

Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento

*Aline de Miranda Valverde Terra*¹
*Gisela Sampaio da Cruz Guedes*²

Sumário: Introdução – 1. Resolução e execução pelo equivalente: remédios ao inadimplemento absoluto – 2. Efeitos da resolução por inadimplemento – 3. O efeito indenizatório – 4. A composição do interesse positivo e do negativo – 5. Conclusão.

Introdução

A relação obrigacional encerra indispensável fenômeno de colaboração econômica, constituída por vínculo transitório orientado à satisfação do concreto interesse das partes. Por vezes, todavia, alguma intercorrência impede o desfecho perseguido pelos sujeitos do negócio e não se realiza a prestação satisfativa, consubstanciada

1 Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora do Departamento de Direito Civil e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da UERJ. Professora do Departamento de Direito Civil e Professora Permanente do Mestrado Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogada, parecerista e árbitra.

2 Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora do Departamento de Direito Civil e Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da UERJ. Professora dos cursos de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Advogada, parecerista e árbitra.

no comportamento do devedor que executa, a um só tempo, o dever principal de prestação e todos os demais deveres secundários e de conduta que se façam instrumentalmente necessários para a consecução do resultado útil programado, a conduzir ao inadimplemento absoluto da prestação.

Nesse cenário, abrem-se para o credor dois caminhos: resolver o contrato ou pleitear a execução pelo equivalente. Enquanto a resolução desfaz o vínculo obrigacional, gerando três ordens de efeitos – liberatório, ressarcitório e restitutivo –, a execução pelo equivalente confere ao credor a possibilidade de, a despeito do inadimplemento absoluto, conservar a relação obrigacional.³

Tanto a resolução quanto a execução pelo equivalente são, por conseguinte, remédios ao inadimplemento absoluto, que podem ser cumulados com o pedido de perdas e danos. As semelhanças, contudo, se esgotam aí, já que os critérios utilizados para calcular as verbas são, por certo, diversos. Afinal, se esses remédios geram consequências diferentes, os danos sofridos pelo credor em um e no outro caso serão naturalmente distintos. A proposta deste artigo é, justamente, enfrentar o efeito ressarcitório na *resolução*, cotejando-o, quando necessário para a compreensão do tema, com o complementar efeito restitutivo.

1. Resolução e execução pelo equivalente: remédios ao inadimplemento absoluto

Em face do inadimplemento absoluto do devedor, o art. 475 do Código Civil socorre o credor, dispondo 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”. A dicção do dispositivo suscita viva controvérsia. Tradicionalmente, afirma-se que a alternativa conferida pelo legislador ao credor se estabelece entre a resolução e o cumprimento *in natura* (vale dizer, execução específica). Referido

3 Sobre o tema, seja consentido remeter a TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018.

entendimento baseia-se, ao que parece, em dois equívocos que andam juntos: a confusão entre os suportes fáticos que ensejam a execução específica e a resolução, e a questionável interpretação da expressão “preferir exigir-lhe o cumprimento”.

Diante da inexecução imputável da prestação devida, pode o credor perseguir a satisfação do crédito por meio de medidas coercitivas aplicadas pelo Estado-juiz, a seu requerimento, no exercício da função jurisdicional. Cuida-se, aqui, da responsabilidade que acompanha o débito, como a sombra que segue o corpo, na emblemática analogia de Larenz.⁴

De acordo com a concepção corrente, de regra, todo aquele que assume obrigação responde, em caso de inadimplemento absoluto ou relativo, com seu patrimônio. Essa responsabilidade não se confunde, com efeito, com a responsabilidade civil, como já advertia Larenz. De acordo com o autor, “al hablar entonces de responsabilidad no queremos indicar la de la persona por los perjuicios causados (con la consecuencia de una obligación de indemnizar), sino que aludimos a la *affección* de su patrimonio, a la intervención de los acreedores por via ejecutiva”.⁵

Compreende-se na faculdade de executar o direito a exigir o cumprimento da obrigação. Dois são os mecanismos de satisfação coativa do crédito:⁶ execução específica e execução pelo equivalente, também designada execução genérica.

Tecnicamente, a execução específica é remédio apenas para o caso de mora, que confere ao credor a exata prestação contratada, satisfazendo plena e integralmente seu interesse com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontânea e pontualmente a

4 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 1, Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 34.

5 LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 33.

6 Enrico Allorio explica, ainda, a distinção entre execução forçada e execução não forçada: “La distinzione tra esecuzione forzata ed esecuzione non forzata si può, dunque, formular sinteticamente, sotto l’aspetto funzionale, in questi termini: l’esecuzione forzata è preordinata ad attuare diritti d’obbligazione – di specie o di genere –, l’esecuzione non forzata ad attuare diritti potestativi” (ALLORIO, Enrico. Esecuzione forzata in genere. In: D’AMELIO, Mariano (Org.). *Nuovo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1938, pp. 505-506).

prestação. Conforme já se afirmou em outra sede, “qualificar uma inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não é, por conseguinte, uma escolha do credor; é uma qualificação que decorre seja do fato objetivo de a prestação ter ou não se tornado inútil para ele, ou ter ou não se impossibilitado para o devedor”.⁷ Da mesma forma que a qualificação da inexecução como mora ou inadimplemento absoluto não encerra escolha arbitrária do credor, a utilização dos instrumentos de tutela a eles disponibilizados também não pode sê-lo. Há, portanto, instrumentos próprios para cada situação: no caso de mora, caberá a execução específica; já configurado o inadimplemento absoluto, os remédios próprios serão a execução pelo equivalente e a resolução.⁸

Se a prestação se tornou impossível para o devedor ou inútil para o credor, a execução *in natura* se afigura irrealizável. Nessa direção, oferecem-se ao credor outros instrumentos de tutela, cuja utilização dependerá sobretudo dos efeitos que pretender obter: a manutenção do vínculo para a obtenção do equivalente pecuniário da prestação, isto é, o seu valor em dinheiro, ou a extinção da relação obrigacional, sem prejuízo, em ambas as hipóteses, da indenização pelas eventuais perdas e danos experimentados.⁹

7 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 52.

8 TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 53.

9 À mesma conclusão chega Araken de Assis, que, ao analisar as opções conferidas ao credor pelo art. 475, pondera que, “embora seja uma vantagem, e nítida, a liberdade de opção, em geral existente, somente aproveita ao parceiro inocente no caso de inadimplemento relativo. O inadimplemento absoluto, que denota falta irrecuperável, torna a demanda de cumprimento de plano inviável” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32). Em outra obra, o autor, ao discorrer acerca dos limites à liberdade de escolha do credor, expõe com mais clareza sua orientação e afirma, categoricamente: “[...] há limites práticos que condicionam a escolha. Por exemplo, o inadimplemento absoluto torna irrecuperável a prestação, e, portanto, inútil ao credor trilhar o caminho da demanda de cumprimento, exceto para pedir uma prestação pecuniária equivalente” (ASSIS, Araken; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 611). Essa, também, é a lição de Pontes de Miranda: “A execução em natura ou específica é a que mais perfeitamente reestabelece o estado anterior, ou estabe-

A execução pelo equivalente confere ao credor a possibilidade de conservar o vínculo, preservando a relação obrigacional que ainda lhe interessa, seja porque deseja executar a prestação que lhe incumbe, seja porque já a executou e não quer recebê-la de volta. Não se exigirá do devedor a prestação originalmente ajustada – o que seria, a rigor, inviável, porque ou ela se tornou impossível para o devedor, ou inútil para o próprio credor –, mas o seu equivalente pecuniário. De outro lado, a execução pelo equivalente tampouco libera o credor, que deve executar a prestação a seu cargo. Nesse cenário, altera-se “o programa contratual, e o nexos de sinalagmaticidade passa a ser estabelecido entre a prestação devida pelo credor e a quantia equivalente à prestação que incumbia inicialmente ao devedor”.¹⁰

A resolução, por sua vez, extingue a relação obrigacional. O credor, frente ao inadimplemento absoluto, deseja se libertar de relação que se tornou estéril, incapaz de satisfazer seja o seu interesse na prestação que lhe era devida, seja seu interesse na execução daquela que lhe incumbia. Diante dessas circunstâncias, só lhe resta dissolver, extrajudicial¹¹ ou judicialmente, o vínculo que o liga ao devedor.

lece o estado que corresponde à justiça. Somente onde a execução específica não se pode obter, ou onde ela não satisfaz, é que se busca a execução no valor, ou, mais claramente, a execução forçada pela retirada e entrega do valor correspondente. [...] A execução em natura é, portanto, logicamente, a regra. Se a execução forçada não pode ser em natura, tem de ser por execução de valor” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. 25, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, pp. 197-198). Confira-se, ainda, Fernando Noronha: “Quando tem por objetivo dar ao credor o que lhe é devido (obrigações de fazer ou não fazer e obrigações de entrega da coisa), tradicionalmente fala-se em execução específica, ou direta; quando, por não ser possível dar ao credor o que lhe é devido, se intenta dar-lhe um equivalente pecuniário da prestação, tradicionalmente fala-se em execução pelo equivalente, ou genérica. [...] Tanto nos casos em que se visa dar ao credor exatamente aquilo que lhe era devido (execução específica), como naqueles em que se procura atribuir-lhe um valor pecuniário correspondente (execução pelo equivalente), normalmente acontece ter o credor danos adicionais, resultantes do inadimplemento” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 172-174).

¹⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil, cit., p. 59.

¹¹ Confira-se, a propósito, TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula Resolutiva Expressa*. Belo Horizonte: Forum, 2018.

Pretende-se com a resolução, com efeito, desfazendo o vínculo, conduzir as partes ao *status quo ante*. Cuida-se, a toda evidência, do que se prefere designar de “*status quo ante* dinâmico”: não pretende o credor simplesmente ser colocado na situação em que estava antes de celebrar o contrato inadimplido, mas na hipotética situação econômico-jurídica em que poderia estar se não tivesse celebrado o contrato inadimplido (poderia, por exemplo, ter ingressado em outra relação contratual que se lhe apresentava, ou dado sequência a algum negócio encerrado por causa do contrato descumprido). Essa percepção dinâmica do retorno ao *status quo ante* impacta em todos os efeitos da resolução, sobretudo no indenizatório, como se verá a seguir.

2. Efeitos da resolução por inadimplemento

Operada a resolução, verifica-se a ineficácia do negócio em virtude de circunstância posterior à sua conclusão e frustrante do programa contratual traçado pelas partes: o inadimplemento absoluto. Não há, com efeito, extinção do contrato, mas da relação obrigacional que dele se originou. Larenz, por isso mesmo, reputa mais apropriado afirmar que a resolução não extingue a relação obrigacional, mas apenas as obrigações prestacionais propriamente ditas.¹²

Seja como for, extinta a relação obrigacional, surge em seu lugar uma relação de liquidação, no âmbito da qual se produzem os efeitos liberatório, restitutivo e indenizatório da resolução. Relação obrigacional e relação de liquidação se projetam como fases de uma relação mais ampla, a relação contratual, que se mantém até o esgotamento de todos os efeitos advindos da extinção do vínculo.¹³

12 Afirma o autor, *in verbis*: “Son anulados y considerados en verdad como si no hubiesen existido (es decir, ‘retroactivamente’) únicamente las obligaciones contractuales propiamente dichas en que se establece la prestación. Al contrario, los deberes de diligencia, así como los de indemnización de daños originados a causa de su infracción, subsisten posteriormente. Por lo demás, la relación obligatoria anulada, incluso respecto a las obligaciones de prestación – pero sólo respecto a éstas –, continúa en la denominada relación de liquidación, la cual en cierto modo representa su reversión” (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 394, grifos no original).

13 No direito espanhol, María Luisa Palazón Garrido afirma que “la resolución

A resolução constitui um momento do processo do contrato e introduz nova fase da relação contratual. Em verdade, a própria resolução encerra um processo, que se inicia com o inadimplemento da obrigação – que também pode se apresentar como um processo – e se completa com o exaurimento de seus efeitos.¹⁴

A resolução ostenta, dessa forma, eficácia liberatória das obrigações não executadas, dispensando as partes de prestá-las; eficácia recuperatória (restitutória), a permitir que os contratantes recuperem tudo o que eventualmente houverem prestado; e eficácia ressarcitória, conferindo ao credor a possibilidade de pleitear as perdas e danos cabíveis. Há, a um só tempo, a extinção das obrigações prestacionais¹⁵ e o nascimento de outras obrigações – de restituir e de ressarcir –, sem prejuízo da incidência de deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, imperativos durante todo o desenvolvimento da relação contratual.

Por força do efeito restitutivo, cada uma das partes recuperará aquilo que prestou. Isso ocorre porque a resolução elimina a causa justificadora das prestações contratuais e obriga os contratantes a restituir o que receberam em execução do contrato, a fim de conduzi-los ao *status quo ante*.¹⁶ Cuidando-se de contratos de duração,

no entraña la extinción ex tunc del contrato, sino su ‘transformación’ en una relación de liquidación, produciéndose una retroactividad limitada a ciertos aspectos” (GARRIDO, María Luisa Palazón. El remedio resolutorio en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones en España: un estudio desde el derecho privado europeo. In: DOHRMANN, Klaus Jochen Albiez (Dir.); GARRIGO, María Luisa Palazón; SERRANO, Maria Del Mar Méndez (Coord.). *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011, p. 443).

14 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 47.

15 O efeito liberatório tem o condão de liberar as partes da observância de todos os deveres prestacionais devidos à contraparte, mas não as exime de observar, durante a fase de liquidação, deveres de conduta impostos heteronomamente pela boa-fé objetiva. Daí porque Brandão Proença se utiliza da expressão “relação de liquidação complexa”, a remeter à necessidade de observância de “certos deveres laterais e de certos créditos indemnizatórios que sobrevivem à ‘morte’ da relação-mãe” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 165-166).

16 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.).

tendo-se em vista que o sinalagma se articula em uma sequência de prestações correspectivas cuja execução é distribuída ao longo do tempo com base no interesse dos contratantes, o inadimplemento superveniente não altera o sinalagma relativo às prestações pregressas regularmente executadas. Enquanto o contrato foi executado, o interesse das partes resultou plenamente satisfeito, e o inadimplemento posterior não compromete o equilíbrio entre as prestações já adimplidas, razão pela qual a resolução não afeta os efeitos produzidos.¹⁷ A regra se aplica, contudo, somente aos contratos em que as prestações de ambos os contratantes sejam de execução continuada ou periódica; basta que uma das duas prestações seja de execução instantânea para que a resolução produza efeitos retroativos, sob pena de configurar-se situação de manifesto desequilíbrio entre as partes.¹⁸

A irretroatividade dos efeitos da resolução do contrato de duração deve ser bem entendida: mantêm-se os efeitos do contrato produzidos antes do inadimplemento. Significa, portanto, que se alguma prestação for executada após a configuração do inadimplemento absoluto, a resolução exigirá sua restituição, operando re-

Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato. v. 6, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 418.

¹⁷ ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto.* v. 5, Milano: Giuffrè, 2006, p. 373. No mesmo sentido, na jurisprudência: “Apelação. Ação de cobrança. Resolução de promessa de compra e venda. Cláusula resolutiva expressa. Extinto o contrato por resolução, desconstitui-se o que se executou, procedendo-se a restituições recíprocas, se couberem. Contudo, a desconstituição só é possível se não se tratar de prestações de trato sucessivo, pois, do contrário, a resolução é ineficaz em relação ao passado e as prestações cumpridas não se restituem. Considerando que o contrato em questão é de execução continuada, além de não ser de consumo a relação estabelecida entre as partes, não se há de cogitar de devolução ou restituição, ainda que parcial, das prestações vertidas ao apelado. Tampouco há de se cogitar da aplicação da teoria do adimplemento substancial do contrato, que flexibiliza cláusula de resolução automática por inadimplemento, uma vez que o contrato de há muito foi resolvido. Devido o pagamento das cotas condominiais vencidas e inadimplidas pelo apelante durante o período em que fez uso do imóvel, assim como da taxa de fruição, cujo termo inicial é o do inadimplemento da obrigação. Mora ex re. Valor a ser apurado em liquidação. Verba honorária fixada em favor do patrono do apelante que se majora. Recurso a que se dá parcial provimento” (TJRJ, 2ª C.C., AC 0336455-24.2016.8.19.0001, Rel. Des. Jessé Torres, j. 10.04.2019, v.u., DJ 11.04.2019).

¹⁸ ROPPO, Vincenzo. *Trattato del contratto*, cit., pp. 373-374.

troativamente até aquele momento. A rigor, mesmo a prestação adimplida antecipadamente, mas que constitua o correspectivo da prestação inadimplida, deve ser restituída: se, por exemplo, o locatário pagar antecipadamente seis meses de aluguel e, dois meses depois, descobrir grave dano estrutural no imóvel, a colocar em risco sua integridade física, poderá resolver a relação locatícia e pleitear a restituição do aluguel correspondente aos quatro meses em que não usou o bem.

Sempre que se imponha a restituição, deve ser feita *in natura*. Se a coisa for genérica, não há dificuldade: restitui-se coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Tratando-se de coisa certa em poder do devedor, restitui-se a própria *res*. Se se cuidar de obrigação de pagar dinheiro, deve-se restituir o valor atualizado monetariamente. Não sendo possível a restituição *in natura*, converte-se a prestação no seu equivalente pecuniário.

Além do objeto prestado, a resolução exige a devolução dos frutos porventura produzidos ao longo do desenvolvimento da relação obrigacional,¹⁹ lastreada, por sua vez, na superveniente ausência de causa justificadora das atribuições patrimoniais: de acordo com a teoria da atribuição do conteúdo da destinação jurídica dos bens, tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence ao seu respectivo titular. Logo, tudo o que a prestação houver proporcionado à parte desde o momento em que a recebeu deve também ser restituído ao outro contratante. E essa obrigação se atribui tanto ao devedor quanto ao credor, uma vez que, repita-se, ela decorre da resolução, e não do inadimplemento.

O efeito restitutivo não se confunde com o efeito indenizatório: ambos operam em esferas diferentes, mas complementares, de modo que somente sua atuação concomitante é capaz de conduzir as partes, efetivamente, ao estado hipotético em que o contrato não foi celebrado, como pretende a resolução. Sob o prisma funcional, o efeito ressarcitório visa reparar os danos que persistem mesmo após a restituição ao credor do que já havia prestado, pelo que não se pode deixar de reconhecer que a obrigação de restituir assume certo efeito reparador indireto, dado que limita o dano, pressuposto da indenização. Em razão da restituição, a situação do credor

19 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*, cit., p. 256.

se torna menos distante daquela em que estaria se não tivesse firmado o contrato posteriormente inadimplido.

Em algumas hipóteses, pode mesmo parecer irrelevante a distinção entre ambos os efeitos, como acontece quando o credor não consegue recuperar, *in natura*, o objeto da prestação, e o valor do bem acaba compondo (indevidamente) o cálculo do dano ressarcível. Deve-se impedir semelhante confusão.²⁰ Imperioso que o magistrado, ao liquidar o dano, não inclua no montante indenizatório as verbas a serem pagas a título de restituição. A distinção entre os efeitos ressarcitório e restitutivo se mantém hígida em qualquer hipótese, com reflexos práticos relevantes.

Basta pensar, por exemplo, nos efeitos da previsão de cláusula limitativa do dever de indenizar: referida cláusula, a rigor, está adstrita à limitação do efeito ressarcitório, e não deveria abarcar o efeito restitutivo, razão pela qual, em sua presença, há que se admitir, além do pagamento máximo da indenização nela prevista ao credor, a restituição da prestação por ele já adimplida, seja *in natura* ou pelo valor equivalente, impondo-se também que ele, credor, restitua ao devedor o que eventualmente já cumprira. A se ignorar a distinção, o valor contemplado na cláusula pode acabar sendo utilizado para “indenizar” tanto o dano quanto o montante restitutivo, a limitar indevidamente os valores a que o credor faz jus. Assim, a menos que se extraia da própria interpretação do contrato, ou das circunstâncias em que foi celebrado, que as partes pretendam estabelecer um limite geral de valor, a cláusula limitativa do dever de indenizar, a rigor, não deveria impedir a restituição das prestações já adimplidas.

20 É comum, na prática, o equivalente ser confundido com perdas e danos pelo próprio autor da ação, como ocorreu, por exemplo, no caso da Apelação Cível n.º 1015154-93.2014.8.26.0602 em que a autora, promitente-compradora de um imóvel loteado cujas obras de infraestrutura não ficaram prontas no prazo acordado, ajuíza ação para reclamar “indenização correspondente ao valor atual do lote de terreno”. No julgamento, o relator esclareceu o seguinte: “Não há resolução, mas sim execução do contrato, apenas convertida a prestação em perdas e danos, diante da impossibilidade de cumprimento – outorga da escritura definitiva – por fato imutável à loteadora” (TJSP, 1ª CDPriv., AC 1015154-93.2014.8.26.0602, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 30.08.2016, v.m., DJ 05.09.2016).

3. O efeito indenizatório

Se a resolução conduz, como já se afirmou, ao retorno ao *status quo ante*, todos os seus efeitos devem caminhar na mesma direção. Ora, se o efeito restitutivo pretende que ambas as partes devolvam, uma à outra, o que houverem recebido por força da relação inadimplida, recolocando-as na situação em que estariam se não houvessem celebrado o contrato, o efeito indenizatório, por coerência sistemática, deve seguir no mesmo sentido.

Evidentemente, o pretendido retorno ao *status quo ante* não é estático, mas dinâmico: procura-se colocar o credor na situação econômico-jurídica em que estaria, no presente, caso o contrato jamais tivesse sido celebrado. Vale dizer, não se quer simplesmente devolver o credor para a situação em que estava antes de celebrar o contrato, mas conduzi-lo à posição hipotética em que poderia estar caso não tivesse celebrado o indigitado contrato, e houvesse ingressado, por exemplo, em outra relação contratual que se lhe apresentava, ou mesmo dado continuidade a negócio que já vinha desenvolvendo.

Não se trata, note-se bem, de colocar o credor na situação hipotética em que estaria caso o contrato inadimplido houvesse sido cumprido, o que significaria indenizá-lo com base no interesse positivo. O interesse positivo – também conhecido como “interesse de cumprimento” – consiste na “vantagem proveniente do contrato, na mais valia que aproveita o contratante”.²¹ Semelhante raciocínio revela incoerência entre os efeitos da resolução: como se pode, de um lado, pretender, com o efeito restitutivo, reconduzir as partes à situação em que estariam se não tivessem celebrado o contrato e, com o indenizatório, à situação hipotética em que estariam se esse mesmo contrato tivesse sido regularmente adimplido? A situação hipotética que o efeito indenizatório busca reconstruir é aquela que, assim como o efeito restitutivo, ignora a existência do contrato descumprido, ou seja, é aquela situação que teria se concretizado caso esse contrato sequer tivesse sido firmado. Trata-se, por conseguinte, de indenizar o credor tomando como parâme-

21 ASSIS, Araken de. Dano positivo e negativo na dissolução do contrato. *Revista do Advogado*, n.º 44, pp. 20-23, São Paulo, out./1994, p. 21.

tro o interesse negativo – ora referido pela alcunha “interesse de confiança” –,²² não já o positivo.²³

22 Nesse sentido: “Mas que perdas e danos são os de que fala o art. 475 do Código Civil? São os danos pelo inadimplemento, que então produziria a pretensão à resolução ou à rescisão e a pretensão à indenização, ou são os danos que causa a resolução ou a rescisão, em si? O Código Civil, no art. 475 somente diz que se há a pretensão à resolução ou à rescisão, com ‘indenização por perdas e danos’. São as perdas e danos que resultam da resolução ou da rescisão. Portanto, as perdas e danos que a resolução ou a rescisão causa, e não as que emanaram do inadimplemento mesmo. O interesse negativo é que mais importa e a ele se referiu o art. 475 quando falou de resolução, ou rescisão, ‘com perdas e danos’. É como se estivesse escrito: o devedor há de prestar o interesse negativo, que provenha da resolução, ou da rescisão. (...) A dívida de perdas e danos, a que alude o art. 475 do Código Civil, é a dívida concernente ao interesse negativo do credor” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo XXV, atualizado por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2003, pp. 393-394). Veja-se também: AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 183; LÓPEZ, María Medina. La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *Revista de Derecho Privado*, pp. 79-105, Madrid, mai.-jun./2005; MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni; Fernando Rodrigues Martins (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 563; ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, cit., pp. 150-151; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 133-134; 138; TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*, cit., p. 200 e ss. Na jurisprudência: TJSP, 2ª CDPriv., AP 1000902-11.2016.8.26.0604, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 28.03.2017, DJ 06.04.2017; TJSP, 7ª CDPriv., AP 0001179-90.2010.8.26.0301, Rel. Des. Rômulo Russo, j. 13.03.2015, DJ 13.03.2015; TJSP, 20ª CDPriv., AP 9120164-31.2006.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 13.06.2011, DJ 28.07.2011; TJPR, 1ª CC, AC 19627-0, Rel. Des. Francisco Muniz, j. 14.04.1992.

23 Embora a questão seja controvertida, há certo consenso, ao menos, no que tange à impossibilidade de cumular-se a indenização pelo interesse positivo com aquela pelo interesse negativo: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*, cit., p. 703; TRIMARCHI, Pietro.

Assim, se o devedor, por culpa sua, tornar impossível a prestação ou, simplesmente, faltar-lhe ao cumprimento, tornando a prestação inútil para o credor, este terá duas opções: (i) exigir a execução pelo equivalente e uma indenização por perdas e danos pelo interesse positivo (o interesse do cumprimento), mantendo-se, assim, vinculado à sua contraprestação, ou (ii) pleitear a resolução e, cumulativamente, pleitear uma indenização pelo interesse negativo.

Tome-se o seguinte exemplo, formulado por Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, envolvendo contrato de permuta em que se troca um vaso artístico por um piano.²⁴ Se uma das partes entrega o vaso, mas a outra descumpra a prestação consistente na entrega do piano, abrem-se para o credor do piano algumas opções: (i) se ainda tiver interesse no piano, ele pode exigir a execução específica da prestação e, paralelamente, pleitear uma indenização pelo interesse positivo; (ii) se não tiver mais interesse no piano, mas ainda assim desejar manter o contrato, poderá cumprir com a entrega do vaso, exigindo a execução pelo equivalente (do piano), acrescida de perdas e danos, também pelo interesse positivo; ou, finalmente, (iii) exercer o seu direito potestativo de resolver a relação obrigacional, operando-se o efeito liberatório que lhe é próprio: quer dizer, se o credor ainda não tiver cumprido sua contraprestação, poderá retê-la; se a tiver efetuado, poderá exigir a sua restituição. Paralelamente a isso, o credor também poderá exigir perdas e danos concomitantemente com a resolução, mas a indenização nessa última hipótese visará recompor apenas o seu interesse negativo. Assim, “(...) o credor poder-se-ia ressarcir, v. g., do lucro da venda de outro piano (igual) que poderia ter adquirido (repara-se, e o aspecto tem interesse: forma indirecta de contabilização dos lucros cessantes por via de indemnização pelo interesse negativo) e, eventualmente, das despesas feitas com a própria acção resolutiva”.²⁵

Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 48, n. 5, set./out. 2002, p. 644; ROSSETTI, Marco. *La risoluzione per inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 272.

²⁴ FÁRIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*. v. 2, Coimbra: Almedina, 2001, pp. 425-426.

²⁵ FÁRIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, cit., p. 426.

De fato, se o credor opta pela resolução da relação obrigacional, não faz sentido que possa exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio. Isso porque o que se pretende com a resolução “(...) é antes a exoneração da obrigação que, por seu lado, assumiu (ou a restituição da prestação que efectuou) e a reposição do seu património no estado em que se encontraria, se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse contratual negativo)”.²⁶ A resolução libera o credor do vínculo obrigacional, possibilitando que ele retorne ao mercado em procura de outro parceiro negocial, que atenda aos seus interesses. Como já afirmado em outra seara, “seria, de certa forma, até meio incongruente pleitear o credor a extinção do contrato com a volta *ao status quo* anterior e, ao mesmo tempo, requerer indenização que o coloque na mesma situação que estaria se o contrato tivesse sido cumprido”.²⁷ A indenização pelo interesse negativo surge aí como a mais adequada, a completar a necessidade restitutória integradora da resolução.²⁸ Os danos causados pelo inadimplemento do

26 VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 2, 7. ed., Coimbra: Almedina, 1997, p. 109. No mesmo sentido: LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2, 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 260, para quem: “(...) o contraente fiel poder optar entre obter uma indemnização pelo interesse contratual positivo ou resolver o contrato, a qual determinará uma sua liquidação integral com efeitos retroactivos, implicando a restituição das prestações já realizadas ou a liberação das que ainda não o foram, subsistindo a indemnização que, no entanto, será limitada ao interesse contratual negativo”. Confirma-se, ainda, nessa mesma linha: MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1970, p. 412; MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Direito das obrigações*. Coimbra: Editora Policop, 1973, p. 294; XAVIER, Vasco da Gama Lobo. Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934.º e 935.º do Código Civil. In *Separata da RDES*. ano XXI, Coimbra, 1977, p. 262; RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità precontrattuale*. Torino: Utet, 1996, pp. 112-113.

27 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*, cit., pp. 139-140.

28 No fundo, a opção pelo interesse negativo está mais de acordo com a ideia de resolução, como sugere Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria: “E, postas as coisas neste pé, a solução terá então que advir aqui da própria idéia ou conceito de resolução. E, então, de duas uma: ou se tem dela, como parece querer Leser, uma idéia que não é simplesmente liberatória, mas que comporta o alcance reintegrador (por equivalente) do programa contratual perturbado; ou, ao invés, se tem dela uma idéia restitutória, fazendo-lhe aliar uma indemnização orientada

devedor apresentam-se precipuamente conectados com a teleologia resolutiva que se extrai do programa contratual.

Em sentido contrário, porém, prestigiados autores sustentam a possibilidade de o pedido de resolução ser cumulado com a indenização pelo interesse positivo. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 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 efetivamente se perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato, etc.), o que razoavelmente se deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução”.²⁹ E nessa ampla disposição, ao ver do autor, estão inseridas as vantagens que o credor não-inadimplente auferiria com o recebimento da prestação, isto é, seu interesse positivo.³⁰

Funda-se referida corrente em dois argumentos principais. Em primeiro lugar, argumenta-se que, se as perdas e danos decorrentes da resolução se limitassem ao interesse negativo, na generalidade dos casos o lesado pelo inadimplemento não faria jus a qualquer indenização. Em segundo lugar, argumenta-se que o interesse negativo está ligado à responsabilidade pré-contratual, ao passo que as perdas e danos que devem ser cumuladas com o pedido de resolução derivam do descumprimento do contrato, isto é, relacionam-se ao momento de sua execução, e não à fase inicial de tratativas; daí concluem os defensores desta corrente que também por essa razão

também para a finalidade de reposição do credor na situação patrimonial em que se encontraria, se não fosse a celebração do contrato resolvido. Mas, chegados aqui, se não arriscamos uma resposta peremptória sobre a questão, não escondemos também a nossa idéia de que a tese tradicional está muito longe de ter perdido definitivamente na confrontação” (FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, cit., pp. 434-435).

²⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 269.

³⁰ Esse posicionamento aparece refletido em diversos acórdão, a exemplo dos seguintes: STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 486.194/BA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. 04.08.2015, v.u., DJe 14.08.2015; TJSP, 24ª CDPriv., AC 1015357-31.2017.8.26.0576, Rel. Jonize Sacchi de Oliveira, j. 26.09.2019, v.u., DJ 30.09.2019; TJSP, 34ª CDPriv., AI 2101219-32.2017.8.26.0000, Rel. Designado Des. L. G. Costa Wagner, j. 24.10.2017, v.u., DJ 06.11.2017.

a indenização não deve ser em ambos os casos a mesma, a remeter sempre ao interesse negativo.³¹

Os argumentos, com a devida vênia, parecem não se sustentar diante de análise mais detida. Por vezes, a indenização pautada pelo interesse negativo pode atingir vultosas quantias, não raro até mais elevadas do que se considerado o interesse positivo, como se verá no próximo item deste artigo. De mais a mais, advogar em favor de a indenização se pautar pelo interesse negativo tanto no caso de rompimento injustificado de tratativas quanto no de resolução por descumprimento contratual não significa sustentar, em absoluto, que o valor indenizatório deva ser exatamente o mesmo nas duas hipóteses. É evidente que não. Basta pensar nos danos emergentes. Ao longo das tratativas, a parte prejudicada pelo rompimento injustificado pode ter tido diversas despesas com a emissão de certidões, por exemplo. Já no curso da execução do contrato, os danos emergentes sofridos podem ser completamente diferentes, como ocorre quando a parte prejudicada pelo descumprimento haja incorrido em despesas muito mais vultosas com advogados, ou realizado consideráveis despesas voltadas à execução da prestação a seu cargo. Assim, embora a indenização devida em ambos os casos se pautar pelo interesse negativo, a cifra que reconduz a parte prejudicada pelo rompimento injustificado *ao status quo ante* dinâmico não será a mesma nas duas situações.

A discussão, ademais, muitas vezes vem mal colocada. Posto que a resolução opere, de regra, efeitos retroativos amplos, há exceções, pelo que nem sempre os efeitos restitutivo e indenizatório conduzirão às partes *ao status quo ante*. Nesse sentido, basta lembrar, de um lado, dos contratos de trato sucessivo, que se resolvem, normalmente, para o futuro, porque se por determinado período as prestações são executadas regularmente, o inadimplemento superveniente não altera o sinalagma relativo àquelas pregressas,³² e o efeito restitutivo não retroage.

31 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 269 e ss.

32 A exemplo do que ocorreu no julgamento da Apelação Cível 0012286-40.2013.8.26.0071 em que se afirmou o seguinte: “Essa é a consequência da rescisão de contratos de trato sucessivo, também denominados contratos de duração, dado que estes se caracterizam pela execução escalonada, prolongada no tempo, que os distingue dos contratos instantâneos ou de execução única. Orlan-

Além disso, há hipóteses, ainda que excepcionais, que até mesmo o efeito ressarcitório se pautará pelo interesse positivo. É o que por vezes se verifica nos contratos de execução diferida no tempo – que se distinguem dos contratos de execução instantânea e dos contratos de trato sucessivo –, nos quais a parte prejudicada pelo descumprimento pode fazer jus à parcela do interesse positivo, quando, por exemplo, já tiver executado boa parte do contrato e a sua própria prestação, ainda inacabada, tornar-se inaproveitável. Imagine-se a seguinte situação: certo laboratório contrata conhecido farmacêutico para desenvolver determinada vacina. Quando as pesquisas se encontram avançadas, o laboratório descumprir o contrato de forma absoluta. Se o farmacêutico optar pela resolução do contrato, indenizá-lo apenas pelo interesse negativo pode representar solução injusta, dependendo das circunstâncias. Suponha-se que, por uma questão técnica, o farmacêutico não consiga aproveitar o trabalho realizado até então, oferecendo-o a outro laboratório concorrente. Nesse caso, talvez seja possível flexibilizar a regra geral para admitir que sua indenização abarque parcela do interesse positivo, porque indenizá-lo apenas pelo interesse negativo não será suficiente para repará-lo por todo esforço em vão, tendo em vista a impossibilidade de o mercado reabsorver a pesquisa já desenvolvida. Em definitivo, parece correto admitir que “(...) a jurisprudência poderá flexibilizar o critério defendido, quando assim for exigido pelos interesses em presença”.³³

do Gomes leciona que: ‘É de considerável interesse a distinção entre contratos de execução única e contrato de duração. Nos contratos instantâneos, a resolução por inexecução repõe as partes no estado anterior, enquanto nos contratos sucessivos os efeitos produzidos não são atingidos (...). Diz-se, por isso, que vigora o princípio da irretroatividade a respeito dos contratos de duração, explicável pelo fato de que os atos singulares de execução são juridicamente autônomos’ (Contratos, Ed. Forense, 1984, 10ª ed., pág. 87, n. 58) Se não há irretroatividade, se o efeito da rescisão é *ex nunc*, não tem o autor o direito a restituir o que pagou (R\$ 1.780,00). O direito do autor é o de ser indenizado pelo *quantum* estimado no laudo do perito em juízo, bastante ao refazimento do que foi executado e à conclusão do que deixou de ser, atualizado desde abril de 2015 e acrescido de juros de mora desde a citação” (TJSP, 12ª CDPriv., AC 0012286-40.2013.8.26.0071, Rel. Des. Cerqueira Leite, j. 10.01.2019, v.u., DJ 11.01.2019).

³³ PROENÇA, José Carlos Brandão, *A resolução do contrato no direito civil: do enquadramento e do regime*, cit., p. 196. No mesmo sentido, TERRA, Aline de

Nessa ordem de ideias, é certo que a inexecução do devedor abre para o credor inúmeras possibilidades. Tanto pode o credor pleitear a execução específica da obrigação (em caso do inadimplemento relativo), quanto a própria resolução da relação obrigacional ou a execução pelo equivalente (em caso de inadimplemento absoluto), sendo que nas três hipóteses terá direito a perdas e danos, embora o dano seja diferente em cada uma delas. Seguindo-se a execução específica da obrigação – caso em que a prestação ainda é possível e útil para o credor –, a partir do momento em que a obrigação é cumprida, o dano a ressarcir se restringe àquele causado pela mora no cumprimento, e a indenização se pauta pelo interesse positivo; pleiteando-se o remédio resolutório, o dano a ressarcir, em regra, deverá abarcar todo o interesse negativo do credor, mas já não o positivo. Excepcionalmente, no entanto, haverá situações, sobretudo em contratos de execução diferida no tempo, em que as peculiaridades do caso concreto poderão recomendar que a indenização, mesmo no âmbito de resolução, corresponda à parcela do interesse positivo. A regra, todavia, indica que a indenização pelo interesse positivo só é devida, em caso de inadimplemento absoluto, quando o credor, em vez de promover a resolução, persegue a execução pelo equivalente, prestação subsidiária à principal.

Essa diferença entre os montantes indenizatórios – na resolução e na execução pelo equivalente – decorre, na realidade, da diversidade de escopo dos dois instrumentos de tutela: enquanto na resolução o credor pretende se exonerar da obrigação a que se comprometeu e reposicionar seu patrimônio na situação hipotética em que se encontraria se nunca tivesse celebrado o contrato inadimplido, na execução pelo equivalente o credor busca se colocar na situação de vantagem em que estaria se tivesse havido o cumprimento do contrato conforme originalmente pactuado. E a indenização devida em ambos os casos segue a mesma lógica, como se extrai do exemplo formulado por Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria:

Suponhamos que *A*, proprietário de um cavalo, que vale 600, o troca pelo automóvel de *B*, que vale 500. *A* venderia o automóvel

Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 202, nota 97; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*, cit., pp. 139-140.

a C por 800 e, se não tivesse celebrado o contrato, teria tido a oportunidade de vender o cavalo a D por 700. Entretanto, antes da entrega do carro, B tem um acidente e o carro fica totalmente destruído. B teve culpa no acidente. Atente-se agora na diferença de resultados práticos, consoante se trilha uma ou outra via. Se o credor optasse pelo direito à indenização, receberia 800, mas entregaria o cavalo, de valor igual a 600. Se ele optasse pela resolução, não faria eventualmente a entrega do cavalo (assim, se ainda não tivesse realizado a contraprestação) e receberia 100 (o lucro que deixou de obter pela vinculação ao contrato resolvido).³⁴

O exemplo, além de demonstrar a diferença entre o efeito indenizatório na execução pelo equivalente e na resolução, é ainda eloquente em ratificar o que ora se sustenta: o retorno ao *status quo ante* na resolução é dinâmico, e não estático. Ora, se A, optando pela resolução, não entrega o cavalo e recebe de B os 100 relativos ao contrato que deixou de celebrar com D justamente porque o celebrou com B, fica evidente que a indenização não o está conduzindo simplesmente à situação em que estava antes de celebrar o contrato inadimplido, mas à situação hipotética em que estaria caso tivesse celebrado outro contrato, que não o inadimplido.

4. A composição do interesse positivo e do negativo

A composição do interesse positivo não suscita tantas dúvidas quanto a do interesse negativo, em que se discute se os lucros cessantes e outras verbas teriam ou não lugar. No que diz respeito ao interesse positivo, admite-se com certa tranquilidade que sua composição abarca também os lucros cessantes, mas nesse âmbito é preciso cautela, porque nem sempre o prejudicado pelo descumprimento faz jus, de fato, a essa faceta do dano patrimonial.

Na grande maioria das vezes, a indenização pelo interesse positivo englobará os lucros cessantes – isto é, o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar com aquele específico negócio –, mas nem sempre. Os danos emergentes também podem compor o conceito

³⁴ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações*, cit., pp. 428-429.

(v.g. as despesas decorrentes do inadimplemento da obrigação, custos com advogados etc.). Afinal, as facetas do dano patrimonial (lucros cessantes e danos emergentes) não se confundem com os conceitos de interesse positivo e negativo: não só de lucro cessante é composto o interesse positivo, assim como o interesse negativo não se resume a danos emergentes.

A composição do interesse negativo, tal qual do interesse positivo, também é formada pelas duas facetas do dano patrimonial: dano emergente e lucro cessante,³⁵ mas o lucro cessante aqui não é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar com aquele negócio em particular, que fora descumprido, mas sim o que ele deixou de auferir por ter celebrado o tal contrato, isto é, o que ele ganharia se tivesse, por exemplo, dado continuidade a outro negócio já em curso e interrompido,³⁶ ou, então, com o próprio investimento finan-

35 Cf., entre outros, MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420), cit., p. 330. Poder-se-ia objetar que, no âmbito do interesse negativo, a prova dos lucros cessantes seria muito difícil. Afinal, como poderia, por exemplo, o vendedor provar o que teria razoavelmente auferido não fosse a celebração do contrato inadimplido? No fundo, ainda que ele diga, por exemplo, que alugaria o imóvel objeto do contrato de compra e venda, como saber se sua intenção de alugar não passava dos limites da sua fantasia? A essas indagações responde Hans Albrecht Fischer com outra pergunta: “Seja-me permitido perguntar a quem quer que possua um pouco de senso prático se são susceptíveis de comprovação coisas que teriam podido acontecer. No entanto, a verdade é que a dificuldade com que depara aqui [no interesse negativo] o problema da liquidação dos danos é inerente, por sua própria essência, ao regime da indenização, não diferindo a que neste lugar se nos apresenta daquela que se levanta em todas as hipóteses de lucro cessante” (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução de António de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938, pp. 106-107). Veja-se, na doutrina estrangeira: Franzoni, Massimo. *Trattato della responsabilità civile: il dano risarcibile*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 81.

36 Tome-se o seguinte exemplo: próspero comerciante decide desenvolver novo negócio – menos lucrativo, de acordo com o plano de negócios, mas também menos trabalhoso e demandante – em parceria com um amigo. Como não teria condições de cuidar de ambos simultaneamente, o comerciante decide encerrar as atividades de seu negócio primitivo. Se o amigo incorre em inadimplemento absoluto no âmbito do novo negócio e o comerciante decide exercer seu direito de resolução, a indenização que lhe será devida, voltada a recompor seu interesse negativo, deve considerar os lucros que deixou de auferir com o encerramento das atividades do primeiro negócio. Não se trata aqui, frise-se, de situa-

ceiro do capital. Os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem traduzir-se, como já asseverava Antônio Chaves, “(...) numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. ex. – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar”.³⁷

Na sequência desta passagem, o autor se propõe, então, a formular exemplos de interesse negativo que, a seu ver, compreenderiam também lucros cessantes: “O motorista de praça, retido por engano, o hoteleiro a quem fizeram erroneamente reservar quartos, poderiam não ter sofrido qualquer perda positiva. Mas se ambos, em consequência desse fato, rejeitaram outra ocasião, que se lhes oferecia, de ver utilizado seu veículo ou seus quartos, a situação, para eles, equivale a uma perda em dinheiro sonante. Sem uma

ção de perda da chance, mas sim de lucro cessante. O postulado normativo da razoabilidade indica que o comerciante continuaria percebendo referido lucro se não tivesse encerrado as atividades, até porque já os vinha auferindo há anos e continuamente. O interesse negativo nesse caso atinge cifras mais elevadas do que o próprio interesse positivo, já que, como destacado, o próprio plano de negócios da nova atividade já indicava que sua lucratividade seria inferior ao negócio antecedente.

³⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed., São Paulo: Lejus, 1997, p. 208. No mesmo sentido, ao tratar do interesse negativo decorrente da invalidade do contrato, afirma De Cupis: “*No puede hablarse de interés relativo a la prestación contractual, cuando el contrato o no ha llegado a concluirse o ha sido llegado a concluido inválidamente (ya que falta un interés jurídicamente tutelado para tal prestación); no se tutela un interés positivo, sino un interés negativo, referente al bien de la formación no iniciada o la no conclusión del contrato, o sea, el interés a la no iniciada formación o a la no conclusión del contrato, consideradas como situaciones beneficiosas: bien, beneficio, referido a reembolso de gastos realizados o a las situaciones favorables del contrato que se habrían producido, si no se hubiese interrumpido la formación del contrato, o si el contrato, en vez de concluirse inválidamente, se hubiese concluido perfectamente. La inversión inútil para ello, que de otro modo se habría reembolsado, constituye un dano emergente, así como la falta de beneficio derivado de otros contratos que se hubieran podido realizar, integra el lucro cesante, con lo cual, en el daño negativo, que tiene por objeto un interés contractual negativo, se dibujan los dos elementos normales del dano, consistentes, en el dano emergente y en el lucro cesante*” (DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* [1954]. 2. ed., tradução de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975, pp. 353-354).

semelhante conjuntura, o erro não teria consequências prejudiciais”.³⁸ Seria, na opinião de Antônio Chaves, “excesso de rigorismo” não reconhecer lucros cessantes no interesse negativo. No entanto, se é assim, então o interesse negativo poderia alcançar cifras bastante expressivas, tão ou mais elevadas, a rigor, do que o próprio interesse positivo, o que ocorreria, por exemplo, se o contrato descumprido assegurasse ao credor, prejudicado pelo inadimplemento, vantagens *menores* do que as que deixara de auferir em razão de outro negócio encerrado para que pudesse se dedicar ao primeiro. Esta, contudo, não pode ser a regra. Muito pelo contrário.

Na generalidade dos casos, o interesse negativo será inferior ao interesse positivo. Há ordenamentos que dispõem expressamente que a pretensão de indenização do interesse negativo, em algumas hipóteses, não pode exceder o interesse que o prejudicado teria tido no cumprimento do negócio.³⁹ Pretende-se com isso evitar que o prejudicado pela ruptura injustificada das tratativas, ou pelo vício que maculou o contrato, fique em melhor situação com a impugnação do negócio do que com o seu cumprimento. Não é o caso do Brasil, onde não existe limitação expressa. Também não é o caso de Portugal, embora nem por isso a doutrina deixe de salientar que é “(...) razoável que o prejudicado não obtenha uma situação melhor quando impugne o negócio do que quando o não impugne, afigura-se de estabelecer que o interesse negativo não pode exceder o interesse positivo”.⁴⁰

De fato, ainda que não exista, no Brasil, norma nesse sentido, deve-se reconhecer que este raciocínio tem algum fundamento. Se o contrato em curso garantia um lucro de mil, o credor prejudicado pelo descumprimento não poderá pleitear, cumulativamente com o pedido de resolução, mil de indenização, sem qualquer outra consideração. Precisarà provar, no mínimo, que outras boas ocasiões

38 CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., pp. 208-209.

39 É o caso do ordenamento alemão, em que os §§ 122, 179 al. 2.^a e 307 do BGB sancionam os casos mais importantes de interesse negativo, dispondo não poder a liquidação incidir sobre a parte em que este exceder o positivo.

40 SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Obrigação de indemnização (colocação, fontes, dano, nexos causal, extensão, espécies de indemnização). Direito da abstenção e de remoção. In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 83 e 84, Lisboa, 1959, pp. 16-17.

de negociar se lhe apresentaram (perda de uma chance) ou que, por conta deste contrato, interopera outro negócio já em curso, caso em que teria aí direito a um lucro cessante, na grande maioria das vezes inferior àquele que garantia o negócio fracassado, mas que, eventualmente, poderia até alcançar o mesmo valor. Na opinião de Antônio Chaves: “Não irá, porém, superá-lo, porque não pode queixar-se de um prejuízo maior o contratante que não contava senão com aquele lucro que lhe provinha do contrato, e por outro lado, faltaria qualquer interesse em não concluir o negócio, se a indenização devesse ser superior ao sacrifício do seu cumprimento”.⁴¹ Boa parte da doutrina, com razão, não aceita referida limitação, e admite que o interesse negativo pode até ultrapassar o positivo – embora não seja o que normalmente acontece –,⁴² o que decorre do caráter dinâmico que deve ostentar o retorno ao *status quo ante*. Desde que devidamente demonstrado em toda a sua extensão, ligado que esteja por um nexos causal direto e imediato, o dano deverá ser reparado em sua integralidade.

41 CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 227. Na demarcação dos danos reparáveis em sede de responsabilidade pré-contratual, discutiu-se – sobretudo na Alemanha, como dá notícia Ana Prata – se o interesse negativo poderia ser superior ao positivo. Formou-se, então, uma corrente doutrinária que sustenta tal restrição, com fundamento em algumas disposições do Código Civil alemão que regulam hipóteses específicas de responsabilidade pré-contratual, limitando o dano negativo indenizável pelo valor do dano positivo (os §§ 122, 307 e 309). Para Ana Prata, isso se dá com base em “considerações de equidade: diz-se que seria injusto que o sujeito pudesse obter, pela invalidade do contrato, vantagens superiores às que teria conseguido se o contrato fosse válido” (PRATA, Ana Maria Correia Rodrigues. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, tradução de Antônio de Arruda Ferrer Correia, São Paulo: Saraiva, 1938. p. 169), mas esta é, segundo a autora, a corrente minoritária que não encontra muita expressão na doutrina alemã.

42 De fato, há vários autores que não aceitam a limitação do interesse negativo pelo positivo. Nesse sentido, cf. Forchielli, Paolo. *Responsabilità civile*. In: Alberto Villani (coord.). *Lezioni*. v. 3, Padova: Cedam, 1968, pp. 15, 27-28 e 122-128; BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Tradução de A. Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra: Almedina, 1970, pp. 168-174; CUFFARO, Vincenzo. *Responsabilità precontrattuale*. In: *Enciclopédia del Diritto*. v. 39, Milano: Giuffrè, 1988, p. 1.274; RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità precontrattuale*. Torino: Utet, 1996, p. 110; FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile: il dano risarcibile*, cit., pp. 91-92.

5. Conclusão

De tudo o que se expôs, é possível concluir que, verificada a efetiva configuração do inadimplemento *absoluto*, confere-se ao credor o direito de escolher entre demandar o cumprimento do contrato pelo equivalente ou resolver o vínculo obrigacional, nos termos do artigo 475 do Código Civil.

Nessa hipótese, a execução específica já não é mais uma opção disponível ao credor – o suporte fático de incidência da execução específica é o inadimplemento relativo (*mora*), e não o absoluto. Afinal, só faz sentido para o credor demandar a execução específica da obrigação se a prestação ainda lhe for útil e possível para o devedor. Diante do inadimplemento absoluto, portanto, caberá ao credor escolher apenas entre a execução pelo equivalente e a resolução, sendo que, independentemente da sua escolha, fará jus a uma indenização, provados os requisitos da responsabilidade civil.

A execução pelo equivalente se afigura a alternativa adequada para a hipótese de o credor, posto impossível ou inútil a prestação que lhe era devida, ainda ostentar interesse no vínculo obrigacional, seja porque deseja executar a prestação que lhe incumbe, seja porque não quer receber de volta a prestação que já executou em favor do devedor.

Já a resolução extingue a relação obrigacional e, em seu lugar, faz surgir entre os contratantes uma relação de liquidação, no âmbito da qual se produzem os efeitos liberatório, restitutivo e ressarcitório. O efeito liberatório dispensa as partes de cumprir a prestação ainda não adimplida. Pelo efeito restitutivo, ambos os contratantes restituem, *in natura*, tudo o que houverem recebido por força do contrato – salvo se se tratar de contrato de duração, em que a resolução não altera os efeitos já exauridos.

Por fim, o efeito ressarcitório impõe ao devedor inadimplente o dever de indenizar as perdas e danos sofridos pelo credor. Coerentemente com o retorno ao *status quo ante* imposto pela resolução, a indenização se dá, via de regra, pelo interesse negativo, que corresponde ao dano sofrido com a celebração do contrato inadimplido, e abarca tanto os lucros cessantes como os danos emergentes. Essa solução se aplica ao comum dos casos, porque o credor não pode pleitear a extinção do contrato com a volta *ao status quo* anterior e, ao mesmo tempo, requerer indenização que o coloque

na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse positivo), o que seria até mesmo incoerente. Excepcionalmente, porém, deve-se admitir a cumulação do pedido resolutório com a indenização pautada pelo interesse positivo. A solução deve, portanto, ser flexível e sempre atenta às particularidades do caso concreto, conforme as partes consigam ou não alcançar a pretendida volta ao *status quo ante*.

Como regra, então, a indenização que deve ser cumulada com o pedido resolutório é a que tem por objetivo reparar o interesse negativo do credor. É importante sublinhar que essa volta ao *status quo ante* deve ocorrer sempre de forma dinâmica. Dito de outro modo, quando se sustenta que o credor deve receber indenização que o coloque na mesma situação em que estaria se o contrato sequer tivesse sido celebrado não se está a defender que o credor deva simplesmente ser posicionado na mesma situação patrimonial em que estava antes de o contrato ser celebrado. O patrimônio é um conceito dinâmico. Se o contrato não tivesse sido celebrado, o credor não ficaria com a sua situação patrimonial estagnada. Devem, então, compor essa verba indenizatória não só todos os danos emergentes sofridos, mas também todas as oportunidades perdidas pelo credor (perda de uma chance) e mesmo os lucros que eventualmente tenha deixado de auferir em razão de ter celebrado o contrato inadimplido.

Em se tratando de interesse positivo, admite-se com certa tranquilidade que sua composição abarque também os lucros cessantes, mas na composição do interesse negativo essa faceta do dano patrimonial costuma suscitar discussão. No entanto, os conceitos de danos emergentes e lucros cessantes não se confundem com os de interesse positivo e negativo: como já registrado, não só de lucro cessante é composto o interesse positivo, assim como o interesse negativo não se resume a danos emergentes. O que é importante mesmo é aferir se os pressupostos da responsabilidade civil estão todos presentes. Em caso afirmativo, a indenização deve se pautar pela extensão do dano, razão pela qual o interesse negativo pode alcançar a mesma cifra do positivo ou, eventualmente, até ultrapassá-lo, embora esse não seja o comum dos casos.