sua violação para fins ressarcitórios.⁴⁴

Ainda no direito italiano e analisando o art. 1.458 do CC que prevê o efeito retroativo no caso de resolução do contrato, bem afirma Maria Cristina Diener que, quanto ao tipo de retroatividade, se observou que não se trata de retroatividade obrigatória em sentido restrito, posto que esta não reconstitui diretamente a situação precedente, mas se limita a obrigar as partes a restituição.⁴⁵⁻⁴⁶

⁴³ Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 163).

⁴⁴ Apud Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1647, nota 4742).

⁴⁵ Maria Cristina Diener (*Il contratto in generale*, op. cit., p. 814).

⁴⁶ No direito brasileiro e no mesmo sentido vd. Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Comentários*, op. cit., p. 701/702).

Em relação ao segundo obstáculo, no sentido de que a concessão do interesse contratual positivo, quando do pedido de resolução, “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”, não nos convence.

Para evitar este enriquecimento, caso o credor não tenha ainda cumprido sua obrigação, basta que se abata do que vier a ser recebido por ele, o valor de sua prestação.

Sobre essa questão Mota Pinto traz à baila a teoria desenvolvida na Alemanha da “diferença restrita ou atenuada” em que o credor, no contrato sinalagmático, teria a opção entre abater do valor indenizatório o valor de sua prestação ou receber integralmente a indenização e cumprir sua prestação ao devedor. Lembremos que se a prestação do credor for em dinheiro, esta escolha se torna irrelevante; no exemplo de Mota Pinto, se A compra de B um carro por 80 e ele vale 100, caso haja o descumprimento por parte do vendedor, tanto faz A pedir 100 e entregar 80 quanto pedir apenas a diferença de 20.

Pensemos em outro exemplo: “A” adquire de “B” uma máquina por R\$ 10.000,00, com o objetivo de fabricar camisas. “A” paga o preço e não recebe a coisa. “A” então pede a resolução do contrato (o que significa que o devedor deverá restituir o valor recebido) e uma indenização pelo que deixou de lucrar ao não produzir e vender as camisas. Ora, provado o prejuízo (lucro cessante, dentro dos limites do art. 403 do CC), o vendedor, se já devolveu o preço ao comprador, abaterá do valor a ser indenizado ao comprador aquela importância (R\$ 10.000,00); se ainda não devolveu, indenizará todo o valor pleiteado.

Importante ainda refletir sobre o fundamento trazido por Judith Martins Costa quanto ao caráter substitutivo do interesse contratual positivo. Afirma essa autora que:

Aliás, para bem compreender a inafastável lógica dessa construção basta pensar no mecanismo da indenização convencional, isto é, da cláusula penal: ao se pactuar uma indenização para o caso de inadimplemento absoluto, tem-se a chamada cláusula penal substitutiva (da prestação inadimplida), não havendo o retorno ao *status quo ante* justa-

mente porque, se a indenização é substitutiva da prestação inadimplida, não faria sentido permitir ao credor resolver o contrato, receber a sua contraprestação de volta e, ainda, cumulativamente, pleitear a cláusula penal.⁴⁷

O argumento trazido também não nos convence, pelo contrário, nos ajuda a reforçar a tese aqui defendida, sendo que o único obstáculo posto por essa doutrina pode, como já afirmado, ser facilmente contornado.

Sabemos que a cláusula penal nada mais é do que a estipulação prévia pelas partes dos danos que podem vir a sofrer em decorrência do inadimplemento (absoluto ou relativo). Assim, quando se estabelece em um contrato uma multa compensatória, pretende-se estipular um valor que compense o contratante frustrado, colocando-o na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

Ocorrendo o inadimplemento, o credor tem então duas opções: a) exigir o cumprimento da obrigação ou b) resolver o contrato, aqui cumulando com o pedido de recebimento do valor indicado na cláusula penal (e até outros danos, se tiver deixado isso claro - parágrafo único do art. 416 do CC), valor este que em tese, como dito, tem por objetivo colocá-lo em idêntica situação em que estaria caso tivesse sido o contrato fielmente cumprido.

Pensemos no seguinte exemplo: “A” vende para “B” um automóvel, com cláusula penal compensatória no valor de R\$ 10.000,00. “B” paga o valor pactuado de R\$ 50.000,00, porém “A” não entrega o carro. Nesse caso, “B” pode pedir a resolução do contrato, a devolução dos R\$ 50.000,00 já pagos e ainda os R\$ 10.000,00 de multa.

Pelos motivos acima expostos, temos que a melhor orientação está na tese oposta e aqui por nós defendida, que tem apoio na doutrina de Pontes de Miranda e Ruy Rosado de Aguiar.⁴⁸

Afirma o primeiro que:

[...] à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o in-

⁴⁷ Judith Martins Costa (*Responsabilidade*, op. cit., p. 568).

⁴⁸ Ruy Rosado cita ainda como adepto desta posição Adalberto Pasqualotto (apud *Comentários*, op. cit., p. 707, nota 1099).

teresse negativo e o positivo (Tomo XXV, § 3.091). No direito brasileiro, não se indeniza só o que concerne ao interesse negativo, como em direito suíço. O que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria no momento da prestação da indenização, o bem a ser prestado. O que se indeniza é o dano que resultou de se ter tornado sem efeito o que se cria que teria efeito.⁴⁹

Já para o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado:

O art. 475 do Código Civil garante ao não inadimplente o direito de indenização por perdas e danos; ‘perdas e danos’, diz o art. 402 do Código Civil, salvo exceção expressa – que não é o caso – abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato etc.), o que razoavelmente deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação.⁵⁰

Nossos tribunais também divergem sobre o assunto. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no REsp 107426/RS, de relatoria do Min. Barros Monteiro, apesar de ter mantido decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não admitiu o pedido de indenização por interesse contratual positivo (acórdão do Des. Araken de Assis), fez constar ser possível o pedido de indenização por interesse contratual positivo em caso de descumprimento contratual, mantendo a decisão do tribunal gaúcho, no caso concreto, por ausência de prova dos lucros cessantes.⁵¹

⁴⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado* - parte especial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII, p. 340.

⁵⁰ Ruy Rosado de Aguiar Jr. (*Comentários*, op. cit., p. 706/707).

⁵¹ O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 7ª Câm. Cível, entendeu que “*PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLENTO DO PROMITENTE COMPRADOR. INDENIZAÇÃO. INTERESSES POSITIVOS. VIABILIDADE. Optando o promitente comprador, em face das circunstâncias, ver-se indenizado, admissível que se lhe reconheça o direito ao aumento do patrimônio, adviniente do negócio frustrado por causa para a qual não contribuiu, mas, pelo contrário, imputável ao outro figurante,*

Com todo respeito aos adeptos da primeira posição acima indicada (e por nós criticada), a ideia de que na demanda de resolução por inadimplimento contratual só seria possível o pedido de indenização pelo interesse negativo, é um golpe de morte à confiança que se estabelece nos contratos e teria a consequência de desestimular as relações econômicas.

Dizem Fuller e Perdue, ao defenderem o interesse positivo em caso de resolução contratual, que:

A explicação jurídica em sua forma final é então dupla. Apoia-se a proteção da expectativa sobre (1) a necessidade de curar e prevenir os danos ocasionados pela confiança, e (2) sobre a necessidade de facilitar a confiança de acordos comerciais. Em suas palavras concluem que “the law measures damages by the expectancy in part because society views the expectancy as a present value.”⁵²

Não é outra a visão de Pietro Trimarchi, ao defender a possibilidade de cumulação da resolução com o interesse contratual positivo. Sustenta o mestre italiano que:

[...] la responsabilità contrattuale non ha solo una funzione di incentivo per il debitore, ma anche di protezione degli interessi del creditore. In un

promitente vendedor. Apelo desprovido.” (Apelação Cível Nº 192206597, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Julgado em 04/10/1995). O Tribunal de Justiça do Paraná, pela sua 10ª Câmara Cível, decidiu que “*CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESCUMPRIMENTO. DISTRATO. PROVA NÃO PRODUZIDA. INDENIZAÇÃO DO DANO CORRESPONDENTE AO INTERESSE POSITIVO. DANO CORRESPONDENTE AO INTERESSE NEGATIVO NÃO DEMONSTRATO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSOS NÃO PROVIDOS* O distrato, sendo de valor superior a dez salários mínimos, não pode ser provado exclusivamente por testemunhas. Recusando-se a tomadora dos serviços a aprovar os boletins de medição dos serviços prestados, o seu comportamento é causa da resolução do contrato de prestação de serviços. Para a indenização do dano emergente, o demandante tem o ônus de produzir a prova correspondente. A indenização do dano correspondente ao interesse positivo deve compreender exatamente aquilo que o contratante inocente lucraria caso o contrato prosseguisse até o seu término, descontados os gastos que a parte teria com equipamentos, pessoal, encargos, etc. Decaindo o demandante de parte substancial do pedido, ele deve arcar com parte dos ônus da sucumbência. Recursos não providos” (Ap. n. 218959-7, rel. Des. Albino Jacomet Guerios, j. 12/01/2006).

⁵² Fuller e Perdue. The reliance, op. cit., p. 10-11.

quadro molto ampio del sistema economico e sociale delle remunerazioni delle iniziative, sembra opportuno assicurare al creditore, leso dall'inadempimento, l'equivalente del risultato di un'iniziativa opportuna, che non ha potuto produrre tutti i suoi frutti solo per colpa altrui (o per fatti di cui altri si è assunto il rischio).⁵³

O mesmo autor italiano, ao analisar a função econômica do contrato, conclui que “[...] la responsabilità contrattuale ha la funzione di creare l'atmosfera di fiducia che è il necessario presupposto per la stipulazione dei contratti”.⁵⁴

Além dos argumentos acima expostos, a visão daqueles que impedem a cumulação do pedido resolutório com o pedido de indenização pelo interesse positivo vai contra a tendência que se observa hoje em vários ordenamentos jurídicos que têm por objetivo, num mundo globalizado, unificar as normas sobre o tema em debate.

Além da orientação já vista no direito americano, a Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias - UNCITRAL - VIENA - 1980⁵⁵ prevê em seu artigo 74 que:

Artigo 74. As perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. Tais perdas e danos não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão

⁵³ Numa tradução livre “a responsabilidade contratual não tem só uma função de incentivo ao devedor, mas também de proteção dos interesses do credor. Em um quadro muito amplo do sistema econômico e social de remuneração pela iniciativa, é oportuno assegurar ao credor, prejudicado pelo inadimplemento, o equivalente ao resultado de uma oportuna iniciativa, que não pôde produzir todos os seus efeitos somente por culpa de outro (ou por fato relativo ao qual o outro assumiu o risco)” (Pietro Trimarchi, *Il Contratto*, op. cit., p. 87).

⁵⁴ Numa tradução livre “a responsabilidade contratual tem a função de criar uma atmosfera de confiança que é um pressuposto necessário para a realização de um contrato” (Pietro Trimarchi, *Il Contratto*, op. cit., p. 85).

⁵⁵ Esta Convenção (CISG) se tornou efetiva nos Estados Unidos em 1988 e se aplica aos contratos de compra e venda entre Americanos e estrangeiros.

do contrato como consequências possíveis da violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento.

Também nos Princípios *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2010 consta em sua seção 4 (perdas e danos) que:

Artigo 7.4.1 (Direito a indenização por perdas e danos)

Qualquer inadimplemento dá à parte prejudicada o direito a indenização por perdas e danos, seja em caráter exclusivo, seja em conjunto com outras medidas jurídicas, exceto quando escusável segundo estes Princípios.

Artigo 7.4.2 (Ressarcimento integral)

(1) A parte prejudicada tem direito ao ressarcimento integral pelos danos sofridos em razão do inadimplemento. Tais danos incluem tanto as perdas efetivamente sofridas quanto as vantagens que deixou de obter, levados em consideração quaisquer ganhos que a parte prejudicada haja obtido ao evitar gastos ou danos.

(2) Tais danos podem ser de natureza não-pecuniária e incluem, por exemplo, o sofrimento físico ou moral.

Apesar de entendermos que o CC brasileiro acolheu a teoria do interesse contratual positivo e permitiu a cumulação do pedido indenizatório com o pedido de resolução do contrato, não se pode admitir, por outro lado, que o lesado cobre do contratante faltoso qualquer prejuízo sofrido que não esteja diretamente ligado ao descumprimento. Como bem afirma Mota Pinto, entendimento contrário ao que acima mencionado:

[...] proporcionaria, assim, ao contraente fiel uma garantia contra quaisquer outras perdas (transformando o devedor num seu 'segurador forçado'), causadas por esta celebração, mesmo para além daquela situação, em que o credor estaria se o contrato tivesse sido cumprido.⁵⁶

Entra aqui em jogo outro problema, também bastante delicado, que é saber quais são os danos passíveis de ressarcimento. A questão está então na interpretação das expressões “o que deixou de ganhar” prevista no art. 402 e “lucros cessantes por efeito dela direito e imediato”, prevista do art. 403, ambos do CC, porém deixamos este desafiante tema para outro momento, já que foge aos limites deste artigo.

⁵⁶ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1548).

Referências bibliográficas

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil* – da extinção do contrato, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALTERINE, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; e CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 78/87, set./dez. 1992.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile* – la responsabilità. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 5.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II* – direito das obrigações. Coimbra: Almedina, 2010. t. IV.

COSTA, Judith Martins-Costa. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo* – reflexões sobre os 10 anos do código civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 559-595.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DIENER, Maria Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002.

DÍES-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. I/2.

FULLER, L. L.; PERDUE Jr., William R. The reliance interest in contract damages. *The Yale Law Journal*, v. 46, p. 373-420, Jan. 1937.

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.

- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. vol. II.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (parte especial) – contratos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra. 2008. vol. I e II.
- PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. 2.
- SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. 3. ed. Torino: Utet, 2004. t. II.
- SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III.
- SUÁREZ, Orlando Tapia. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. 2. ed. Santiago do Chile: LexisNexis, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. I, livro III.
- TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. v. II.
- ZAMIR, Eyal. The missing interest: restoration of the contractual equivalence. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 59, 2007. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=893792>>.