

A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposo da obrigação: análises a partir do AgRg no REsp 1.202.506/RJ e do AgRg no AgRg no AI 1.137.044/RJ

Felipe SZTAJNBOK*

Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?

– Piero CALAMANDREI

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A noção de “interesse” nas expressões interesse negativo e interesse positivo; 3. Os efeitos da resolução do contrato: as duas teses conflitantes; 4. A cumulação entre o pedido resolutório e a indenização pelo interesse positivo: os fundamentos da posição adotada; 5. Conclusão.

RESUMO: De acordo com o art. 475 do Código Civil, a parte prejudicada pelo inadimplemento do contrato pode pedir a sua resolução ou exigir o seu cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, também, indenização por perdas e danos. No entanto, especificadamente no caso da opção pela resolução do contrato, a doutrina nacional ainda não enfrentou adequadamente o debate acerca da composição da indenização quando cumulada com o pedido resolutório. É sobre esse ponto, portanto, que este artigo pretende dar a sua contribuição, através de comparação com o ordenamento português.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Inadimplemento do contrato. 2. Resolução do contrato. 3. Indenização.

ENGLISH TITLE: *Reparation for the Positive Interest as a Way of Protecting Creditor's Interest in the Hypothesis of Non-Performance by Fault*

SUMMARY: 1. Introduction; 2. The notion of “interest” in the terms negative and positive interest; 3. The effects of contracts’ resolution: the two conflicting thesis; 4. The accumulation of the resolution demand and the reparation for the positive interest: fundamentals for the adopted position; 5. Conclusion.

* Especialista em Direito Privado Patrimonial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

ABSTRACT: According to article 475 of the Civil Code, the affected party by the contract breach may request its resolution or demand its specific performance, having the possibility also, in both cases, to ask for the compensation of damages. However, Brazilian doctrine has not yet deeply faced the debate regarding the evaluation of damages in case of simultaneous claims of contract resolution and compensation of damages. It is about this issue, therefore, that this article intends to contribute through a comparative study with Portuguese Law.

KEYWORDS: 1. Contract breach. 2. Contract resolution. 3. Compensation of damages.

1. Introdução

Em meados do ano de 2006, dois promitentes compradores de imóveis do mesmo empreendimento imobiliário ajuizaram, quase que simultaneamente, ação contra a incorporadora e a empresa de engenharia responsável pela obra. Em ambas as ações, a causa de pedir e os pedidos eram exatamente os mesmos: em virtude do atraso na entrega do imóvel, os compradores ajuizaram demanda resolutiva, através da qual pleitearam, junto com a devolução do preço, uma indenização por perdas e danos, referente aos aluguéis que seriam auferidos caso o imóvel fosse entregue na data contratada, bem como ao valor correspondente à valorização do imóvel, depois de concluída as obras.

No primeiro caso, a sentença julgou improcedente todos os pedidos, haja vista, no entendimento do magistrado, o atraso ser decorrente de caso fortuito – as rés alegaram, como defesa, que o atraso na entrega dos imóveis foi decorrente do questionamento, por parte do Ministério Público Federal, das licenças concedidas pela FEEMA e pelo IBAMA para a realização do empreendimento. No segundo, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, sendo as empresas condenadas na devolução do preço pago e no pagamento de uma indenização pelos danos sofridos pelo adquirente, mas tão somente no que dizia respeito aos alugueres que seriam auferidos, caso o imóvel tivesse sido entregue na data contratada.

Em ambos os casos, foram interpostos recursos de apelação para o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e é a partir daqui que a questão passa a ter relevância.

A 10^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que julgou a primeira apelação¹, entendeu que o promitente comprador teria direito, apenas, à devolução do preço pago, uma vez que *“o fornecedor, na promessa de compra e venda, somente pode ser responsável pela entrega do bem conforme estipulado no contrato. O que o consumidor fará futuramente com aquele bem, seja vender, alugar, morar, não faz parte daquele acordo, não podendo ser imputado às apeladas qualquer responsabilidade a esse respeito”*.

Já a 12^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que julgou o outro recurso², entendeu que, além da devolução do preço pago, o promitente comprador fazia jus, ainda, a uma indenização por perdas e danos, correspondente à diferença entre o valor da compra do imóvel, na planta, e aquele que seria obtido no mercado, após a conclusão das obras, uma vez que, do contrário, a incorporadora estaria se locupletando do próprio inadimplemento, ficando, para si, com o lucro decorrente do investimento. Em relação aos aluguéis que poderiam ser auferidos pelo promitente comprador, entendeu a aludida Câmara que *“tal pleito se mostraria adequado somente se houvesse comprovação de que os adquirentes do imóvel tivessem celebrado contrato de locação e estivessem impossibilitados de cumpri-lo em razão do atraso na entrega do imóvel, o que, todavia, não é o que se verifica na presente hipótese”*.

Mais uma vez, as partes recorreram, agora para o Superior Tribunal de Justiça^{3 4}. Decidiu a Corte, em ambos os especiais, que, em casos de descumprimento do prazo de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda, o prejuízo é presumido (presunção relativa), cabendo à parte ré o ônus probatório quanto à ausência dos alegados prejuízos. Em ambos os casos, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi reformada, para que fossem incluídos na condenação os lucros cessantes decorrentes do inadimplemento do contrato, expressados pela impossibilidade de uso e locação do imóvel durante todo o tempo de atraso.

Como se vê, duas pretensões, baseadas nos mesmos fatos, tendo a mesma causa de pedir, geraram três interpretações distintas, sendo que duas delas feitas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹ TJRJ, 10^a CC., Apelação cível nº 0161099-64.2006.8.19.0001, Rel. Des. Roberto Ribeiro, j. 09.04.2008.

² TJRJ, 12^a CC., Apelação cível nº 0153129-76.2007.8.19.0001, Rel. Des. Lúcia Maria Miguel da Silva Lima, j. 26.05.2009.

³ STJ, 3^a T., AgRg no REsp nº 1.202.506/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07/02/2012.

⁴ STJ, 4^a T., AgRg no AgRg no AI nº 1.137.044/ RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 27.10.2009.

Nos mencionados julgados, todo o debate ficou restrito à previsibilidade e à comprovação dos lucros cessantes pleiteados (aluguéis que seriam auferidos e valorização do imóvel), o que, sem dúvida, dá margem para diversas discussões. Mas a questão vai além, e necessita ser vista – ou revista – desde a sua origem.

2. A noção de “interesse” nas expressões interesse negativo e interesse positivo

As expressões “Interesse negativo” e “interesse positivo” não são mencionadas em nenhum dos 2.046 artigos do Código Civil brasileiro – como na generalidade das outras legislações civis. Não se trata, portanto, de noções legais. Mas o fato de o legislador não ter feito menção a tais expressões não esvazia a sua importância, tão pouco as torna irrelevantes – talvez explique, mas não justifica, o porquê do tema não ter sido, até hoje, enfrentado de forma profunda pela doutrina nacional.

Em destacada obra sobre o tema, o civilista português Paulo Mota Pinto propõe que o “interesse”, nesses casos, seja visto como situação de ausência de lesão. Ou seja, o “interesse” seria a situação em que estaria o credor prejudicado sem a ocorrência do evento lesivo. Mais ainda: seria a relação entre parte prejudicada e a situação que ele estaria sem a lesão. E a construção dessa *situação hipotética*, para a apuração e quantificação do dano, se daria de duas formas: ou pela adição de algum elemento (interesse positivo) ou pela abstração de algo que aconteceu (interesse negativo)⁵.

Com efeito, a distinção entre interesse positivo e interesse negativo concentra-se justamente na caracterização do *termo hipotético de comparação*, para que a partir dele se possa quantificar o dano. Esse *termo hipotético de comparação* poderá ser obtido, como se disse, pela adição de um elemento (interesse positivo) ou pela abstração de algo que aconteceu (interesse negativo).

Desta forma, deve-se analisar a situação real do lesado após o evento danoso e a situação hipotética em que ele estaria sem o evento lesivo (“hipótese da diferença”) ⁶. A determinação dessa situação hipotética – acrescentando ou abstraindo algo que aconteceu – dependerá, assim, de uma operação mental, que reconstruirá o curso hipotético dos acontecimentos e o ponto de chegada corresponderá à situação

⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo*. vol. 1. Coimbra: Ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 842.

⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo*, cit., p. 559/560.

patrimonial em que o lesado estaria no momento da determinação do dano. Será a comparação entre duas situações: uma hipotética e outra real.

Trazendo os conceitos para a responsabilidade contratual, deve-se comparar a situação real do credor, diante do inadimplemento da obrigação, com aquela, hipotética, em que ele estaria sem o inadimplemento. E aí poderá se seguir dois caminhos: ou se levará em conta (i) a situação em que ele estaria caso o contrato tivesse sido cumprido – ou seja, com a adição de um elemento –; (ii) ou a situação em que ele estaria caso não tivesse celebrado o contrato que foi descumprido – ou seja, com a abstração de um elemento.

Mas, para se compreender a origem do debate, é necessário analisar alguns aspectos fulcrais do conceito de resolução, tanto em relação à sua estrutura, como, principalmente, à sua função, pois é aí que está o ponto nodal de toda a discussão. Como se verá, tanto os defensores da indenização pelo interesse positivo, como os defensores da indenização pelo interesse negativo, em casos de demandas resolutivas, partem dos efeitos da resolução dentro do sistema obrigacional para justificar o seu posicionamento.

3. Os efeitos da resolução do contrato: as duas teses conflitantes

Hoje, o grande debate travado na Europa, influenciado diretamente pelos doutrinadores alemães, que há décadas se debruçam sobre o assunto, gira em torno, basicamente, de dois posicionamentos acerca do que se entende por resolução do contrato.

A primeira delas é a mais tradicional, dominante no direito português – mas tão somente lá –, que vê a resolução, essencialmente, como um processo rápido e simples de desvinculação das partes, que assegura a reposição das partes ao estado anterior à contratação. Explica-se: para os defensores dessa corrente, a rescisão acarreta na extinção absoluta do contrato, apagando do mundo jurídico o próprio contrato e todos os seus efeitos. A retroatividade, segundo os defensores dessa corrente, teria efeito *ex tunc*⁷.

⁷ Um dos primeiros, em Portugal, a defender essa tese, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES destaca que “A resolução do contrato bilateral, que é equiparada, quanto aos seus efeitos, à declaração de nulidade e à anulação do negócio jurídico (art. 433º), tem, como estas (art. 289º, nº 1), valor *retroativo*, salvo se a retroatividade contrariar a vontade das partes (art. 434º, nº 1). Retroage à data do contrato, produzindo efeito “*ex tunc*”. O contrato desaparece no passado, tendo-se por não celebrado. As partes ficam desligadas dos seus compromissos como se nunca os tivessem contraído. Nenhuma delas pode ser compelida a executar esses compromissos; e, se o autor da resolução já satisfizer o seu, tem direito a reaver por inteiro o que prestou (art. 801º, nº 2)”. (*Direito das obrigações*, 7ª ed., Coimbra; Ed. Coimbra, 2010, p. 462).

Com isso, sustentam que a indenização, nas hipóteses de resolução, só poderia se dar pelo interesse negativo, uma vez que, extinto o contrato, as partes retornariam, automaticamente, ao *status quo* anterior à sua celebração. Baseiam-se, principalmente, na lógica, pois seria impensável extinguir o contrato e, ao mesmo tempo, colocar as partes em situação similar a que estariam caso o mesmo tivesse sido cumprido⁸.

Importante observar, desde já, que parte majoritária da doutrina portuguesa, que defende os efeitos *ex tunc* da resolução, se baseia, também, na equiparação dos efeitos da nulidade e da anulabilidade do negócio jurídico aos efeitos da resolução do negócio jurídico. Justifica sua argumentação nos arts. 433 e 908 do Código Civil Português. O primeiro dispõe que “*Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, com ressalva do disposto nos artigos seguintes*”, enquanto o segundo determina que “*Em caso de dolo, o vendedor, anulado o contrato, deve indemnizar o comprador do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada.*”.

O Código Civil Brasileiro, por sua vez, diz, apenas, que, anulado o negócio jurídico, as partes retornam ao estado anterior à sua celebração⁹, destacando, no caso, que os efeitos são *ex tunc*. Mas não equipara, mesmo que subsidiariamente, esses efeitos aos da resolução do contrato.

Veja-se, ainda, que os adeptos dessa posição entendem que o credor só poderá pleitear uma indenização pelo interesse positivo se cumprir a sua contraprestação – ou se já tiver feito ao tempo do inadimplemento –, forçando, assim, a execução específica do contrato ou do valor correspondente¹⁰. Portanto, o credor terá que optar por um ou outro caminho. Ou pede a resolução do contrato, fica exonerado do dever de prestar e é indenizado pelo interesse negativo, ou cumpre a sua prestação, mantém o contrato, e é indenizado pelo interesse positivo.

No Brasil, diante da inexistência de previsão legal equiparando os efeitos da nulidade do negócio jurídico aos efeitos da resolução, aqueles que defendem a tese da

⁸ Nesse sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA: “Nas situações em que a resolução tem que ser <<declarada>> judicialmente (por exigência legal ou conflitual) está, naturalmente, afastada a hipótese de o credor poder cumular a resolução com a indemnização do prejuízo total que lhe causou a falta de cumprimento do devedor e isto por manifesta incompatibilidade de pretensões.” (*A Resolução do Contrato no Direito Civil – Do enquadramento e do Regime*, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 82).

⁹ CC, art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

¹⁰ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7^a ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1997, pp. 109/110.

incompatibilidade entre o pedido resolutório e a indenização pelo interesse positivo se baseiam, apenas, na retroatividade da resolução (apesar de não haver previsão legal que atribua efeitos *ex tunc* a ela) e na incongruência lógica daí decorrente, entre a extinção do contrato e uma indenização que coloque o credor na mesma posição em que estaria caso o mesmo contrato houvesse sido cumprido¹¹.

Da mesma forma, sustentam, também, que o credor deve, via de regra, optar pela resolução do contrato e uma indenização pelo interesse negativo, ou pela manutenção do contrato, efetuando a sua contraprestação, e uma indenização pelo interesse positivo¹².

Podendo optar, do contrário, pela resolução cumulada com uma indenização pelo interesse positivo, estaria configurado um enriquecimento sem causa, uma vez que o credor ficaria com a sua prestação, com os lucros provenientes do contrato que foi resolvido e, ainda, poderia ir ao mercado em busca de outro negócio¹³. Ganharia duas vezes.

Do outro lado, estão aqueles que defendem a tese de que a resolução não é tão somente um meio de por fim ao contrato, mas sim uns dos remédios aplicáveis às hipóteses de inadimplemento da obrigação, a fim de tutelar os interesses envolvidos na contratação. Essa é a tese majoritária na Alemanha¹⁴, França¹⁵ e Itália¹⁶.

Importante observar que essa corrente é encabeçada pela doutrina alemã, antes majoritariamente defensora da tese da “morte do contrato” – o que se deu ao longo de todo o século passado, e fundava-se, basicamente, na redação originária do § 325, nº 1, do BGB –, mas, hoje, praticamente uníssona a favor da tese da transformação do

¹¹ ARAKEN DE ASSIS, “Dano positivo e negativo na dissolução do contrato”, Revista do Advogado, nº 44/20-23, São Paulo, out./1994).

¹² ARAKEN DE ASSIS, “Dano positivo e negativo na dissolução do contrato”, Revista do Advogado, nº 44/20-23, São Paulo, out./1994). No mesmo sentido, 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, São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pp. 563/564; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

¹³ 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, São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pp. 563/564.

¹⁴ Ver nota 35.

¹⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pp. 1622/1623.

¹⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pp. 1629/1630.

contrato¹⁷. É encarada, por muitos, como uma evolução do pensamento jurídico anterior.

Voltando-se os olhos para o debate travado entre as correntes, percebe-se que a grande diferença entre elas está na função de cada uma delas atribuí à resolução dentro do ordenamento jurídico.

Enquanto os defensores da “morte do contrato”, como se viu, argumentam que a resolução é, primordialmente, um instrumento simples e rápido de desvinculação das partes, os defensores da “transformação do contrato” enxergam na resolução um meio de tutela dos interesses do credor, que, combinada com outros meios – por exemplo, o direito de indenização pelo não cumprimento da obrigação –, formam um regime global aplicável aos casos de perturbação da relação contratual¹⁸. Portanto, uma função muito mais ampla do que um mero e específico instrumento de desvinculação das partes.

Outro ponto levantado pelos defensores da tese de “transformação” é que, segundo eles, a problemática de se indenizar o interesse positivo ou o negativo surgiu de discussões travadas nos âmbitos da culpa *in contrahendo* e da nulidade e anulabilidade do contrato, e que a limitação da indenização ao interesse negativo, fruto da transposição dos efeitos da nulidade e da anulabilidade para a resolução contratual, carece de qualquer previsão legal¹⁹.

¹⁷ Sobre esse giro de 180 graus na doutrina alemã, o civilista português PAULO MOTA PINTO ressalta que “No direito alemão, cuja posição era frequentemente invocada no sentido da impossibilidade de cumulação entre a resolução e a indemnização (por não cumprimento), *passou, portanto, desde a reforma de 2001*, a permitir-se esta cumulação, tendo a modificação da relação contratual numa ‘relação de liquidação’, operada pela resolução, deixando de extinguir o interesse no cumprimento e os deveres secundários de indemnização resultantes do não cumprimento.” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, pp. 1627/1628)

¹⁸ Um dos primeiros, em Portugal, a defender a tese foi JOÃO BAPTISTA MACHADO. Segundo ele, “o nosso Código Civil [de Portugal] afinal configura a resolução legal por incumprimento como um instituto de função ampla, como o fazem a Lei Uniforme da venda intencional de objectos móveis e as leis de vários países, e não como um meio de tutela do credor incompatível, pela sua função específica, com a utilização de outros meios de tutela do mesmo credor. Quer-se com isto dizer que a configura como compatível ou combinável com um simultâneo direito de indemnização pelo não cumprimento, e não como uma função particular e específica de alcance mais restrito: como simples meio expeditivo facultado a uma das partes para se desvincular de um contrato cuja execução foi perturbada (e assim reconquistar rapidamente a sua liberdade de disposição económica-negocial), sem haver que fazer a prova morosa e complexa dos danos do incumprimento, mas (em contrapartida) sob a condição de renunciar à indemnização por estes danos; ou então com único meio com a função específica de permitir ao credor reaver a prestação por si feita, sob a mesma condição”. (*Obra dispersa*, vol. 1, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, Scientia Juridica, 1991, p.181)

¹⁹ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, 2º vol: Direito das obrigações, Tomo IV, Coimbra: Ed. Almedina, 2010, pp. 158/159)

A partir daí, argumentam que não é razoável sustentar que a resolução, de uma hora para outra, reduz a pó o contrato e todos os seus efeitos. Seria, de acordo com a tese, uma grande injustiça que, em nome de um formalismo há muito ultrapassado, e diante da ausência legal de qualquer tipo de limitação à indenização na legislação, o credor seja forçado a efetuar a sua prestação – ou a abrir mão dela – para alcançar os lucros provenientes do negócio (interesse positivo)²⁰. Do contrário, não efetuada a sua contraprestação, a indenização do credor ficaria limitada aos danos oriundos da fase pré-contratual (interesse negativo).

Mais ainda, a extinção do contrato e dos seus efeitos, segundo eles, vai de encontro ao conceito moderno da obrigação, encarada, hoje, como um processo²¹, que caminha, sempre, no sentido da satisfação dos interesses envolvidos na relação contratual (adimplemento). Portanto, a resolução apenas supriria o dever principal de prestar, mantendo-se todos os demais deveres integrantes da relação estabelecida entre as partes, sejam eles secundários ou acessórios, justamente em razão da complexidade da relação, não mais encarada como apenas um *debitum* e uma *obligatio*²².

Desta forma, concluem que a resolução não acarreta na aniquilação do contrato. O que há, verdade, é a transformação do contrato numa relação de liquidação, que levará em conta o próprio contrato, mantendo-se o nexos de sinalagmaticidade que o regeu²³. Não se pode, segundo essa corrente, apagar do mundo as relações e os interesses pretendidos pelas partes. Portanto, os deveres das partes são mantidos na fase de

²⁰ Também nesse ponto, MENEZES CORDEIRO é categórico: “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 incumbia: não pretende, minimamente, desistir da indemnização a que tenha direito. A regra é, pois, sempre a mesma, simples e justa: o incumprimento, que se presume culposos, obriga a indemnizar todos os danos causados. Ficarão envolvidos danos negativos ou de confiança e danos positivos ou do cumprimento, cabendo, caso a caso, verificar até onde vão uns e outros”. (*Tratado de direito civil português*, 2º vol: Direito das obrigações, Tomo IV, Coimbra: Ed. Almedina, 2010, p. 163)

²¹ No Brasil, veja-se, por todos, CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

²² Mais uma vez, MENEZES CORDEIRO: “Não será o momento para reconstruir a teoria da resolução. Todavia, perante o moderno Direito das obrigações, não é possível vir afirmar que a resolução destrói retroactivamente o contrato, suprimindo todas as obrigações derivadas. O vínculo obrigacional é uma realidade complexa. A resolução apenas visa suprimir o dever de prestar principal do contratante fiel, perante o incumprimento definitivo do dever de prestar principal a cargo do contratante faltoso. Seria, na verdade, sumamente injusto que, perante o incumprimento da outra parte, o contratante fiel ainda devesse efectuar a sua prestação. Quer isto dizer que a resolução apenas põe termo aos deveres de prestar principais. Todos os demais deveres envolvidos, secundários e acessórios, se mantêm.” (*Tratado de direito civil português*, 2º vol: Direito das obrigações, Tomo IV, Coimbra: Ed. Almedina, 2010, p. 163)

²³ Como ensina JORGE LEITE AREAIS RIBEIRO DE FARIA, “O sinalagma, antes, comandava a vinculação da contraprestação à prestação e vice-versa e, depois da liquidação, o sinalagma *reconvertido* opera em função da obtenção de um mesmo interesse económico por parte do credor. Neste panorama de coisas, só se pode contar porém com o interesse positivo, embora possa concorrer concomitantemente a liberação do credor.”²³ “A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato – novamente a questão”, in Estudos de Direito das Obrigações, 1ª ed., Porto: U. Porto Editorial, 2009, p. 178

liquidação, para que se possa preservar o sinalagma da relação, colocando o credor na posição em que ele estaria caso o contrato fosse cumprido²⁴.

Na doutrina nacional, nomes como Orlando Gomes²⁵, Miguel Maria de Serpa Lopes²⁶ e Washington de Barros Monteiro²⁷ defendem a cumulação da resolução com uma indenização pelo interesse positivo, sem, no entanto, desenvolver o tema. É Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁸ quem traz os melhores fundamentos, fazendo menção, inclusive, à transformação do contrato em uma relação de liquidação, e a compatibilidade desse entendimento com a perspectiva dinâmica da obrigação.

Por fim, importante registrar que, ao interpretarem o art. 475 do Código Civil Brasileiro, tanto Ruy Rosado de Aguiar Júnior²⁹ como Pontes de Miranda³⁰ – este último, defensor da extinção total do contrato – entendem que a redação do aludido artigo permite, na demanda resolutiva, tanto a indenização pelo interesse positivo como a indenização pelo interesse negativo. Não há, para eles, qualquer limitação na legislação. Mas, por ora, o importante é ter em mente, tão somente, a diferença básica entre as duas correntes.

O embate está – e é aí que está o cerne da questão, como se disse – na função que cada uma das correntes atribui à resolução dentro do ordenamento jurídico. Ou ela é encarada apenas como um meio rápido e eficiente de desvinculação das partes, que põe fim ao contrato (função restitutória ou liberatória), ou, por outro ângulo, como um meio de tutela do interesse do credor, que, juntamente com outros meios de proteção, formam um regime global que atua no reequilíbrio da relação contratual, perturbada pelo inadimplemento (função ressarcitória).

4. A cumulação entre o pedido resolutório e a indenização pelo interesse positivo: os fundamentos da posição adotada

²⁴ De acordo com JORGE RIBEIRO DE FARIA, “será precisamente esta simples transformação contratual que, para muitos se opõe de vez e decisivamente à indenização pelo interesse negativo. É que, e pesem embora opiniões contrárias de um WOLF ou de um LARENZ, do que se trata, para eles, a partir da liquidação, e neste caso, é simplesmente a desvinculação dos deveres não cumpridos e a restituição das prestações feitas.” (“A natureza da indenização no caso de resolução do contrato – novamente a questão”, in *Estudos de Direito das Obrigações*, 1ª ed., Porto: Ed. U. Porto Editorial, 2009, pp. 180/181).

²⁵ *Contratos*, 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 210/211.

²⁶ *Curso de Direito Civil*, vol. II, 5ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 384.

²⁷ *Curso de direito civil*, vol. 4: direito das obrigações, 1ª parte, 34ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p.364.

²⁸ *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Aide, 2004, pp. 258/259.

²⁹ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Aide, 2004, pp. 269)

³⁰ *Tratado de direito privado*, vol. XXXVIII, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971, p. 340.

A redação do artigo 475 do Código Civil é inconclusiva, pois se limita a salvaguardar o direito à indenização para quem opta pela resolução do contrato (“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”). Nada é dito sobre o cálculo ou a extensão dessa indenização.

Da mesma forma, não há nenhum dispositivo no Código Civil – ao contrário do Código Civil português, como dito³¹ – que equipara os efeitos da nulidade e da anulabilidade aos da resolução do contrato.

Dos preceitos do Código Civil brasileiro, portanto, não resulta qualquer indicação que imponha de alguma forma uma ou outra posição (indenização pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo)³², o que, com certeza, explica a controvérsia – e até mesmo omissão – doutrinal desde o Código Civil de 1916. Nenhuma das posições se justifica no plano jurídico-positivo.

Assim sendo, o primeiro ponto que deve ser aprofundando é o relativo ao alcance dos efeitos da retroatividade da resolução, ponto nodal de toda a discussão e anterior à problemática da medida da indenização devida.

Não se pode afirmar, como fazem os defensores da impossibilidade de cumulação do pedido resolutorio com a indenização pelo interesse positivo, que os efeitos da resolução são *ex tunc*, como na nulidade do negócio jurídico. No caso da resolução, é impositivo o reconhecimento da existência de um contrato válido, que entrou em crise,

³¹ Em Portugal, apesar de existir artigo expresso no Código Civil equiparando os efeitos da nulidade e da anulabilidade aos da resolução do contrato, os defensores da possibilidade de cumulação do pedido resolutorio com a indenização pelo interesse positivo argumentam que, além dessa transposição de efeitos ser equivocada, ela, ainda que considerada legal, não disciplina diretamente o problema da medida de indenização. Veja-se, por todos, PAULO MOTA PINTO: “No plano *jurídico-positivo*, tudo o que a posição que tem prevalecido pode invocar é, com efeito, o regime geral dos efeitos da resolução, isto é, o regime dos artigos 433º e 434º, sobre efeitos entre as partes (equiparando aos da invalidade) e *retroactividade* da resolução. Estas normas não disciplinam, porém, directamente o problema da medida da indemnização devida em caso de resolução, pressupondo a argumentação a partir delas que uma indemnização pelo interesse no cumprimento é *incompatível* com tais efeitos – evidentemente, no plano dos respectivos objectivos e fins, e não apenas no do conceito de efeitos retroactivos, o que constituiria um procedimento ‘de inversão’ digno de uma censurável ‘jurisprudência dos conceitos’”. (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1644)

³² Importante destacar que, de acordo com o art. 623 do Código Civil, o dono da obra pode suspendê-la, a qualquer momento, desde que pague ao empreiteiro, além dos serviços já prestados, uma indenização razoável, calculada com base naquilo que ele, empreiteiro, teria ganhado caso a obra fosse concluída. Apesar de a questão passar despercebida, trata-se, aqui, de uma indenização pelo interesse positivo, o que, inclusive, foi destacado no REsp 55.859-0/SP, cujo relator foi o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. No entanto, a previsão, contida no aludido artigo, não é suficiente para se justificar um ou outro posicionamento, tão pouco para se afirmar que é esse o entendimento adotado pelo Código Civil brasileiro.

sim, mas que, apesar disso, produziu efeitos entre as partes e que, por esta razão, não pode ser varrido do mundo do direito³³.

Ressalte-se que não se nega a retroatividade da resolução, e sim os efeitos *ex tunc*, como na nulidade. O que se quer dizer é que admitir que os efeitos da resolução sejam *ex tunc* implica, necessariamente, na desconsideração de qualquer efeito já produzido, apagando do mundo jurídico as relações que realmente existiram entre os contratantes. Na verdade, os seus efeitos são *ex nunc*, e operam, sempre, para o futuro. É para o futuro que se restituem as prestações feitas, da mesma forma que é para o futuro que se extinguem as prestações ainda não efetuadas³⁴.

A retroatividade, aqui, é limitada pela finalidade do regime que opera na inexecução das obrigações, que é justamente reagir a um inadimplemento, afastando ou contornando ao máximo as suas consequências sobre o sinalagma contratual, tutelando, assim, o interesse do credor. Se a finalidade do regime aplicável à inexecução da obrigação é remediar uma perturbação na ordem natural do processo obrigacional, tutelando os interesses do credor, não se pode admitir que, de uma hora para outra,

³³ Segundo JOÃO BAPTISTA MACHADO, “Não pode rigorosamente dizer-se que, em contraposição ao que se sucede no pedido de indemnização pelo não cumprimento, em que o credor procuraria ainda conseguir o fim do contrato, se bem que mediante um sub-rogado, na resolução o credor se aparta de todo do escopo e da moldura do mesmo contrato, elimina quanto possível as consequências já produzidas pela relação contratual e renuncia ao lucro contratual ou à indemnização pelo lucro cessante. Muito menos ainda se poderá dizer que a resolução elimine do todo o próprio contrato e provoque o surgir de uma situação a-contratual. O que de seguro se pode afirmar é apenas isto: que a resolução é incompatível com a chamada <<grande>> indemnização, ou seja, com a indemnização que abranja o valor da própria prestação do devedor que, através da resolução, é <<rejeitada>>. A solução do problema em causa depende, pois, segundo cremos, da função que à resolução seja atribuída em cada ordenamento. Ora o nosso Código Civil parece ter-lhe atribuído uma função ampla de meio de tutela combinável com outros para compor um regime global aplicável a certos casos de perturbação da relação contratual – e não uma função restrita de meio de tutela exclusivamente destinado a uma tipicizada e expedita satisfação *mínima* do interesse do credor que se vê embaraçado por um laço contratual que não funciona bem”. (*Obra dispersa*, vol. 1, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, Ed. Scientia Juridica, 1991, pp. 181/182)

³⁴ Nesse sentido, JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA: “E pode dizer-se que tem ficado cada vez mais espaço aí para a tese do contrato modificado ou do contrato reformulado. Em com um argumento que nos parece irrefutável. É que, diz-se, retroactivamente não pode ser destruição de tudo que ligou as partes até o momento da resolução. Que não pode retirar-se ou eclipsar-se do mundo das partes as relações que ‘realmente’ existiram entre os contraentes. Que, por isso mesmo, a resolução tem eficácia ou efeito ‘*ex nunc*’. Para o futuro se restituem as prestações feitas; para o futuro se terminam ou extinguem as prestações ainda não efectuadas. E que, mesma a responsabilidade pela não observância de deveres de conduta, só pode ainda justificar-se porque o contrato nunca deixa de existir e de valer entre as partes. (...) Por isso que a retroactividade que aqui se assinala e a comparação que se pretende com a nulidade outra coisa não seja que a recomposição de interesses num plano contratual perturbado, mas que continua mesmo assim, e em que a parte com razão pode chamar a si a contraprestação feita ou não contraprestar simplesmente (tudo situações a constituir pois e, por isso, de efeitos *ex nunc*), e fazer-se ressarcir *contratualmente* dos prejuízos sofridos. Retroactividade significa, pois, ainda constituir ‘*ex nunc*’ novas obrigações ou extinguir ainda ‘*ex nunc*’ obrigações de prestação não cumpridas. E deixar intervir aqui, neste quadro de coisas, um quadro contratual com as virtualidades da adaptação a uma nova situação, mas em que, por isso mesmo, se pode ter de contar com o ressarcimento pelo interesse positivo. Pelo menos assim deverá ser nas situações em que a contraprestação ainda não tiver sido feita. Embora aqui se possa dizer que, então, se está fora da resolução”. (“A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato – novamente a questão”, in *Estudos de Direito das Obrigações*, 1ª ed., Porto: Ed. U. Porto Editorial, 2009, pp. 197-199)

sejam extintas todas as relações havidas entre as partes, e que se desconsiderem todos os interesses envolvidos na relação obrigacional.

Veja-se que, de acordo com a definição clássica, Direito das Obrigações³⁵ é a denominação dada para a parte do Direito Civil que regula os vínculos jurídicos, de natureza patrimonial, que se formam entre os indivíduos de uma sociedade para a satisfação de interesses assegurados pela lei³⁶. Mais ainda: é o Direito das Obrigações que pondera o choque natural que se dá entre a liberdade do indivíduo, perante os demais membros da sociedade, e a dependência natural que esses indivíduos têm uns dos outros, haja vista a necessidade de se relacionarem entre si a fim de satisfazerem interesses pessoais³⁷.

A obrigação, por sua vez, nasce dessas relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos da sociedade. Nas palavras do professor Orlando Gomes, a “*obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra*”³⁸, sendo que o “*objeto imediato da obrigação é a prestação, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor.*”³⁹

Como se vê, o interesse do credor está umbilicalmente ligado ao objeto imediato da obrigação⁴⁰. E a compreensão dessa ligação (prestação – interesse) é fundamental, pois a obrigação não constitui um fim em si mesma, sendo, tão somente, um instrumento idealizado pelo ordenamento jurídico para a satisfação de certo interesse (do credor), que só se materializa com o seu adimplemento⁴¹.

Desta forma, a função da obrigação, dentro do sistema jurídico, é, justamente, assegurar a satisfação do interesse do credor⁴². Mas o interesse do credor não é apenas

³⁵ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12^a ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 15.

³⁶ ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 16^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

³⁷ MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, vol. II, 5^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1989, p.5.

³⁸ ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 16^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 5.

³⁹ ORLANDO GOMES, *Obrigações*, 16^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 17.

⁴⁰ Como diferencia ORLANDO GOMES, “Objeto imediato da obrigação é a prestação, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor. Objeto mediato, o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica. O objeto da obrigação específica de um comodatário é o ato de restituição da coisa ao comodante. O objeto dessa prestação é a coisa emprestada, seja um livro, uma joia, ou um relógio. Costuma-se confundir o objeto da obrigação com o objeto da prestação, fazendo-se referência a este quando se quer designar aquele, mas isso só permite para abreviar a frase. Tecnicamente, são coisas distintas”. (*Obrigações*, 16^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 21).

⁴¹ CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pp. 167/168.

⁴² “O interesse do credor – assente na necessidade ou situação de carência de que ele é portador e na aptidão da prestação para satisfazer tal necessidade – é que define a função da obrigação. Função que consiste na satisfação do interesse concreto do credor, proporcionada através do sacrifício imposto ao

– não que isso seja pouco – o fim e a razão do vínculo obrigacional. Vai além, e, recorrendo-se mais uma vez a Antunes Varela, “*Apesar de se tratar de um elemento exterior à estrutura da obrigação, o interesse (do credor) a que ela se encontra adstrita exerce uma influência decisiva em múltiplos aspectos do seu regime.*”⁴³

Da mesma forma, o interesse do credor influi diretamente na hipótese de inexecução da obrigação, e deve ser levado em conta quando do cálculo da indenização devida⁴⁴. Não faz sentido, portanto, que no regime aplicável à inexecução dessa obrigação sejam ignorados esses interesses, gênese de todo o sistema obrigacional, e que só se satisfazem com o adimplemento.

O interesse do credor não é satisfeito pela mera expectativa de um negócio, ou simplesmente pela confiança depositada na outra parte. O interesse, aqui, é satisfeito mediante – e tão somente – pelo cumprimento integral do contrato. Portanto, se a obrigação é um processo que busca a satisfação do interesse do credor mediante o seu adimplemento, o regime aplicável à inexecução dessa mesma obrigação deve buscar, de todas as formas, contornar o inadimplemento e tutelar esse interesse.

Veja-se, ainda, que o fundamento da resolução é a existência de um não cumprimento (art. 475 do Código Civil). E a admissão de uma retroatividade ilimitada, capaz de extinguir o contrato e todos os seus efeitos, colocaria em xeque a própria existência do não cumprimento, já que o parâmetro contratual desaparece⁴⁵. Como sustentar que o contrato desaparece do mundo jurídico, mas o descumprimento desse mesmo contrato permanece, de alguma forma, produzindo efeitos, dando ao credor, por exemplo, a possibilidade de ser indenizado por uma oportunidade perdida com um negócio similar àquele que desapareceu?

Ao se considerar, apenas, a possibilidade de cumulação do pedido resolutório com uma indenização pelo interesse negativo, altera-se o evento lesivo, que dá causa à resolução. Explica-se: só é possível a defesa da cumulação do pedido resolutório com uma

devedor pelo vínculo obrigacional. (...) Assim, logo para que a obrigação se constitua validamente, é necessário que a prestação corresponda a um interesse do credor digno de protecção legal (art. 398º, 2).” (JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 9ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1996, p. 164)

⁴³ *Das obrigações em geral*, vol. I, 9ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 1996, p. 164.

⁴⁴ “Influi o referido interesse sobre a avaliação concreto do dano, isto é, do prejuízo efectivo verificado no património do credor. Portanto, releva ainda para se determinar o quantitativo da indenização a cargo do devedor inadimplente (arts. 562º e 566º, nº 2)”. (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011, p. 110)

⁴⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1645.

indenização pelo interesse negativo se se considerar como sendo o evento lesivo a criação de uma confiança na conclusão e no exercício do negócio (responsabilidade *in contrahendo*)⁴⁶. Mas não é esse o fundamento. O fundamento do direito de resolução está no não cumprimento (art. 475 do Código Civil). E se os efeitos da resolução são *ex tunc*, como defende parte da doutrina, o próprio não cumprimento desaparece, e a responsabilidade passa a decorrer de um ato ilícito, totalmente alheio ao contrato.

A responsabilidade, no caso, não decorre de culpa na formação do contrato, tampouco em qualquer atuação pré-contratual, que se tornou ilícita com o inadimplemento. A responsabilidade é contratual, porque o contrato existiu e produziu efeitos no mundo real, e é esse mesmo contrato que deve ser considerado para o cálculo da indenização devida⁴⁷. Nas palavras de Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, “*a transição do contrato para a liquidação se não faz contra ou sem o contrato mas sobre o contrato*”⁴⁸.

Da mesma forma, sustentar que o credor deverá fazer a sua contraprestação para ter acesso à indenização pelo interesse positivo é injusto. A resolução visa, como se viu, possibilitar que credor resolvente se libere do vínculo contratual, para que, livre, possa celebrar outros negócios. Forçar a sua contraprestação é expor o credor ao risco da espera do cumprimento, isso num cenário em que o devedor já está inadimplente⁴⁹.

Também não se sustenta o argumento de que a cumulação da resolução com a indenização pelo interesse positivo acarreta num enriquecimento sem causa para o credor, que lucraria duas vezes, já que teria acesso ao lucro do negócio descumprido, sem realizar a sua contraprestação, e ao lucro de outro negócio, firmado posteriormente com terceiro. E não se sustenta por duas razões.

A primeira delas é que, entre a necessidade de o credor realizar ou manter a sua contraprestação para obter em troca uma indenização correspondente aos lucros do contrato, e a perda pelo devedor do direito de obter, ou de reter, a contraprestação, para ficar obrigado a indenizar, deve-se, sempre, optar pela segunda, já que quem deu causa ao inadimplemento foi o devedor⁵⁰, e essa possibilidade – lucrar através da

⁴⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1647.

⁴⁷ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 413.

⁴⁸ “A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato – novamente a questão”, in *Estudos de Direito das Obrigações*, 1ª ed., Porto: Ed. U. Porto Editorial, 2009, p. 176.

⁴⁹ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1649.

⁵⁰ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1651.

celebração de outro contrato – só se tornou possível justamente em decorrência da sua culpa.

A segunda é mais simples. Basta se pensar na seguinte situação: o promitente comprador de um imóvel, em virtude do inadimplemento culposo do promitente vendedor, formula, perante o Judiciário, pedido resolutorio cumulado com indenizatório, este último correspondente aos aluguéis que seriam auferidos se o imóvel tivesse sido entregue na data contratada e à valorização do bem, representada pela diferença do preço do imóvel na planta e depois de concluídas as obras.

Caso optasse pela indenização pelo interesse negativo, o promitente comprador não poderia ficar com o lucro do negócio – isso, evidentemente, se de fato houve uma valorização. Portanto, o preço pago seria devolvido ao promitente comprador e o imóvel ficaria em poder do promitente vendedor, e a indenização, devida ao promitente comprador, ficaria restrita aos gastos que ele teve na fase pré-contratual (interesse negativo). Esse lucro, então, ficaria com o promitente vendedor – pois ele, necessariamente, tem que ser atribuído a umas das partes –, e, da mesma forma, poderia ele revender o imóvel, agora pelo preço do mercado.

No entanto, quando se adquire um imóvel na planta, o preço é geralmente inferior ao preço de mercado. E a razão para isso é que o comprador, ao adquirir um imóvel na planta, está assumindo inúmeros riscos, como, por exemplo, o atraso na conclusão da obra, ou, até mesmo, eventual embargo ou cancelamento do projeto. Isso porque, na prática, ele está financiando o empreendimento. Em contrapartida, a incorporadora, vendedora, está deixando de tomar empréstimo no mercado – ou diminuindo o valor emprestado –, a juros elevados, já que parte do dinheiro para o desenvolvimento do empreendimento vem daqueles que adquiriram o imóvel na planta. Assim, como forma de atrair compradores/financiadores, o preço do imóvel na planta é mais baixo.

Ou seja, a incorporadora, no caso, devedora, ganharia três vezes. Ficaria com a valorização do imóvel, revenderia esse mesmo imóvel a preço de mercado para terceiro – e obteria, novamente, o lucro do negócio –, além de ter economizado lá atrás, no lançamento do empreendimento, quando reduziu o valor financiado e, conseqüentemente, a remuneração devida aos bancos em função dos empréstimos.

Note-se, ainda, que o credor, com o inadimplemento da obrigação, já está numa posição desfavorável, já que ele pode apenas ter querido efetuar a troca da sua

prestação pela contraprestação do devedor. E, diante do inadimplemento culposo por parte do devedor, fica obrigado a receber uma quantia em dinheiro, o que não estava previsto no programa contratual, e, pior, sem que ele tenha dado causa ao inadimplemento⁵¹.

O que se deve ter em mente, aqui, é que os efeitos do contrato se projetam em várias situações juridicamente relevantes, sendo duas delas as principais. A primeira consiste na troca da prestação pela contraprestação e vice-versa. Essa troca, segundo Paulo Mota Pinto, causa uma modificação *qualitativa* no patrimônio dos contratantes. A segunda, também de acordo com o civilista português, consiste em modificações *quantitativas* no patrimônio das partes, modificações essas que se traduzem em valores. Seria, portanto, a repartição de valores⁵². E o inadimplemento da obrigação afeta esses dois planos.

Portanto, o regime aplicável à inexecução das obrigações deve fornecer remédios para ambas as situações. A resolução atuará no plano qualitativo, permitindo a restituição daquilo que foi prestado pelas partes, enquanto a indenização atuará no plano quantitativo, e possibilitará o ressarcimento dos prejuízos suportados⁵³. Assim, a resolução e a indenização, por fazerem parte de um mesmo sistema (aplicável à inexecução das obrigações) devem perseguir o mesmo objetivo, qual seja, a tutela do interesse do credor⁵⁴.

⁵¹ “Ora, esta necessidade de o credor efectuar a (ou não obter a restituição da) sua contraprestação para obter uma indemnização *em dinheiro* que inclua o interesse no cumprimento, quando as partes apenas previram a sua realização em troca da prestação *em espécie*, e o credor ao teria possivelmente concordado numa troca pelo valor em dinheiro que para ele tivesse o cumprimento, mostra claramente a insuficiência da posição tradicional, que reduz desse modo a protecção que para o credor resulta da resolução e da indemnização”. (PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1650)

⁵² “Considere-se, na verdade, que o plano ou programa de efeitos do contrato se projecta em diversas dimensões, juridicamente relevantes, designadamente, como causa de uma certa composição ou conformação *qualitativa* do património como efeito do cumprimento (entrega das próprias prestação e contraprestação) e como mecanismo que fundamenta certas modificações *quantitativas*, de valor (no plano, portanto, não da ‘repartição real’, ou em espécie, mas da repartição de valor), também como consequência do adimplemento. Consequentemente, também estas duas dimensões, ou planos, são afectados pelo inadimplemento, portanto, com efeitos qualitativos e quantitativos, contra os quais a resolução e indemnização constituem, a nosso ver, *distintos* ‘remédios’: o primeiro, com origem no sinalagma das prestações, permitindo a restituição do prestado; o segundo, com fins ressarcitórios, conduzindo ao ressarcimento dos prejuízos (sendo que existe, evidentemente, interferência do primeiro no segundo por com o cumprimento das obrigações de restituição ficar reduzido o dano).” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 1648).

⁵³ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1648.

⁵⁴ Como ensina PAULO MOTA PINTO, “O incentivo à contratação exige que se proteja o interesse do credor na *obtenção dos benefícios* que o cumprimento lhe deveria proporcionar, representado designadamente pelo maior valor que a prestação esperada tenha em relação à contraprestação que, com a resolução, retém ou recupera, mas também que, em consequência do inadimplemento, se lhe possibilite *libertar-se* (e liberar o devedor) do dever de realizar a contraprestação, evitando uma *recomposição qualitativa* do seu património que apenas quisera nos termos do contrato, e *subtraindo-se ao risco* da manutenção do vínculo e da insistência num cumprimento que se tornou impossível ou em que se perdeu o

Diante disso, a cumulação entre o pedido resolutório e a indenização pelo interesse positivo nada tem de contraditória. A obrigação de indenizar pelo interesse positivo, nascida do não cumprimento culposo, corresponde à perda patrimonial do credor, que buscava um lucro com o negócio frustrado (plano quantitativo); a possibilidade de restituição, por sua vez, se origina da impossibilidade de entrega da prestação devida, também por culpa do devedor (plano qualitativo)⁵⁵.

Assim, longe de desequilibrar a relação pretendida pelas partes com o contrato, a cumulação entre o pedido resolutório e a indenização pelo interesse positivo remedia os dois planos afetados pelo inadimplemento (quantitativo e qualitativo), dando ao credor uma tutela integral, sem o colocar na injusta alternativa de ter de renunciar à sua contraprestação já efetuada ou ao lucro cessante do contrato, pois apenas pretendeu trocar a sua contraprestação pela prestação do devedor, o que não foi possível por conta de uma conduta culposa do devedor⁵⁶.

Portanto, não se pode, em razão de suposta incompatibilidade lógica entre a resolução e a indenização pelo interesse positivo, fechar os olhos para questões mais relevantes. Entre uma posição mais afirmativa do interesse do devedor e outra mais afirmativa do interesse do credor, diante de tudo o que foi exposto, a escolha é clara.

5. Conclusão

Hoje, a discussão sobre a medida da indenização devida pela parte inadimplente está em evidência nos principais países seguidores da *civil law* (mais precisamente na Europa, principalmente na Alemanha, em Portugal, na França e na Itália), tanto em relação à responsabilidade pré-contratual e à tutela da confiança⁵⁷, como, também, em relação à responsabilidade contratual, esta última abrangendo as hipóteses de manutenção e de rescisão do contrato.

O modelo natural de extinção de qualquer obrigação é o seu cumprimento, o seu pagamento. O inadimplemento é, desta forma, a exceção, caracterizada por uma

interesse.” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1655).

⁵⁵ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1648.

⁵⁶ PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. 2, Coimbra: Ed. Coimbra, 2008, p. 1654.

⁵⁷ MANUEL ANTÓNIO DE CASTRO PORTUGAL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Ed. Almedina, 2007, pp. 42/43.

perturbação na ordem natural do desenvolvimento da relação obrigacional, com a qual qualquer ordenamento jurídico se preocupa, atribuindo-lhe consequências jurídicas diversas, dentre as quais o nascimento, para o credor, do direito de ser indenizado pelos danos causados pelo devedor, responsável pelo descumprimento da obrigação.

Voltando-se os olhos para o Código Civil brasileiro, três são os artigos mais relevantes para o objeto deste estudo. O primeiro deles é o art. 389, que determina que “*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*”. O segundo é o art. 402, que, por sua vez, esclarece que “*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*”. Por fim, o terceiro é o art. 475, que estabelece 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*”.

Da interpretação conjunta dos aludidos artigos, pode-se traçar um panorama geral do regime aplicável à inexecução das obrigações, que, em linhas gerais, estabelece que, descumprida a obrigação pelo devedor, de forma culposa, pode o credor exigir o seu cumprimento ou a resolução do contrato, em ambos os casos cumulados com uma indenização correspondente ao dano gerado pela conduta do devedor.

Portanto, o credor será ressarcido pelo que efetivamente perdeu e por tudo aquilo que deixou de ganhar. E tanto o interesse positivo como o interesse negativo abrangerão danos emergentes e lucros cessantes. Qual deles, então, deve servir de parâmetro para a indenização devida? Levar-se-ia em conta a posição em que o credor estaria caso o contrato fosse cumprido ou, de forma diversa, considerar-se-ia a posição em que ele estaria caso o contrato não tivesse existido?

Diante do moderno Direito das obrigações, não se pode mais afirmar que a resolução é, tão somente, um meio rápido e eficiente de desvinculação das partes, e que, para isso, destrói retroativamente o contrato e todos os seus efeitos já produzidos.

A extinção do contrato e dos seus efeitos vai de encontro ao conceito moderno da obrigação, encarada, hoje, como um processo, que caminha, sempre, no sentido da satisfação do interesse do credor, o que só ocorrerá com o adimplemento.

A resolução, portanto, deve ser vista como parte de um mecanismo que atua na perturbação desse processo, e que, por isso, deve perseguir o mesmo fim da obrigação, ou seja, a satisfação do interesse do credor. E esse interesse só será satisfeito através de uma indenização pelo interesse positivo, que o colocará na mesma situação em que ele estaria com o adimplemento do contrato.

civilistica.com

Recebido em: 6.10.2014

Aprovado em:

6.12.2014 (1º parecer)

9.12.2014 (2º parecer)

Como citar: SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposo da obrigação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-indenizacao-pelo-interesse-positivo-como-forma-de-tutela-do-interesse-do-credor-nas-hipoteses-de-inadimplemento-culposo-da-obrigacao/>>. Data de acesso.