

As Consequências da Ruptura Injustificada das Negociações Preliminares

Sandro Coutinho Schulze

Pós-Graduado em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado no RJ.

1. INTRODUÇÃO

Diariamente nos deparamos com situações capazes de criar direitos e obrigações, tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico, muitas delas tão corriqueiras que passam até despercebidas, enquanto muitas outras são tão complexas que se protraem no tempo.

A sociedade evolui, e com ela as culturas, os princípios, o direito; altera-se a realidade social, modificando-se, também, o comportamento das pessoas dela integrantes. Como bem ensina MIGUEL REALE, “*o Direito é um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela*”¹. A sociedade é dinâmica, gira de acordo com a vontade humana, cujas transformações têm como ponto de referência as relações que se estabelecem entre os indivíduos que a compõem².

É inegável que o processo histórico exerce fundamental influência no desenvolvimento da sociedade, capaz, inclusive, de alterar e ditar as normas que devem ser observadas pelo ser humano.

No estudo do Direito dos contratos, das relações negociais, não é diferente, bastando analisar as dogmáticas do Código Civil de 1916 e de 2002.

O Código antigo apresentava como uma de suas características principais o caráter patrimonialista. O individualismo também era marcante e, ao lado do voluntarismo, privilegiava, acima de tudo, a manifestação da vontade de maneira livre, sem qualquer limite, pois a vontade contratual

1 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 2.

2 LIMA, Hermes de. *Introdução à Ciência do Direito*, 31ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 14.

era tida como a justa; afinal ninguém contratava contra os próprios interesses. Não se dava importância à realidade das partes, pois a igualdade era tida apenas sob o ponto de vista formal. O Código Civil era considerado a Constituição do Direito Brasileiro³, o vértice do ordenamento jurídico.

A segurança das relações jurídicas era de fundamental importância e estava focada sempre na realização da vontade negocial. A lei não apontava limites para a liberdade de contratar.

O atual Código, na esteira da evolução das relações sociais, por outro lado, privilegia outros valores. O individualismo dá lugar à socialidade, fazendo prevalecer os valores da coletividade, sem a perda, porém, do valor fundante da pessoa humana⁴. A eticidade surge como regulamentação do fenômeno contratual e da operabilidade, preocupando-se com a efetiva realização do Direito.

Percebe-se que o Direito tenta, de todas as maneiras, não permanecer indiferente às mudanças sociais, culturais e econômicas.

Tais modificações representam verdadeiras alterações na própria dogmática, ressaltando GUSTAVO TEPEDINO que as Constituições passaram a assumir o compromisso de demarcar os limites da própria autonomia privada.⁵

A evolução tecnológica, a globalização, as grandes organizações empresariais, entre outros, tornam as relações negociais mais complexas, muitas das vezes à frente das concepções já existentes no seio da própria sociedade, exigindo, em contrapartida, maiores cuidados na formação e concretização dos termos do contrato, prolongando, conseqüentemente, a fase das negociações.

Nesse contexto, se percebe a importância das negociações preliminares, das tratativas antecedentes à formação do contrato, sobretudo no que concerne às expectativas criadas pelas partes na realização do negócio.

Com o nosso trabalho, abordamos as conseqüências da ruptura injustificada das negociações preliminares.

3 TEPEDINO, Gustavo. "Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", in **Temas de Direito Civil, Renovar**, 1999, p. 2, citando Michele Giorgianni, "Il diritto privato edisou i attuali confini", in **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, 1961, p. 1.339.

4 AMARAL, Francisco, "Os princípios jurídicos da relação obrigacional", in **Revista Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, nº 23, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 59.

5 TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. "Premissas...", in **Temas...**, p. 2.

2. O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE

As negociações preliminares têm na sua essência o objetivo de permitir o amadurecimento das ideias, de modo que todas as questões do contrato sejam discutidas minuciosamente. Às vezes, o pretendente inicia determinada negociação acreditando que realizará um excelente negócio, mas, no decorrer das conversações, percebe que os riscos podem ser por demais elevados ou que o negócio em si não é verdadeiramente vantajoso. É inafastável, por outro lado, que determinadas negociações despertam no contratante a confiança na conclusão do negócio, sendo impossível não se vislumbrar qualquer consequência jurídica se o encerramento das tratativas se dá imotivadamente.

A doutrina brasileira, durante muito tempo, negou qualquer efeito ao rompimento das negociações preliminares.

CARVALHO DE MENDONÇA defende que a fase das tratativas não cria qualquer direito ou obrigação, podendo a parte encerrá-las, mesmo que o outro contratante estivesse convencido de que o negócio seria, efetivamente, realizado.⁶ CARVALHO SANTOS também comunga deste entendimento, acrescentando que não faz qualquer diferença se a ruptura se dá por justo motivo ou não.⁷

BRENNO FISCHER, da mesma forma, não reconhece a responsabilidade pela ruptura das negociações, afirmando que se uma das partes pode reclamar por indenização, em razão do término da tratativa, poderia a outra reclamar os prejuízos que teria com a continuação das negociações, uma vez que a conclusão do contrato não mais lhe interessa.⁸

ANTONIO CHAVES foi o primeiro autor brasileiro a considerar a responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares. Ensina o eminente professor que quatro são os elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual: o consentimento às negociações, o nexo causal, a culpa e o dano patrimonial.

Como bem ensina REGIS FICHTNER, “não é qualquer tipo de negociação que enseja responsabilidade pela sua ruptura. A negociação que permite a eventual responsabilização do contraente que simplesmente desiste de estabelecer o contrato, necessariamente deve ser de intensidade

⁶ *Apud* CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**, São Paulo, Lejus, 1997, p. 100.

⁷ *Apud* CHAVES, Antonio. *ob. cit.* **Responsabilidade pré...**, p. 100.

⁸ *Apud* PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 141.

tal, que crie nos contraentes o que MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA denomina de uma razoável base de confiança.”⁹

Intimamente ligado à boa-fé está o princípio da confiança, de fundamental importância quando se fala em negociações preliminares, pois, em muitas das vezes, ele será indispensável para caracterizar que a ruptura foi injustificada.

MARIA CELINA BODIN DE MORAES afirma que

“o que o princípio constitucional está a garantir não é o antigo “reino da liberdade”, mas sim o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio. No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado.”¹⁰

Atualmente, doutrina e jurisprudência brasileira reconhecem o dever de indenizar quando as tratativas são rompidas imotivadamente, devendo-se observar se a conduta do contratante que desiste do negócio jurídico violou os princípios norteiam as negociações contratuais.

O elemento culpa dá lugar à violação da boa-fé objetiva. RÉCIO CAPPELARI bem afirma que *“o importante, durante as tratativas, é justamente averiguar se a conduta das partes se houve com honestidade e lealdade, a fim de se apurar a existência ou não de motivo justo para abandonar as mesmas, tarefa que incumbe ao princípio da boa-fé na sua feição objetiva e não à culpa.”*¹¹

Vale dizer que a Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2002, editou o Enunciado 24 no seguinte sentido:

⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 306.

¹⁰ MORAIS, Maria Celina Bodin de. “Constituição e Direito Civil: Tendências”, in **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 55.

¹¹ CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 43.

"Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa."

O Enunciado 25 da mesma Jornada complementou o raciocínio, afirmando que *"o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual."*

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹², em caso interessante, reconheceu o dever de indenizar em razão da violação da boa-fé objetiva, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2008.001.04713.

O voto da Relatora, Desembargadora SUIMEI CAVALIERI, foi no seguinte sentido:

"Pois, então, tem-se sob análise a seguinte situação: um grande grupo financeiro, por intermédio de uma grande e experiente agência de publicidade, entra em contato com um afamado artista, a fim de que este licencie um de seus personagens para uma grande campanha publicitária. As negociações avançam por cerca de três meses (fls. 31/45), findo os quais uma minuta de contrato é elaborada e submetida à apreciação desse grande grupo financeiro (fls. 47/53). Este promove algumas alterações no instrumento e, mais à frente, porém, silencia, deixando os Autores sem resposta. Por fim, verifica-se que o motivo pelo qual o contrato deixou de ser assinado foi o fato de o grupo financeiro ter rejeitado o personagem criado pelo artista.

Ora, diante da suposta proficiência da agência de publicidade e das instituições financeiras envolvidas, diante também de um personagem preexistente – portanto, já conhecido das partes – e, por fim, diante da decantada magnitude da campanha publicitária, é de se indagar por que então os Réus não providenciaram um prévio estudo de mercado para avaliar a aceitação do personagem.

Ao revés, os Réus deixaram as negociações evoluírem a ponto de minutarem um contrato, levemente levando os

12 Apelação Cível 2008.001.04713, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, julgada em 04.03.2008, DJ 19.05.2008, 5ª Câmara Cível.

Autores à crença de que “The Super Mãe” já estivesse escolhido, posto ser essa a premissa básica da avença.

Cristalina a existência, portanto, da violação de um padrão ético de conduta, sem perquirições acerca do estado psicológico dos representantes e prepostos dos Réus. Basta ponderar a situação concreta evidenciada nos autos para ter-se a dimensão de que o comportamento dos Réus desatendeu ao bom senso e ao dever de lealdade de informar aos Autores que a eleição de seu personagem ainda não era uma realidade.” (grifamos)

Assim, reconhecida a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações preliminares, resta definir os meios que poderão ser utilizados para a devida reparação.

2 - TUTELA ESPECÍFICA

Indiscutivelmente, a execução específica da obrigação é a consequência mais adequada para o descumprimento de determinada prestação, a partir do momento em que permite às partes retornar ao *status quo ante*, como se ocorresse o adimplemento, ou seja, exigir do devedor o cumprimento integral da prestação.

A reparação específica, ou natural, é a que melhor atende os interesses de restaurar a situação vivida entre as partes, uma vez que o prejudicado se isenta de proceder à avaliação dos danos existentes, minimizando, por conseguinte, os riscos de perder direitos fundados em valores subjetivos.¹³ A sua desvantagem, por outro lado, verifica-se na impossibilidade de ser realizável em todos os casos de descumprimento da obrigação.

É inegável, como já acima afirmado, que certas obrigações são, por sua própria essência, incapazes de se submeter à tutela específica. JOSSE-RAND, citado por CRISTIANO ZANETTI, traz como exemplos a revogação do mandato, a denúncia do contrato de prestação de serviços celebrado por tempo indeterminado e de resposta à ofensa por meio de imprensa.¹⁴

¹³ CHAVES, Antonio. Ob. cit. *Responsabilidade pré...*, p. 234.

¹⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 146.

CUNHA DE SÁ comunga do entendimento acima esposado, admitindo, em alguns casos, “a reparação natural, por meio da remoção do que se fez abusivamente, ao passo que em outros resta apenas a indenização pecuniária”.¹⁵

A questão que nos importa no presente trabalho é verificar se, em casos de ruptura das negociações preliminares, é possível a execução da tutela específica, uma vez que a previsão legal¹⁶ diz respeito somente aos contratos já formados, ainda que em caráter preliminar.

A doutrina majoritária se posiciona negativamente.¹⁷

Por todos, vale ressaltar a lição de ANTONIO CHAVES, afirmando que não haverá casos em que seja possível o juiz determinar ao inadimplente o cumprimento forçado da obrigação, pois o contrato ainda não estaria definitivamente formalizado, sendo a indenização pecuniária a resposta para a questão. O eminente jurista destaca, ainda, que a única hipótese de execução natural da prestação se dá quando o próprio contraente que se retira da negociação optar por cumprir a avença para se livrar das perdas e danos.¹⁸

Em sentido oposto, podemos destacar o entendimento de GIOVANNI MERUZZI, na Itália, ANA PRATA, em Portugal, e CARLYLE POPP no Brasil.

MERUZZI sustenta que, mesmo nas hipóteses de negociações preliminares, seria possível a execução específica da obrigação, por meio de aplicação extensiva do artigo 2.932 do Código Civil italiano. Assim como o artigo 639 do Código de Processo Civil, o dispositivo do código italiano trata de matéria atinente ao pré-contrato, sendo necessária, assim, a interpretação extensiva, para que se possa aplicá-los às negociações preliminares.¹⁹

CARLYLE POPP, da mesma forma, vê a possibilidade da tutela específica, esta decorrente da violação da boa-fé objetiva. Afirma o autor,

15 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 146.

16 Art. 463 e 464 do Código Civil. Art. 461 do CPC. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

17 ZANETTI, Cristiano de Souza. ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 149-150. O autor destaca na doutrina estrangeira grandes juristas como MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, ANTUNES VARELA E DÁRIO MOURA VICENTE. No Brasil, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

18 CHAVES, Antonio. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 236.

19 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 147.

contudo, que a viabilidade dependerá, necessariamente, de alguns fatores como a intensidade da confiança existente na conclusão do negócio, o estágio final das tratativas e a inexistência de qualquer impedimento para a consecução da tutela específica.

Em relação ao último requisito, traz como restrições: ausência de proibição legal, ato personalíssimo, como o casamento, efeitos restritos às partes e existência de limites naturais e políticos que o impeçam.²⁰

Por fim, ANA PRATA, com posição similar a CARLYLE POPP, sustenta que

*“dependendo do estágio de consistência das convenções negociatórias, do volume e da extensão dos acordos parciais interlocutórios alcançados, assim o dever de lealdade imporá a necessidade de aviso da possibilidade de inêxito das negociações, determinará o dever de as prosseguir, explorando todas as hipóteses de acordo, ou justificará mesmo a obrigação de formar o contrato. Esta última hipótese de obrigação de contratar decorrente da boa-fé na fase negociatória apresenta-se como particularmente nítida nos casos em que o conteúdo contratual se encontra já acordado, restando apenas a sua formalização em obediência às regras legalmente impostas”.*²¹

Passemos, agora, a analisar a reparação pecuniária.

3 - REPARAÇÃO PECUNIÁRIA

3.1 - INTERESSE NEGATIVO E POSITIVO

RUDOLPH VON IHERING, partindo do estudo da responsabilidade civil pela conclusão de um contrato nulo, dividiu a tutela reparatória de acordo com o interesse que se visa a garantir, classificando-o como interesse positivo e o negativo.

O interesse *negativo* se baseia na ideia de que a parte responsável pela ruptura injustificada das negociações não estaria obrigada a responder pela prestação equivalente ao contrato que não chegou a se realizar,

²⁰ POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: O rompimento das tratativas**, Curitiba, Juruá, 2002, p. 289.

²¹ POPP, Carlyle. ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 288.

mas somente a reparar os prejuízos que o contratante inocente sofreu, de modo a recolocá-lo na mesma situação que estaria se as negociações não tivessem iniciado. Em outras palavras, retornar ao *status quo ante*.

Já o interesse *positivo* é representado pelo efetivo cumprimento do contrato, ou seja, o que a parte teria auferido se o contrato tivesse se realizado validamente, sem a interrupção imotivada das negociações.

CARLYLE POPP salienta que o cerne da distinção está na expectativa das partes. No interesse negativo, se tutela a legítima confiança depositada pela parte, no sentido de que as tratativas não serão interrompidas sem justo motivo. Protege-se, também, a boa-fé objetiva, exigindo dos contratantes o respeito, durante toda a negociação, dos deveres laterais de conduta.²² De outro lado, o interesse positivo não considera as expectativas, mas sim a realidade existente. RUBINO anota, ainda, que o interesse negativo protege a fase de formação do contrato, enquanto o positivo a sua conclusão.²³

A distinção entre o interesse negativo e positivo, efetivada por IHERING, nos casos de estipulação de contrato nulo, não coincide com os conceitos de dano emergente e lucro cessante, uma vez que para o autor o dano que a parte experimenta pela perda de um negócio com terceiro se caracteriza como lucro cessante, sem deixar, contudo, de ser considerada reparação a título de interesse negativo.²⁴ IHERING afirmava, ainda, que, nas hipóteses de *culpa in contrahendo*, somente o dano negativo seria passível de reparação, tese esta que foi adotada pelo direito alemão, como dá notícia REGIS FICHTNER.²⁵

É importante deixar bem definida a distinção entre o interesse positivo e o lucro cessante, para evitar eventual confusão dos institutos.

O interesse positivo se dá pela perda da vantagem que a parte obterá com o **contrato específico** que não chegou a se realizar.

Já o lucro cessante atua em outra esfera.

É ele representado pela reparação de **outros possíveis danos** que a parte inocente sofreu por ter se envolvido nas tratativas que ao final restaram frustradas.

22 POPP, Carlyle. Ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 278, 279.

23 ZANETTI, Cristiano de Souza. Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 154.

24 *Apud* PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 373.

25 PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 374.

ENÉAS COSTA define a questão com bastante propriedade, ao afirmar *“que o raciocínio deve ser o seguinte: se a parte não houvesse sido atraída para estas tratativas inúteis não teria a possibilidade de obter um outro ganho, lucro este que foi perdido em razão do processo de negociação que se frustrou posteriormente? Sendo afirmativa a resposta é possível reconhecer o lucro cessante.”*²⁶

O que é importante para o nosso estudo é verificar se a limitação do interesse negativo, nos termos da teoria de IHERING, se aplica aos casos de ruptura injustificada das negociações, ou se a reparação pode abranger, também, a reparação do interesse positivo.

Antes de tudo, é de se afirmar que alguns doutrinadores interpretam o interesse negativo de forma restritiva, nele abrangendo, somente, o dano emergente.

No direito italiano, de fato, a noção de interesse negativo formulada por IHERING foi aceita por vários estudiosos. NAVARRINI defendia que, no caso de ruptura das negociações preliminares, o culpado deveria arcar com as despesas incorridas pela parte inocente, além de suportar os lucros que esta deixou de obter por não ter aproveitado outras oportunidades surgidas.²⁷

TRABUCCHI, da mesma forma, sustenta que corresponderia

*“à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não tivesse contratado e não tivesse confiado no estado das negociações (dano emergente) e à vantagem que de maneira diferente teria conseguido (lucro cessante: p. ex. teria vendido a outrem ou comprado de outrem um mesmo objeto em momento favorável).”*²⁸

Na Argentina, ROBERTO BREBBIA sustenta *“não ter lugar a indenização dos lucros cessantes, na medida em que a perda de ganhos não teria por causa a ruptura das negociações, mas sim a própria conduta do candidato a contratante que manteve entendimentos sem que houvesse um comprometimento formal nesse sentido, deixando de lado, por sua escolha, outras oportunidades de negócios”*²⁹, excluindo, assim, o lucro cessante.

26 GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, p. 288.

27 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 159.

28 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 207.

29 Apud ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 160/161.

Já no Direito brasileiro, CARLYLE POPP defende que “a reparação pecuniária é um lenitivo para as hipóteses em que a execução específica da obrigação não é possível, nem mesmo o retorno das partes, efetivamente, à situação em que se encontravam antes do dano”.³⁰

EDUARDO ESPÍNOLA, por sua vez, afirma que “o interesse negativo consiste nas vantagens que teria o contraente e nas despesas que evitaria se não tivera sido levado a contrair o contrato inválido; por outras palavras: a parte culpada não terá que satisfazer o que a outra parte obteria com a execução do contrato, mas apenas a diferença que se nota no patrimônio desta por ter confiado na eficácia do contrato”.³¹

Nessa ordem de ideias, no Direito brasileiro predomina o entendimento de que a indenização engloba somente o interesse negativo que, por sua vez, é compreendido pelos danos emergentes e lucros cessantes.

A doutrina tradicional nega a indenização do direito positivo, em razão do princípio da liberdade contratual, da autonomia da vontade, ou seja, porque as partes têm direito de delimitar o conteúdo do contrato e a vontade de concretizá-lo.

Assim, mesmo existindo a ruptura injustificada das negociações, subsistiria o direito de indenizar, mas não se poderia obrigar as partes ao cumprimento compulsório do contrato.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se manifestou neste sentido, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2002.002.04878³², *in verbis*:

*“Responsabilidade civil pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva e do interesse contratual negativo. Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes. Entretanto, o período das tratativas deve ser norteadado pelo princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual as partes que estão em vias de contratar devem agir com lealdade recíproca. **Violado tal princípio, surge o dever de indenizar, fundado, também, no princípio do interesse contratual negativo, isto é, na frustração da fundada esperança de vir a contratar em razão da conduta culposa de uma das partes. Indenização restrita ao***

³⁰ POPP, Carlyle. Ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

³¹ Apud PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, 374 -375.

³² 0001997-50.1999.8.19.0001 (2002.001.04878), DES. CELIA MELIGA PESSOA, Julgamento: 11/06/2002, 12ª CÂMARA CIVEL

real montante suportado: não cabe o ressarcimento como se o contrato estivesse validamente formado. Indenização já coberta pela comercialização indevida do produto. A utilização indevida da marca, com a comercialização dos CD's, antes de firmado o contrato, gera também direito à indenização. Sentença de procedência parcial da pretensão autoral e da reconvenção, a ser mantida. Negado provimento a ambos os recursos. (grifamos)

REGIS FICHTNER, calcado em LARENZ, traz hipótese que, a princípio, poderia ser considerada um caso excepcional quando resta demonstrado que o contrato se concluiria regularmente se não houvesse violação da boa-fé e da lealdade negocial. Afirma o eminente professor que “o que se tutela, repita-se, é a confiança da parte na celebração do contrato que acabou por não se estabelecer. Os danos indenizáveis, nessa linha de ideias, serão os que a parte sofreu por ter confiado na outra parte. Esses danos podem englobar, em certas situações excepcionais, o que a parte obteria, na hipótese de o contrato ter sido estabelecido. Isso ocorre quando a infringência dos deveres de lealdade e correção pela parte que rompe as negociações acarretarem na perda da possibilidade de a outra parte realizar o mesmo negócio com outra pessoa.”³³

A exemplificar o entendimento acima, podemos citar o famoso caso dos tomates da CICA.

Um agricultor do Estado do Rio Grande do Sul plantava anualmente tomates, cujas sementes eram fornecidas pela CICA (Companhia Industrial de Conservas Alimentícias), sendo certo que, na época da colheita, a referida empresa sempre adquiria a produção, visando a posterior industrialização. Ocorre que, em determinado ano, a CICA deixou de comprar o produto, nada obstante ter entregue as sementes e ter sido realizada a plantação por parte do agricultor, como habitualmente acontecia.

Em razão da negativa de compra, o agricultor propôs ação visando a reparação pelos danos sofridos em razão da colheita, uma vez que não conseguiu vendê-la.

O processo coube ao então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posteriormente Ministro, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que proferiu o seguinte voto:

33 PEREIRA, Regis Fichtner. ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 385.

“Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. (...) Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores...”³⁴

Este caso, portanto, seria um exemplo em que se poderia admitir a indenização pelo interesse positivo do contrato, além de se vislumbrar a aplicação do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, estudado anteriormente neste trabalho.

Assim, à exceção de casos específicos, predomina o entendimento de se indenizar somente o interesse negativo, divergindo a doutrina e jurisprudência quanto à extensão do valor a ser ressarcido, ou seja, se é possível que o montante a ser ressarcido seja superior ao interesse positivo do contrato ou se está limitado ao valor que se obteria se a avença tivesse se concretizado regularmente.

A questão é controvertida em outros países.

De fato, a doutrina alemã, segundo dá notícia CATHERINE GUELUCI-THIBIERE, sustentava a existência de limite para a indenização do interesse negativo com o *“argumento objetivo de que a parte não poderia ser colocada, com a indenização, em melhor situação do que estaria no caso de cumprimento do contrato.”*³⁵ A noção do interesse negativo limitado ao positivo restou prevista no BGB nos §§ 122, 179, 307 e 309³⁶.

34 Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991.

35 *Apud* GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 299.

36 ZANETTI, Cristiano de Souza, Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 152. §§ 122 BGB - “Se uma declaração de vontade, de acordo com o §§ 118, for nula ou, com fundamento nos § 119 e 120, for impugnada, terá o declarante, se a declaração devia ser enunciada ante um outro, de indenizar a este ou, senão, a qualquer terceiro, o dano que o outro ou o terceiro sofreu pelas circunstâncias que confiou na validade da declaração, contudo, não além da importância do interesse que o outro, ou o terceiro, tinha na validade da declaração. A obrigação de indenização do dano não tem lugar se o prejudicado conhecia o fundamento da nulidade ou da impugnabilidade ou, por negligência, não conhecia.”

§ 179 BGB - “Quem, como representante, tiver concluído um contrato, sempre que não comprove o seu poder de representação, estará obrigado para com a outra parte, e a escolha desta, à execução ou à indenização do dano se o representante recusar a satisfação do contrato. Se o representante não conhecia a falta de poderes de representação, estará obrigado somente à indenização daquele dano que a outra parte sofreu pela circunstância de que

No direito português, várias correntes são encontradas. Uma primeira, defendida por ANTUNES VARELA é no sentido de que a limitação decorre do princípio da equidade. Já DARIO MOURA VICENTE afirma que a indenização não está limitada, *“notadamente em função da perda de oportunidades negociais”*, e, por último, há aqueles que afirmam que a indenização deve se dar com base no interesse positivo, quando o negócio não tiver sido celebrado por violação da boa-fé objetiva.³⁷

Na França, assim como em Portugal, vigora o princípio da reparação integral, concluindo-se que o entendimento mais condizente seria o da não limitação ao interesse positivo do contrato. A esse respeito, a já citada CATHERINE GUELUCCI-THIBIERE, apresentando críticas ao posicionamento alemão, afirma:

*“a) se a indenização não pode superar o montante do contrato nulo, a nulidade estaria produzindo efeitos – pelo menos este de limitar a indenização -, quando em princípio o negócio nulo não deveria produzir efeitos; b) a parte que agiu mal poderia tirar proveito da sua própria culpa, já sabendo de antemão o limite da indenização; c) a limitação do montante da indenização caracterizaria injustificada denegação do princípio de que a reparação do dano deve ser integral; d) inadequação do fundamento calcado na vontade, especialmente nos casos em que o contrato fosse anulado por vício de consentimento; e) caráter contestável da definição do prejuízo adotado pelas teorias que propõem a limitação.”*³⁸

Na Argentina, ROBERTO BREBBIA observa *“que o lucro cessante contido no interesse negativo pode ser muitas vezes de um montante superior ao que corresponderia em caso de demandar-se o interesse positivo.”*³⁹

confiou nos poderes de representação, contudo não acima do total do interesse que a outra parte tinha na eficácia do contrato. O representante não responde, se a outra parte conhecia ou devia conhecer a falta de poderes de representação. O representante também não responde se estava limitado na capacidade do negócio, a não ser que tenha procedido com assentimento do seu representante legal.”

§ 207 BGB - “Quem, na conclusão de um contrato que esteja dirigido a uma prestação impossível, conhecer, ou deva conhecer, a impossibilidade da prestação estará obrigado à indenização do dano que a outra parte sofrer pela circunstância de que confiou na validade do contrato, contudo não além do nível do interesse que a outra parte tinha na validade do contrato. A obrigação de indenização não tem lugar quando a outra parte conhecia, ou devia conhecer, a impossibilidade”.

³⁷ GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 155.

³⁸ GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 300.

³⁹ GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 299.

Da mesma forma, na Itália, COLAGROSSO afirma que a indenização pelo interesse negativo pode “*não somente alcançar o interesse do cumprimento do contrato, mas até superá-lo, porquanto o lucro que se deixou de obter, decorrente da ocasião perdida de concluir outros contratos, muitas vezes é maior do que o decorrente de sua execução*”, posição também defendida por FRANCESCO GALGANO.⁴⁰

Este também era o posicionamento de IHERING, entendimento que predomina na doutrina brasileira mais moderna.

Na doutrina clássica, por outro lado, ANTONIO CHAVES sustentava que os

“prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem-se traduzir, como os demais, 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, não podendo no entanto a liquidação do interesse negativo incidir sobre a parte em que exceder o positivo.”⁴¹

PONTES DE MIRANDA também se pronunciou neste sentido, defendendo que “*se é certo que a anulação não deve prejudicar ao outro figurante, também é certo que se não há de sobrecarregar o indenizante. O limite impõe-se a priori.*”⁴²

Na atualidade, como salientado, não há limitação.

Em verdade, CARLYLE POPP sustenta que “*os lucros cessantes, por sua vez, podem atingir, conforme o caso, o interesse positivo ou o negativo, não sendo limitados em se tratando deste ao valor daquele, mas sim ao dano efetivamente sofrido*”⁴³.

O magistrado paulista ENÉAS COSTA GARCIA, por sua vez, ensina que “*não havendo limitação expressa legal, tal como no sistema alemão, é o caso de reconhecer-se a inexistência do limite ao montante da indenização*”.⁴⁴

⁴⁰ CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 209.

⁴¹ CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 208.

⁴² Apud ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 153.

⁴³ POPP, Carlyle, ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

⁴⁴ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 300.

Já CRISTIANO ZANETTI leciona que

“o ressarcimento não está limitado ao interesse positivo, na medida em que não tem por efeito conferir maior eficácia às negociações do que ao próprio contrato, como entendia Antônio Chaves, mas sim indenizar completamente todos os prejuízos decorrentes da inobservância da boa-fé.”⁴⁵

Por fim, vale transcrever o entendimento de REGIS FICHTNER de que a *“indenização pela ruptura das negociações contratuais, em razão da quebra da confiança na estipulação do contrato, e da ilegitimidade de tal ruptura, não pode efetivamente ficar limitada ao valor do interesse no contrato projetado”*.⁴⁶

Nesta ordem de ideias, predomina o entendimento de que a indenização não deve ser limitada ao interesse positivo do contrato, em especial pelo fato de que a CF, o Código Civil e o CDC preveem a reparação integral do dano.

Apresentado, assim, o debate sobre o limite da indenização, vejamos no que consistem os danos a serem ressarcidos.

3.2 - AS PERDAS E DANOS

“O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”⁴⁷. Estas palavras, de CLOVIS DO COUTO E SILVA, trazem a noção da relação obrigacional.

Entende-se que, rompida imotivadamente as negociações, surge para o credor duas opções: a primeira, consistente na faculdade que tem ele de exigir o cumprimento forçado, como já comentado neste trabalho; a segunda, a reparação pelas perdas e danos, ponto que abordaremos agora.

A essência das perdas e danos é restituir a parte lesada ao *status quo ante*, ou seja, recolocá-la na mesma situação que estaria caso a obrigação tivesse sido cumprida normalmente.

Como bem leciona JUDITH MARTINS-COSTA,

⁴⁵ ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 156.

⁴⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 388-389.

⁴⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 5.

“as perdas e danos podem ter um caráter substitutivo ao cumprimento da obrigação principal (indenização pelo equivalente pecuniário, que cumulará as perdas e danos moratórios e compensatórios) ou servirão apenas para reparar os danos que ainda ficaram, em razão da mora (perdas e danos moratórios). No primeiro sentido, a expressão “perdas e danos” – considerada o equivalente do prejuízo sofrido – indica uma consequência, uma modalidade e também a medida da obrigação de indenizar”⁴⁸.

O Código Civil definiu no artigo 402 em que consistem as perdas e danos.

Afirma o dispositivo que abrangem, *“além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*.

Estas duas facetas são traduzidas nas expressões “dano emergente” e “lucro cessante”.

AGOSTINHO ALVIM, neste sentido, bem leciona:

“Se, como dizem os civilistas, para a verificação cabal do dano devemos ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, tal como estaria se não existira o dano, bem como se vê, desde logo, a necessidade de levar em conta não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso.

Assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar.

E como é do dano patrimonial que se cogita, pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”⁴⁹

Nesta linha de raciocínio, passaremos a abordar os danos emergentes, os lucros cessantes e a indenização pela perda de uma chance.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 323.

⁴⁹ *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit. **Comentários ao Novo...**, p. 325-326.

3.2.1 - DANOS EMERGENTES

A título de danos emergentes, a parte prejudicada pela ruptura injustificada das negociações tem direito a ser ressarcida de todos os valores que investiu para a realização do contrato frustrado.

RÉCIO CAPPELARI bem afirma que *“a reparação das despesas efetivadas nas negociações é evidente, uma vez que tais despesas representam uma diminuição efetiva no patrimônio do lesado. É direito inconteste do contratante em face de sua confiança lesada imotivadamente. Alocam-se, neste espaço, todas as despesas efetivamente realizadas, as quais tinham como escopo a realização do futuro contrato”*.⁵⁰

Dentre estas despesas podemos citar, como exemplo, viagens, assessoria jurídica e técnica, documentação, locação de imóveis, automóveis, capital imobilizado para o negócio, própria perda do tempo do candidato a contratante, uma campanha publicitária, os gastos com gravações, contratação de atores, projetos, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descuidado de providenciar acomodação em outro lugar das mercadorias necessárias.⁵¹

É importante destacar que os danos a serem ressarcidos devem, necessariamente, decorrer da conduta do contratante que, violando a boa-fé e a confiança construída na concretização do negócio jurídico, encerra imotivadamente as tratativas.

A esse respeito, CRISTIANO ZANETTI bem afirma que

“apenas as despesas verificadas após o candidato a contratante passar a confiar na conclusão do contrato por causa da conduta de seu parceiro comportam ressarcimento, correndo por conta e risco investimentos anteriores. Tutela-se a confiança, de modo que a indenização do interesse negativo não serve para eliminar os riscos unilateralmente assumidos pelos candidatos a contratante no processo negocial”.⁵²

Nesta ordem de ideias, todos os danos ligados diretamente às negociações que foram injustamente interrompidas devem ser indenizados. Entre estes danos reparáveis, a doutrina contempla, em situações excepcionais, o dano moral.⁵³

⁵⁰ Apud GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 286.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit. **Comentários ao Novo...**, p. 325.

⁵² ZANETTI, Cristiano de Souza, Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 158.

⁵³ CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 231, PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade**

Veja-se que a Constituição Federal brasileira prevê no artigo 5º, X, a tutela reparatória, dizendo ser inviolável *“a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

É preciso observar, contudo, que não basta o mero descumprimento contratual, sendo indispensável que a conduta do contratante ofenda a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Súmula 75, que disciplina:

“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

REGIS FICHTNER, citando MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, traz exemplo da configuração do dano extrapatrimonial: *“A entra em negociações com o pintor B, para que este retrate sua mãe, C, pessoa idosa e doente. Em virtude das expectativas que B lhe cria, A rejeita proposta de D, igualmente artista qualificado. Mas B acaba por romper ilegitimamente essas negociações, deixando A sem possibilidade de, em tempo útil, contratar outro pintor antes da morte de C. Na hipótese, o dano não patrimonial refere-se ao desgosto de A por não mais conseguir um retrato de sua mãe pintado ao vivo.”*⁵⁴

THAMY POGREBINSCHI, em artigo sobre o direito a uma vida digna, cita a lição de JOSE AFONSO DA SILVA no sentido de que *“a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”*. Segue afirmando, com base nos ensinamentos de VITAL MOREIRA E J. J. GOMES CANOTILHO, que *“concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não a uma qualquer ideia apriorística do homem”*.⁵⁵

civil..., p. 391, POPP, Carlyle. ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 284, GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 295 e ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 158.

54 PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 392.

55 POGREBINSCHI, Thamy. “A construção de um direito à vida digna”, in **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº. 13, p.125, 1998.

Assim, pode-se concluir que o dano moral será indenizado somente nos casos de violação da dignidade da parte inocente.

Outra verba contida na reparação diz respeito aos lucros cessantes.

3.2.2 - LUCROS CESSANTES

A indenização por lucros cessantes, por sua vez, é bem mais complexa daquela devida em razão dos danos emergentes, pois ela é baseada naquilo que razoavelmente a parte obteria se o negócio jurídico tivesse se realizado regularmente.

Como já salientado, alguns doutrinadores não admitem a indenização por lucros cessantes, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 43.951, se manifestado neste sentido. Disse a ementa:

*“Culpa in contrahendo - conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos”.*⁵⁶

Ocorre, contudo, que tal entendimento não pode mais prevalecer, em função da reparação integral disciplinada no direito brasileiro.

Este é o posicionamento de ANTONIO CHAVES⁵⁷, REGIS FICHTNER⁵⁸, CRISTIANO ZANETTI⁵⁹, CARLYLE POPP⁶⁰, ENEAS COSTA GARCIA⁶¹.

Partindo do consenso geral, podemos afirmar que os lucros cessantes são representados por *“aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio, causado pelo inadimplemento da contraparte”*.⁶²

Aprimorando o conceito para os casos de responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares, o caso típico de lucros cessantes

56 RE 43951 Min. Antonio Villas Boas, Julgamento: 22/12/1959 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA.

57 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 220.

58 PEREIRA, Regis Fichtner, ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 393-394.

59 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 161.

60 POPP, Carlyle, ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

61 GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 289/292.

62 MARTINS-COSTA, Judith, ob. cit. **Comentários ao Novo...**, p. 327-328.

consiste na “perda concreta de outro negócio em razão da parte confiar na conclusão daquele contrato que estava em negociação. Exemplificativamente, imaginemos que a parte, dado o avançado estado das negociações, houvesse recusado celebrar um determinado negócio, considerando que estava na iminência de concluir outro contrato e que não teria condições de atender ambas as partes simultaneamente. Posteriormente a parte é surpreendida pela injustificada desistência da contraparte, frustrando-se as tratativas. Houve efetivamente lucro cessante, pois não fosse a existência das negociações, teria a parte celebrado o outro negócio.”⁶³

É de se destacar, contudo, que a possibilidade de se indenizarem os lucros cessantes não exclui determinadas hipóteses em que o risco é assumido por somente uma das partes, no caso o prejudicado.

Como bem assevera CRISTIANO ZANETTI “caso a perda de oportunidades não decorra da confiança suscitada na conclusão do contrato por parte do outro candidato a contratante, sendo, conseqüentemente, fruto da livre escolha do suposto prejudicado, a indenização não pode ter lugar, na medida em que não decorre da violação da boa-fé objetiva na ruptura das negociações.”⁶⁴

Sem dúvida alguma a prova da perda dos negócios, das ocasiões frustradas, é tarefa das mais complicadas, e que por muitas vezes leva à equivocada opção de não se reconhecer o direito à indenização.

A cautela do juiz deve ser no sentido de nem propiciar uma vantagem ao credor, atribuindo-lhe algo além do dano, nem minimizar a indenização a ponto de torná-la inócua.

ANTONIO CHAVES, invocando a lição de CAMMAROTA, diz: “As dificuldades para apreciar as sequelas inevitáveis são de corte doutrinário. Prejuízo futuro, prejuízo hipotético, sonho de lucros, são fórmulas felizes para conter demasias, mas não para enervar a procedências de justas reclamações a título de lucros cessantes”.⁶⁵

Ainda calcado no ensinamento do ilustre professor, “não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a intercedência

63 GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 288-289.

64 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 162.

65 CHAVES, Antonio. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 217.

*do evento danoso. O que deve existir é uma certa probabilidade objetiva, que resulte do curso normal das coisas, ou das circunstâncias especiais do caso concreto.”*⁶⁶

A parte prejudicada, contudo, deverá demonstrar a existência concreta de outro negócio que deixou de ser concluído em razão das tratativas que vinham sendo realizadas e que, sem justificativa, foram abruptamente rompidas.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, intérprete último da lei federal, entendia que os lucros cessantes necessitavam de particularização na inicial, assim como da prova cabal da sua existência, ônus estes, portanto, que cabiam exclusivamente ao autor.⁶⁷

Alguns anos depois, aquela Corte proferiu outra decisão sustentando a desnecessidade da prova do lucro cessante desde a inicial. Segundo a nova orientação do STJ, até prova em contrário, se admitia que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista, porém, os antecedentes.⁶⁸ Ou seja, existia uma presunção relativa de que o credor teria auferido determinado lucro, se adimplida a obrigação.

Esta nova perspectiva de presunção relativa segue os ensinamentos da doutrina. De fato, HANS ALBRECHT FISHER afirma que

“não basta a simples possibilidade de realização de lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto. No mesmo sentido, a lição de Aguiar Dias,

66 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 218.

67 Resp 192834, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Quarta Turma, julgamento em 19/11/1999, DJ 07.02.2000. “Lucros cessantes. Prova. Precedentes. 1. Já assentou a Corte que a “indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes não prescinde da sua particularização desde a inicial, assim como da prova cabal da sua existência, de sorte que, restando definida a sua ocorrência, reste apenas o seu *quantum* por liquidar. 2. Recurso especial não conhecido.”

68 Resp 320417, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 20.05.2002, RDTJ RJ, v. 56, p.149. “Direito civil. Responsabilidade civil. Compromisso de compra e venda. Imóvel não entregue. Lucros cessantes. Cabimento. Precedentes. Doutrina. Recurso provido. I - A expressão “o que razoavelmente deixou de lucrar”, constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. II - Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda.”

segundo o qual ‘o critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

CARLOS ALBERTO BITTAR leciona que “na fixação da indenização devem ser abrangidos os danos positivos e os negativos, ou seja, o desfalque efetivo havido no patrimônio do lesado e o ganho que, pela ausência da prestação, deixou de auferir”⁶⁹

O que se vê, na hipótese, é uma inversão do ônus probatório. Há uma presunção comum da existência do dano.

Saliente-se que a jurisprudência do STJ sustenta que há que se ter em conta o *acontecimento normal das coisas, os fatos antecedentes*.

Neste ponto, gostaríamos de trazer a estudo a possibilidade de lucros cessantes sem a existência de fatos antecedentes. Ou seja, pode uma empresa, por exemplo, pleitear lucros cessantes, alegando que deixou de obter determinado lucro em razão do inadimplemento da outra parte, se não o auferia antes? Seriam estes lucros meramente presumidos?

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 253.068, analisou a questão⁷⁰. O caso refere-se a uma determinada empresa de transportes que comprou veículos da FORD do Brasil, sendo certo, contudo, que esta última não entregou os automóveis por motivos que entendia justificarem sua conduta.

Restou reconhecido que a recusa da FORD não era legítima, tendo a empresa transportadora pleiteado lucros cessantes em razão do que teria deixado de lucrar com a exploração dos veículos, pois serviriam para o cumprimento de suas finalidades empresariais.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não existiriam os lucros cessantes, pois os mesmos seriam meramente presumidos.

Afirmou o eminente relator, Ministro ARI PARGENDLER, que

*“O recurso especial deve ser provido por outro fundamento, o de que, na espécie, os lucros cessantes não podiam ser presumidos. **Ninguém pode prever se um empreendimento no âmbito da indústria, comércio ou serviços será lucrativo.***

69 BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**, 6ª edição, Saraiva, 1995, p. 419.

70 REsp **253068**, Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento em 17/12/2002, DJ 04/08/2003 p. 290, RSTJ vol. 170 p. 297.

Até mesmo a atividade bancária que, em alguns estabelecimentos, gera lucros fantásticos, em outros, leva ao prejuízo e à quebra. O lucro pode, sim, ser visualizado sempre que autorizado por fatos antecedentes, nunca por suposições. Aqui, no entanto, o acórdão reconheceu os lucros cessantes, pela só consideração de que ‘os veículos serviriam claramente ao cumprimento de finalidades empresariais, por certo frustradas’... ‘parece razoável concluir’ – continua – ‘que a apelante lucraria com a aquisição de veículos, já que destinada ao cumprimento das próprias finalidades societárias. A falta de prova recomendava, ousa-se obtemperar, considerar, com efeito, verificados os lucros cessantes, restando apenas apurar o quantum em execução, limitado o período da apuração entre as datas de retenção dos veículos e a do levantamento da diferença do preço pela apelante’. Como aferir a capacidade de lucro de uma empresa sem que esteja em funcionamento, se a experiência revela, como já acentuado, que, mesmo explorando o mesmo ramo de negócio, algumas empresas têm lucro e outras não? Aí conta, no mínimo, o dinamismo do empresário e a organização da empresa, elementos que dentre outros, não podem ser examinados, simplesmente porque deixaram de ser postos à prova’. (grifamos)

O mesmo entendimento prosseguiu alguns anos depois, no julgamento do RESP 846.455, cuja relatoria para o acórdão coube ao Ministro SIDNEI BENETI:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AMPLIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL COM RECURSOS DO FCO (FUNDO CONSTITUCIONAL DO CENTRO-OESTE) E DO BNDES (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL). AUSÊNCIA DE REPASSE DOS RECURSOS PELO BANCO RÉU, AGENTE FINANCEIRO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES, QUE NÃO PODEM SER CARACTERIZADOS COMO DANOS HIPOTÉTICOS E SEM SUPORTE NA REALIDADE CONCRETA EM EXAME.

I - Correspondem os lucros cessantes a tudo aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, ficando condicionado, portanto, a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. A condenação a esse título pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor. No caso, os lucros alegados decorrem de previsões baseadas em suposta rentabilidade de uma atividade empresarial que nem mesmo se iniciou. Assim sendo, não se pode deferir reparação por lucros cessantes se estes, em casos como o dos autos, configuram-se como dano hipotético, sem suporte na realidade em exame, da qual não se pode ter a previsão razoável e objetiva de lucro, aferível a partir de parâmetro anterior e concreto capaz de configurar a potencialidade de lucro.

II - Recurso Especial parcialmente provido.”⁷¹

O que se depreende do aresto do Superior Tribunal de Justiça é a necessidade de analisar a atividade anterior da empresa para se perquirir o resultado que a mesma vinha obtendo.

Ousamos, *data venia*, discordar do entendimento esposado no aresto. Em verdade, parece-nos acertada a lição do eminente jurista AGOSTINHO ALVIM. Diz o civilista:

“Conceituando o dano emergente e o lucro cessante, diz BEVILAQUA ser o primeiro o que efetivamente perdeu: a diminuição atual do patrimônio. Quanto ao lucro cessante, vem a ser o que razoavelmente se deixou de lucrar, isto é, a diminuição pode potencial do patrimônio.

Este modo de exprimir é corrente. Todavia, ele contém uma inexatidão material: se o lucro cessante vem a ser uma diminuição potencial, não o podemos por no pretérito como aquilo que se deixou de lucrar.

É uma questão de ângulo: se nos colocarmos no momento do pedido de indenização por prejuízo já consumado, podemos nos referir, com efeito, aos lucros que deixamos de ter.

71 REsp 846455, Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, 10/03/2009, DJe 22/04/2009.

Mas, se o nos colocarmos no momento do fato causador, então sim, os lucros cessantes são propriamente potenciais: a sua extensão depende ainda do desenrolar dos acontecimentos. Aqui, eles representam ou podem representar um prejuízo futuro que, não obstante, autoriza condenação atual, porque vem a ser a evolução de um fato prejudicial já devidamente verificado". (grifamos)

E prossegue, afirmando:

"Outro reparo faremos acerca da expressão lucro cessante. Cessar significa parar, acabar, e se diz daquilo que vem acontecendo.

Mas o lucro cessante não é somente aquele que se estancou, como p. ex. o que alguém normalmente obtinha em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de ato ilícito ou de inexecução de obrigação por parte de outrem.

Lucro cessante é isso; mas é também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes"⁷². (grifamos)

Assim, entendemos que deve prevalecer o critério de probabilidade e verossimilhança. O lesado não precisa demonstrar a certeza absoluta.

Veja-se que, no caso em questão, não havia dúvida de que os veículos seriam utilizados para a atividade comercial da empresa, sendo certo, contudo, que o mesmo não pôde ser realizado em razão do inadimplemento da FORD.

Assim, independente de lucros antecedentes, nos parece correta a existência do prejuízo que, indiscutivelmente, teria de ser apurado em perícia judicial.

3.2.3 - PERDA DE UMA CHANCE

Diferente dos lucros cessantes, existe a figura da "perda de uma chance", hipótese esta em que não se vislumbra o mesmo caráter de certeza quanto à ocorrência do "lucro perdido". Aqui existe a certeza da perda

72 Alvim, Agostinho. *Inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 174.

da chance de se alcançar determinado benefício, existindo a dificuldade em quantificar tal dano.

Segundo ZANNONI, a perda de uma chance pode ser considerada como *“a possibilidade de um benefício provável, futuro, que integra a faculdade de atuar do sujeito em cujo favor a esperança existe. Privar dessa esperança o sujeito caracteriza dano, ainda quando possa ser difícil estimar a medida desse dano, porque o perdido, o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado, como tal.”*⁷³

O importante é que o julgador analise o caso concreto levando em consideração a probabilidade efetiva de a chance perdida se concretizar com sucesso, não podendo o magistrado ficar impressionado por hipotéticas e imaginárias alegações.⁷⁴

RAFAEL PETTEFI, por sua vez, assevera que

*“Com o escopo de impedir a utilização da perda de uma chance de maneira indevida, indenizando prejuízos meramente hipotéticos, os pretórios estrangeiros construíram, além das condições gerais de responsabilidade civil, outras condições para sistematizar a utilização da noção de perda de uma chance. Deste modo, necessária a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da indenização a álea inerente às chances perdidas e a perda definitiva da “aposta” ou vantagem esperada pela vítima.”*⁷⁵

JUDITH MARTINS-COSTA bem afirma que

“na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesado. As chances devem ser “sérias e reais”, como no caso de alguém que ingressa em juízo mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. ex. perda de um prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Nesse caso não se trata de mera e

⁷³ Apud GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 294.

⁷⁴ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 295.

⁷⁵ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance**, São Paulo, Atlas, 2007, p. 29.

subjetiva 'esperança de vencer a causa', nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior".⁷⁶

Assim, a perda de uma chance é indenizável e

"encontra-se no meio do caminho entre o dano emergente (prejuízo já verificado) e o lucro cessante (ganho que não será obtido), pois a parte fica privada apenas da possibilidade de auferir um ganho. Não era certo que este ganho seria alcançado, mas também não era improvável que o fosse. A perda da possibilidade de concorrer ao ganho é interesse relevante para o direito, devendo ser reparado".⁷⁷

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à reparação pela perda de uma chance. No julgamento do RESP 821.004, o Ministro SIDNEI BENETI afirmou na ementa:

"DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith, ob. cit. *Comentários ao Novo...*, p. 360-361.

⁷⁷ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. *Responsabilidade pré...*, p. 295.

III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar.

IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

V.- Recurso Especial improvido.”⁷⁸ (grifamos)

O dano moral, por sua vez, também é aceito pela doutrina, conforme lição de SÉRGIO SAVI no sentido de que *“há casos, por outro lado, em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que, ainda assim, poderá considerar a perda da “mera expectativa” como sendo apta a gerar dano moral.”⁷⁹*

Quanto ao dano moral, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou:

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não

⁷⁸ REsp 821.004, Ministro SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, DJe 24/09/2010.

⁷⁹ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo, Atlas, 2006, p. 54.

responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.”⁸⁰

Nesta ordem de ideias, podemos concluir este tópico afirmando que, pelo princípio da integral reparação, além dos danos emergentes e lucros cessantes, a perda de uma chance também deve ser indenizada, ressaltando que *“a responsabilidade pela ruptura das negociações tutela a confiança, materializada na boa-fé objetiva; não serve, entretanto, para eliminar os riscos do mundo comercial, privilegiando comportamentos negligentes”*.⁸¹

⁸⁰ REsp 1.079.185, Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, DJe 04/08/2009.

⁸¹ ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 163.

4. CONCLUSÃO

Assim, identificado que as tratativas foram interrompidas por uma das partes de forma imotivada, ao arrepio dos princípios que regem a relação contratual, surge o direito à reparação pelos danos amargados pela inocente.

Prevalece o entendimento de que a reparação deve ser pecuniária, uma vez que a execução do contrato específico se mostra impossível em diversas hipóteses, somado ao fato de que as partes não podem ser obrigadas a contratar um negócio que não desejam, sob pena de violar a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

A doutrina divide a tutela reparatória de acordo com o interesse que se pretende garantir. O interesse denominado *positivo* consiste no efetivo cumprimento do contrato, ou seja, representa o valor que a parte lesada teria auferido se as negociações não tivessem sido interrompidas. Mas o entendimento que predomina é o da indenização do interesse *negativo*, cujo objetivo consiste em reparar os prejuízos que o contratante sofreu, de modo a recolocá-lo na mesma situação que estaria se as negociações não tivessem sequer iniciado. É indubitável, contudo, que os prejuízos amargados pela parte inocente podem ultrapassar, inclusive, o interesse positivo do contrato, tudo em razão das normas que garantem a reparação integral.

Indeniza-se, desta forma, os danos emergentes e os lucros cessantes. O primeiro corresponde a todos os valores despendidos para a realização do contrato frustrado, enquanto o segundo é representado pela perda concreta de eventual negócio com terceiro, valendo destacar, por fim, que o dano moral também deve ser indenizado.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 253.068⁸², entendeu pela impossibilidade de indenizar os lucros cessantes na hipótese de inexistência de fatos e lucros antecedentes que pudessem servir de parâmetro, ou seja, entendeu-se que, no caso aventado, o prejuízo seria presumido. A conclusão não parece acertada, pois é possível admitir os lucros cessantes ainda que a parte lesada não os viesse obtendo antes, sendo certo que caberá à perícia a quantificação do valor.

82 REsp 253068, Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento em 17/12/2002, DJ 04/08/2003 p. 290, RSTJ vol. 170 p. 297. No mesmo sentido REsp 846455, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 22/04/2009.

Uma última hipótese de indenização pela ruptura das negociações se vê na perda de uma chance, que se dá quando a parte lesada perde a oportunidade de alcançar determinado benefício. A chance, contudo, deve ser séria e real, circunstâncias que serão analisadas caso a caso.

Assim, de tudo o que foi dito, fica a conclusão de que os negócios jurídicos em geral devem ser sempre pautados pela lealdade e honestidade entre os pretensos contratantes, condutas estas que, se adotadas em sua plenitude, estarão preservando os princípios fundamentais regulados pelo Direito e ajudando a construir uma sociedade mais justa e digna. ❖