
INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO E INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO: INFLUXOS DA DISTINÇÃO NO ÂMBITO DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO

POSITIVE CONTRACTUAL INTEREST AND NEGATIVE CONTRACTUAL INTEREST: INFLOWS OF DISTINCTION IN THE CONTEXT OF TERMINATION OF THE CONTRACT DUE TO BREACH

Rodrigo da Guia Silvaⁱ

RESUMO: O escopo central do presente estudo consiste em investigar os influxos da distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo sobre a delimitação da indenização no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento culposos. Para tanto, investiga-se, inicialmente, o sentido que o vocábulo *interesse* assume na dogmática da responsabilidade civil. A partir da compreensão do sentido do interesse contratual, busca-se examinar o sentido e o alcance da distinção entre as suas duas modalidades – o interesse positivo e o negativo –, com particular enfoque sobre a controvérsia referente à definição da modalidade de interesse contratual a nortear a indenização no âmbito da resolução contratual por inadimplemento. Examinam-se, ainda, outras relevantes controvérsias, notadamente aquelas referentes à possibilidade ou não de cumulação entre o interesse positivo e o interesse negativo, à possibilidade ou não de livre escolha da vítima entre uma e outra modalidade de interesse contratual e, por fim, à limitação ou não do interesse negativo pelo positivo.

Palavras-chave: 1. Interesse contratual positivo. 2. Interesse contratual negativo. 3. Teoria da diferença. 4. Perdas e danos. 5. Resolução do contrato.

ABSTRACT: The central scope of the present study is to investigate the inflows of the distinction between positive contractual interest and negative contractual interest on the delimitation of indemnity in the context of termination of the contract for culpable default. To this end, it is investigated, initially, the meaning that the word interest assumes in the dogmatic of the civil liability. From understanding the meaning of contractual interest, the study seeks to examine the meaning and scope of the distinction between its two modalities – positive and negative interest –, with particular focus on the controversy regarding the definition of the modality of contractual interest to be to guide the indemnity within the scope of the contractual resolution for breach. Other relevant controversies are also examined, notably those concerning the possibility or not of cumulation between the positive and negative interests, the possibility or not of the victim's free choice between one and the other species of contractual interest and, finally, the limitation or not of the negative interest by the positive interest.

Keywords: 1. Positive contractual interest. 2. Negative contractual interest. 3. Theory of difference. 4. Loss and damage. 5. Termination of the contract.

ⁱ Doutorando e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Substituto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Pesquisador da Clínica de Responsabilidade Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Advogado. *Email:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

Sumário: 1. Introdução. 2. Em busca do sentido do vocábulo “interesse” na doutrina da responsabilidade civil: influxos da teoria da diferença. 3. Sentido e alcance da distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo: delimitação das perdas e danos no âmbito da resolução contratual. 4. Algumas controvérsias em torno da distinção entre o interesse positivo e o negativo: o debate teórico sobre a cumulatividade, a alternatividade e as limitações recíprocas. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO¹

O estudo da distinção entre o interesse contratual positivo e o interesse contratual negativo não se pode dizer propriamente recente na experiência jurídica.² Verifica-se, em doutrina, a adequação de tal afirmativa tanto a propósito da tradição do *Civil Law* quanto do *Common Law*,³ chegando-se mesmo a se afirmar tratar-se de “uma distinção conhecida (...) praticamente em todas as ordens jurídicas que conhecem um direito dos contratos”.⁴ Ao largo período de tempo decorrido desde o princípio da investigação parece não corresponder, contudo, o mais expressivo desenvolvimento da matéria no âmbito da civilística nacional – ressalvadas, por certo, exitosas empreitadas contemporâneas e de outrora, às quais se buscará fazer as devidas referências na sequência da exposição. Tal circunstância torna recomendável que o presente estudo parta da apresentação de um exemplo hipotético que ajude a mais adequadamente se situar o tema.

Imagine-se, inicialmente, que Caio (agricultor) e Tício (empresário da indústria têxtil) tenham celebrado contrato de fornecimento de algodão. Tício se comprometeu a pagar, adiantadamente, o valor X, ao passo que Caio se obrigou a fornecer, até a data certa estipulada para o vencimento, a quantidade Y de algodão. Convenciona-se a inadmissibilidade de qualquer atraso no

¹ O autor agradece ao Prof. Eduardo Nunes de Souza, a mais não poder, pela renovação diuturna da inspiração para os estudos do direito civil e, em especial, pela minuciosa revisão crítica deste texto.

² Costuma-se atribuir o desenvolvimento originário da distinção entre interesse contratual negativo e positivo a JHERING von. *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. 4, 1861, p. 16. Tornar-se-á a fazer menção à referida obra na sequência do presente estudo. Pertinente, neste ponto, o relato fornecido por Paulo Mota Pinto: “Na verdade, a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, com quase século e meio, despertou, desde que foi formulada, um verdadeiro fascínio na doutrina, ainda que, muitas vezes, simplesmente pela desconfiança que suscitava, ou para acabar por ser categoricamente rejeitada. A vida do interesse contratual negativo não foi fácil – noção incompreendida, rejeitada como construção artificial ou impossível de provar, combatida tanto pelos declarativistas como pelos voluntaristas mais extremos, obteve, porém, consagração legal e consolidou-se na dogmática, acompanhando, numa primeira fase, a expansão (aparentemente sem limites) da doutrina da *culpa in contrahendo*” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1-2).

³ Assim pontua, entre outros, STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 20-21.

⁴ “A sua ligação à ideia de proteção da confiança – ‘interesse na confiança’ ou ‘dano da confiança’ são outras designações que passou a receber desde o início do século XX – manteve a noção no centro do debate teórico, quer no direito continental, quer no *common law*, onde também foi objeto de discussão (embora sobretudo a propósito da responsabilidade pelo não cumprimento)”. (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 2). O autor prossegue: “Pode mesmo dizer-se que se trata de uma distinção conhecida em todos os quadrantes, onde vigora o direito dos contratos do *civil law* ou do *common law* – o que equivale hoje a dizer, considerando a adoção destes sistemas, ou similares, quer no comércio internacional, quer mesmo em paragens mais afastadas (como nos direitos orientais), praticamente em todas as ordens jurídicas que conhecem um direito dos contratos (com ou sem ‘negócio jurídico’)”. (Ibid., p. 5).

fornecimento, uma vez que Tício utilizaria a matéria-prima para a fabricação das roupas a serem utilizadas no principal desfile do ano pelo estilista Mévio. Na data do vencimento, Caio entrega algodão visivelmente avariado (em toda a extensão de Y), razão pela qual Tício se recusa a recebê-lo.

Sem dispor de tempo hábil para providenciar um fornecedor alternativo, Tício vem a descumprir o contrato de compra e venda que havia celebrado com Mévio, a quem precisa pagar a quantia Z a título de cláusula penal compensatória. Irresignado, Tício ajuíza ação indenizatória em face de Caio, postulando: (i) o ressarcimento das despesas suportadas para as tratativas e a conclusão do contrato de fornecimento com Caio; (ii) a indenização dos lucros cessantes consistentes nas vantagens que Tício teria auferido caso houvesse celebrado contrato com outro fornecedor de algodão a um preço mais vantajoso; (iii) a indenização dos lucros cessantes consistentes no proveito que Tício teria auferido caso houvesse tido a disponibilidade do algodão fornecido por Caio e, com isso, tivesse entregue regularmente as roupas devidas a Mévio; (iv) a indenização dos lucros cessantes consistentes no proveito que Tício teria auferido caso houvesse utilizado o algodão para fabricar e vender roupas, por conta própria, em um *shopping* local; (v) o ressarcimento da quantia Z, referente à cláusula penal compensatória do contrato entre Tício e Mévio; (vi) a devolução do preço X que fora pago a Caio.

Ainda que os pedidos de Tício possam parecer plausíveis em uma leitura mais apressada, um exame mais detido do caso haveria de revelar que eles ostentam certa incompatibilidade lógico-jurídica entre si. Por um lado, as parcelas (i) e (ii) dizem respeito a danos alegadamente sofridos em razão da celebração do contrato; trata-se de despesas que Tício teria evitado se jamais houvesse celebrado concretamente o contrato com Caio.⁵ Por outro lado, as parcelas (iii) e (iv) dizem respeito a danos alegadamente sofridos não em razão da celebração do contrato, mas sim em decorrência do seu inadimplemento; trata-se de danos que Tício não teria sofrido se o contrato de fornecimento de algodão houvesse sido regularmente cumprido por Caio, já que somente com o algodão prometido é que Tício teria condições de fabricar as roupas no caso exposto.⁶ A parcela (v), por sua vez, tanto se coaduna com um cenário hipotético em que o contrato

⁵ A ilustrar o raciocínio de recondução da parte lesada a uma situação em que estaria caso o contrato jamais houvesse sido celebrado, veja-se o exemplo colhido da doutrina: “A associação política *M* tomou de arrendamento ao município *N* um pavilhão em que contava realizar, num fim-de-semana de Julho, uma congregação que realiza todos os anos. A associação pagou imediatamente metade da renda que acordara (20.000). Com a conclusão do contrato (deslocações, etc.), a divulgação do evento, a aquisição de materiais para decoração da sala e aluguer e o transporte de delegados estrangeiros para preparação do evento, *M* dispendeu 50.000. Na semana anterior ao evento, perante protestos crescentes contra a sua realização no concelho, *N* comunicou a *M* que decidira não lhe ceder o gozo do pavilhão, disponibilizando-se para devolver o montante recebido. *M* pretende, além da devolução da renda que pagou (20.000), ser ressarcida das despesas que suportou e que se tornaram inúteis (50.000) e da perda da possibilidade de ter logo obtido o gozo de um local alternativo, que, por essa razão, lhe será agora mais caro (em 10.000)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 9-10. Grifos no original). O que se percebe no presente exemplo é que o pleito de *M* corresponde a uma pretensão de recondução do seu patrimônio à situação em que estaria caso o contrato jamais houvesse sido celebrado (raciocínio afeto ao “interesse contratual negativo”, como se explicará na sequência deste estudo).

⁶ A ilustrar o raciocínio de condução da parte lesada a uma situação em que estaria caso o contrato houvesse sido regularmente cumprido, veja-se o exemplo colhido da doutrina: “*D*, colecionador amador de pintura, comprou

com Caio jamais houvesse sido celebrado, quanto com um cenário hipotético em que Caio tivesse cumprido regularmente a obrigação contraída. A parcela (vi), por fim, também parece cabível em qualquer dos dois cenários hipotéticos, embora não remonte diretamente à disciplina da responsabilidade civil, mas sim àquela da vedação ao enriquecimento sem causa, como se analisará na sequência.

As diversas reflexões despertadas pelo caso suscitam, em comum, questionamentos da seguinte ordem: quais são os valores devidos por ocasião da resolução do contrato por inadimplemento culposo de uma das partes? Quais são as obrigações deflagradas pela resolução contratual? Podem ser cumuladas parcelas referentes a diferentes parâmetros hipotéticos (de uma parte, a hipótese da não celebração do contrato, e, de outra parte, a hipótese do seu cumprimento regular)? Dentro de um mesmo parâmetro de cumprimento do contrato, são cumuláveis parcelas referentes a cenários hipotéticos incompatíveis entre si – como nos cenários subjacentes às supramencionadas parcelas (iii) e (iv)?

Precisamente ao deslinde dessas questões se dedica o presente estudo. Impõe-se, contudo, uma observação preliminar: embora a investigação do interesse contratual assuma importantes repercussões no plano da invalidade negocial, o objeto central deste estudo se restringirá ao fenômeno da resolução do contrato por inadimplemento. Nada obstante a adoção do mencionado recorte, far-se-á pontual menção a questões referentes ao plano da invalidade, em razão da relevância dessa seara para o desenvolvimento histórico dos estudos sobre o interesse contratual positivo e o interesse contratual negativo.

2. EM BUSCA DO SENTIDO DO VOCÁBULO “INTERESSE” NA DOUTRINA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: INFLUXOS DA TEORIA DA DIFERENÇA

O vocábulo *interesse* se insere entre as expressões a um só tempo mais relevantes e mais polissêmicas com que se depara o estudioso do Direito.⁷ Com efeito, depreende-se tal circunstância a

a *E*, especialista que representa a galeria *F*, um quadro que ambos pensavam ser uma reprodução de um original perdido. Submetido o quadro por *D* a duas perícias, verificou-se, porém, que, como *E* deveria saber, se tratava do original, muito mais valioso. Acresce que, nos termos do contrato que o ligava a *F*, *E* apenas dispunha de poderes para vender reproduções, e não pinturas originais. *F* invocou a ineficácia relativa do negócio por falta de poderes do representante *E*, e, subsidiariamente, a invalidade do contrato por erro sobre o objeto do negócio. *D* pretende obter de *E* ou de *F* uma indenização não só pelos custos com as duas perícias realizadas, como também pela perda do lucro que teria realizado com a revenda do quadro a *G*, com quem já se encontrava em negociações” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. 1, p. 9. Grifos no original). Como se percebe, o pleito de *D* corresponde a uma pretensão de condução do seu patrimônio à situação em que estaria caso o contrato houvesse produzido regularmente seus efeitos esperados (raciocínio afeto ao “interesse contratual positivo”, como se explicará na sequência deste estudo). A conclusão sobre o *quantum* da indenização haveria de ser diversa se *D* pretendesse ser conduzido à situação em que estaria caso o contrato jamais houvesse sido celebrado, pois nessa hipótese ele não poderia alegar prejuízo (lucros cessantes) pela ausência da venda do quadro objeto do contrato em questão.

⁷ Para aprofundadas investigações das acepções de interesse, em empreitadas largamente valorosas para a compreensão do tema também à luz do sistema brasileiro, remete-se a FEMIA, Pasquale. *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, *passim*; e POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista*

partir da análise da sua centralidade em debates travados nos mais variados ramos jurídicos. Basta pensar, ilustrativamente, na importância do *interesse processual* e do *interesse recursal* para o Direito Processual, ou mesmo na relevância do *interesse público* para o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, entre inúmeros outros exemplos de que se poderia cogitar.⁸

Também no plano estritamente metodológico se observa o destaque do vocábulo *interesse*. Rememore-se, a esse respeito, um dos principais embates entre escolas da hermenêutica jurídica, nomeadamente a oposição entre a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses.⁹ Semelhante ordem de relevância da noção de *interesse* se verifica no secular debate em torno da definição do direito subjetivo, com particular destaque para a teoria concebida por Rudolf von Jhering. Não casualmente referida por *teoria do interesse*, a referida formulação lançou novas luzes sobre a civilística ao propor que a definição do direito subjetivo se afastaria da pura vontade do agente e remontaria à identificação de um interesse juridicamente protegido.¹⁰

A menção breve a algumas expressivas manifestações do vocábulo *interesse* tem por

de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, n. 45, 2013, *passim*.

⁸ “A importância do vocábulo ‘interesse’ para o direito é evidenciada pelas diversas acepções que esta figura assume neste campo. Fala-se em ‘interesse processual’, ‘interesse social’, ‘interesse econômico’, ‘interesse público’, ‘interesse particular’, ‘interesse legítimo’, ‘interesse individual’, ‘interesse coletivo’, ‘interesse difuso’, ‘interesse de agir’ etc., revelando estes termos, especialmente quando adjetivado, um conjunto de significados e significantes que ordenam os mais variados conceitos jurídicos”. (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 125).

⁹ “Trata-se de um conceito cuja relevância não pode ser negada no plano metodológico. Assim, desde logo historicamente, na crítica que à ‘jurisprudência dos conceitos’ foi movida, primeiro, por Jhering, enquanto ‘teórico da transição’ da jurisprudência conceitualista para as compreensões sociológicas e funcionalistas do Direito, com uma concepção do Direito centrada no interesse. E, depois do ponto de partida de Jhering, também para a *Interessenjurisprudenz*, a qual veio a reclamar uma ‘investigação dos interesses’ enquanto momento essencial da interpretação da lei, embora sempre no quadro legalista, de manutenção da fidelidade aos seus comandos”. (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 482-483). Para um desenvolvimento das críticas dirigidas pela jurisprudência dos interesses (e pela dos valores) àquela dos conceitos, v., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117 e ss.

¹⁰ Cumpre registrar que também na metodologia do direito civil-constitucional – a que se filia o presente estudo – a noção de interesse desempenha papel central para a individualização e a para o juízo de merecimento de tutela (não já apenas do direito subjetivo, mas) da pluralidade das situações jurídicas subjetivas. Ao propósito, v., por todos, SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, v. 58, abr.-jun./2014, *passim* e, em especial, p. 89 e ss. Do mesmo autor, para uma análise do papel desempenhado pelas situações jurídicas subjetivas à luz da metodologia civil-constitucional, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilística.com*, Rio de Janeiro: a. 4, n. 1, 2015, *passim*. Em sentido diverso, ao analisar o papel do “interesse” no debate sobre o direito subjetivo, afirma-se: “(...) é certo, porém, que, em geral, a existência e o alcance do interesse não pautam o reconhecimento e o exercício do direito subjetivo. A ordem jurídica não aceita uma funcionalização geral do reconhecimento da titularidade (ou só do exercício) do direito subjetivo à existência de um interesse digno de proteção legal, objetivamente apreciado, e que tenha de justificar o exercício do direito nas circunstâncias em causa. Antes o direito subjetivo (distinto, pois, por esta nota, dos poderes-deveres ou poderes funcionais) comporta um poder não estritamente funcionalizado, ainda que não necessariamente arbitrário (...). A regra, no direito privado (...), terá, aliás, de ser sempre a de que, pelo menos no domínio do direito subjetivo, a definição e interpretação dos interesses para que se exerce o direito subjetivo apenas cabe ao seu titular” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 484-485). O autor prossegue: “Pensamos, assim, que um nível último, irrecusável, de ‘funcionalização’, neste sentido, dos direitos à realização dos interesses que justificam o seu reconhecimento apenas pode ser admitido, no quadro do abuso de direito, em casos de provocação de prejuízos a terceiros (afetação de interesses de outrem) apesar de faltar qualquer correspondência à ‘imagem funcional’ que justificou o reconhecimento, pela ordem jurídica (...), da posição em que formalmente se traduz o direito subjetivo” (Ibid., p. 485, nota de rodapé n. 1386).

escopo tão somente demonstrar a larga difusão da sua relevância e da sua polissemia. O escopo precípua do presente estudo se dirige, em realidade, à investigação da noção de *interesse contratual*, situada no cerne da “(...) controversa relação entre os conceitos de dano e de interesse em geral (...)”.¹¹ O caráter controverso dessa relação pode ser extraído do vultu dos debates que pairam em torno não apenas da conceituação, mas também – e sobretudo – da delimitação dos efeitos da distinção entre interesse contratual positivo e negativo.

No âmbito do esforço de conceituação do *interesse contratual*, cumpre, inicialmente, direcionar o olhar para o direito positivo, a fim de perquirir se o legislador fornece algum indício do acolhimento do vocábulo *interesse* em sentido associado ao da noção de dano. A resposta, ao menos a partir da análise do Código Civil brasileiro, se afigura negativa. De fato, entre as quase 60 (sessenta) aparições do vocábulo “interesse” no diploma, nenhuma delas parece traduzir um sentido atinente à delimitação do dano indenizável (seja em relação ao *an debeatur*, seja em relação ao *quantum debeatur*).¹² A experiência normativa brasileira se aproxima, neste ponto, daquela portuguesa, a respeito da qual também já se apontou que, na contramão da investigação historicamente empreendida pela doutrina, o Código Civil não contém nenhuma menção ao interesse com o sentido de dano ou de parâmetro para a delimitação da indenização.¹³

A ausência de referência normativa explícita reforça, nesse sentido, a importância da missão desempenhada pela civilística para a investigação do significado a ser atribuído ao significante *interesse (contratual)* face à noção de *dano*.¹⁴ A formulação talvez mais difundida compreende o *interesse* como elemento integrante do próprio conceito de dano indenizável.¹⁵ Trata-se, em termos mais diretos, de reconhecer que o dano consiste na violação a um interesse juridicamente protegido.¹⁶ Em

¹¹ PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 6.

¹² A título meramente exemplificativo, podem-se mencionar algumas das aparições do vocábulo *interesse*: previsão da anulabilidade do negócio jurídico concluído pelo representante em conflito de *interesses* com o representado (art. 119 do Código Civil); interesse legítimo como objeto da cobertura do contrato de seguro (art. 757 do Código Civil); interesse dos filhos como parâmetro para o estabelecimento da guarda compartilhada (art. 1.583, §2º, 3º e 5º, do Código Civil).

¹³ “O conceito de ‘interesse’ é empregue com vários sentidos e para diversos efeitos, em muitas normas jurídico-privadas. Concentrando-nos no diploma fundamental do nosso direito privado, pode notar-se que a noção aparece aí em mais de oitenta artigos, normalmente designando algo que pertence ou importa a uma pessoa – interesse(s) de uma pessoa, ou ‘conflito de interesses’ –, mas nunca com o sentido de ‘dano’ ou ‘prejuízo’”. (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 488).

¹⁴ No que tange à investigação da autonomização da noção de *interesse* face à de *dano*, afirma-se: “Desde logo, quanto à relevância material do substantivo – fala-se do dano como pressuposto da responsabilidade, mas pode perguntar-se se fará sentido autonomizar a noção de ‘interesse’ e qual o sentido desta noção, no quadro de uma concepção da responsabilidade marcada pela hipótese ou ‘fórmula da diferença’, ou de uma outra concepção do dano”. (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 6).

¹⁵ Chega-se a se identificar, em análise da doutrina alemã, um autêntico tratamento de *dano* e *interesse* como sinônimos: “(...) registra-se, porém, sem dúvida, uma predominância para a identificação do ‘interesse’ com o dano, medido nos termos da fórmula mommseniana da diferença, ou com a medida da indenização (isto é, a própria diferença). Tal emprego da noção de interesse como sinônimo de dano levou, também, a que se tornassem correntes expressões como ‘interesse da integridade’ (*Integritätsinteresse*), ‘interesse na equivalência’ (*Äquivalenzinteresse*), ‘interesse do interim’ (*Interimsinteresse*), ou ‘interesse de valor’ (*Wertinteresse*), além de outras expressões que por vezes se encontram na doutrina” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 520-522).

¹⁶ “Ora, a noção de dano, entre nós, repousa na idéia de interesse juridicamente protegido. Ele determinará o dano indenizável” (ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato. *Revista da AJURIS*, n. 60, v. 21, 1994, p. 121). Em semelhante linha de sentido, afirma-se: “A noção de reparação é

revisitação dessa construção à luz da metodologia civil-constitucional, afirma-se que a indenizabilidade do dano depende da sua injustiça,¹⁷ a qual se extrai de um juízo ponderativo sobre os interesses e valores em rota potencial de colisão no caso concreto.¹⁸ O dano injusto (e, logo, indenizável) corresponde, assim, à violação a um interesse reputado merecedor de tutela à luz do ordenamento do caso concreto.¹⁹

O acerto de tal raciocínio não esgota, contudo, as dúvidas em torno da possibilidade ou não de autonomização do conceito de *interesse* face àquele de *dano*.²⁰ Com efeito, boa parte da doutrina sustenta expressamente que *dano* e *interesse*, embora intimamente relacionados, conservam sua autonomia conceitual. Afirma-se, nessa linha de sentido, que o *dano* poderia ser associado a uma perturbação na repartição devida de bens,²¹ ao passo que o *interesse* poderia ser compreendido como a

comandada pela norma jurídica. Em conseqüência, é preciso examinar se há interesse jurídico na reparação a fim de que o pedido não seja arbitrário. Basta, contudo, o interesse moral ou de afeição. A importância da noção jurídica de interesse é que ela determina a extensão do dano que alguém esteja obrigado a indenizar. Se a noção de dano fosse simplesmente um conceito naturalista, seriam as leis da física que dariam as regras próprias para a fixação dos limites do dano indenizável. Entretanto, há uma noção física de dano e uma noção jurídica. Como sucede muitas vezes, a norma jurídica seleciona uma fração do fato social para transformá-lo numa situação jurídica. Alude-se a esse propósito a noção de interesse violado” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 667, mai./1991, item 1.1). No mesmo sentido, relata-se: “(...) há de se anotar que, sem maiores controvérsias, a noção de dano no Direito brasileiro é usualmente ligada à violação de um interesse juridicamente tutelado, o que se passa mesmo na ausência de uma definição legal expressa e, inclusive, para além dos limites do Direito Privado” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 30).

¹⁷ V., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179; SOUZA, Eduardo Nunes de. *Merecimento de tutela*, cit., p. 100 e ss. Seja consentido remeter, ainda, a SILVA, Rodrigo da Guia. *Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, set.-out./2016, p. 91 e ss.

¹⁸ Ao propósito do papel da ponderação na responsabilidade civil, v. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, p. 899 e ss. Em sentido próximo, v., ainda, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 155 e ss.

¹⁹ “Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos), mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 326). Em sentido aproximado, afirma-se, ao propósito do direito português: “Quando, mesmo a propósito da responsabilidade civil, o nosso legislador refere o termo ‘interesse’, não o faz, pois, a propósito do dano, mas antes a propósito da caracterização da noção de ilicitude, incluindo nesta a violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, ou a violação de ‘interesses legalmente protegidos’. A noção de interesse é, assim, empregue como elemento da hipótese da norma de responsabilidade, designadamente, com o significado de situação jurídica tutelada (designadamente, pela norma violada), e serve para fundamentar um juízo de ilicitude da conduta do lesante” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 502). Na sequência, o autor menciona uma similitude em relação às experiências francesa e italiana, destacando que na Itália se reconhece “(...) a relevância também da violação de interesses legítimos para a concretização da ‘injustiça’ do dano, nos termos do art. 2043 do *Codice Civile*” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 504).

²⁰ Ao analisar o interesse contratual negativo e aquele positivo (a serem detidamente analisados no item subsequente), afirma-se: “Antes o interesse contratual negativo – tal como o *reliance interest* – designa, de acordo com o sentido mais usual, diversas conseqüências jurídicas da responsabilidade, e não elementos da hipótese de responsabilidade (podendo, embora, sem dúvida, corresponder à lesão, e proteção, de interesses, como fundamento para o surgimento do dever de responder)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 519).

²¹ Toma-se, no presente estudo, a noção de *perturbação na repartição devida de bens* no sentido de produção de dano a outrem, a fim de se evitar a confusão conceitual entre as fontes obrigacionais da responsabilidade civil

relação entre a repartição existente em certo momento e a repartição devida (i.e., a repartição que deveria se verificar caso não houvesse sido perturbada).²² O *interesse* assume, assim, um significado que se pode considerar relativo (já referido por *relacional*), a revelar a importância ou o valor que uma coisa tem para algo ou alguém.²³

Em meio a tão expressiva dúvida de cunho conceitual, parece possível afirmar que o estudo do interesse contratual se relaciona intimamente com a questão de fundo atinente ao critério de delimitação do dano patrimonial indenizável, tarefa para a qual se consagrou a adoção (ou, ao menos, a tentativa de invocação) da teoria (ou fórmula ou, ainda, método) da diferença.²⁴ A relevância histórica dessa associação conceitual se depreende da própria formulação de Friedrich Mommsen, fator da teoria da diferença (*Differenztheorie*), para quem o *interesse* se deve conceber como *diferença* entre dois estados patrimoniais.²⁵

A teoria da diferença afirma, em síntese, que o dano (patrimonial) deve ser determinado com base em um método comparativo.²⁶ Tal método deve promover uma comparação entre a situação atual da vítima e a situação em que ela se encontraria caso não se tivesse verificado o evento que deflagra o dever de indenizar.²⁷ O dano se expressa, assim, pela diferença negativa encontrada na

e da vedação ao enriquecimento sem causa. Confira-se, por oportuno, a advertência de Fernando Noronha: “As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445-446). Ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 38-39.

²² “(...) a própria noção de dano, e (...) de interesse, pode ser reportada a determinadas repartições ou afetações de bens – respectivamente como ‘perturbação nessa repartição’, indesejada e desfavorável para o lesado, e como relação entre este e uma certa repartição devida (desejada) de bens, correspondente a um padrão contrafático (em regra, a situação hipotética atual)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 481).

²³ “O referido significado ‘relacional’, e de ‘participação’, do termo ‘interesse’ – como importância, relevância ou valor que uma coisa tem para algo – é sem dúvida intensificado no contexto jurídico, e em particular no direito privado, enquanto parte juridicamente protegida que é afetada a alguém, ou enquanto estado a (re)constituir que tem importância para um sujeito” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 481-482).

²⁴ Em matéria de cálculo da indenização em geral, podem-se tomar como sinônimas as expressões *teoria da diferença*, *fórmula da diferença*, *método da diferença* e *hipótese da diferença*, como esclarece PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 161, nota de rodapé n. 543.

²⁵ “A expressão *id quod interest* indica uma comparação, e esta está subjacente ao conceito de interesse. Por interesse, no seu sentido técnico, entendemos nomeadamente a diferença entre o valor do patrimônio de uma pessoa, tal como ele existe em um certo momento, e o valor que este patrimônio teria no momento em questão sem a interposição de um certo acontecimento danoso” (MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schetschke, 1855, p. 3. Tradução livre do original). A respeito da formulação de Mommsen, relata-se: “A recepção desse significado da palavra ‘interesse’ – *inter-est*, que, etimologicamente, significaria ‘o que está entre’ – é devida à já citada obra de Friedrich Mommsen, na qual o jurista alemão reconstruiu o sentido do *id quod interest* no Direito Romano. A partir dela, o interesse passou a ser definido como o resultado de fórmula ou simplesmente de uma teoria da diferença; e, assim, foi equiparado à noção de dano” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 47). Semelhante relato é fornecido por POMBO, Eugenio Llamas. *Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción*, cit., p. 12.

²⁶ V., por todos, STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 47 e ss.; TURCO, Claudio. *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo*. *Rivista di Diritto Civile*, a. LIII, n. 2, mar.-abr./2007, p. 168; e RIEBLE, Volker. *Die Kodifikation der culpa in contrahendo*. In: DAUNER-LIEB, Barbara; KONZEN, Horst; SCHMIDT, Karsten (Orgs.). *Das neue Schuldrecht in der Praxis*. Köln: Carl Heymanns, 2003, p. 153 e ss.

²⁷ Nesse sentido, v., por todos, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*,

operação de comparação entre duas situações (ou estados) patrimoniais – uma efetiva e outra hipotética – da vítima.²⁸ Tal método comparativo afasta-se de uma noção, talvez mais intuitiva, caracterizada pelo somatório das variadas componentes negativas individuais.²⁹ Desse modo, em vez de se definir o dano patrimonial a partir da soma dos prejuízos sofridos pela vítima, delimita-se o dano a partir da comparação entre as duas aludidas situações patrimoniais: de um lado, a situação patrimonial efetiva, correspondente ao estado em que o patrimônio da vítima se encontra após a ocorrência do dano; de outro lado, a situação patrimonial hipotética, correspondente ao estado em que o patrimônio da vítima haveria de estar caso não houvesse ocorrido o dano.

A teoria da diferença, largamente difundida no âmbito dos sistemas da tradição romano-germânica, restou expressamente acolhida pelo direito positivo português.³⁰ Com efeito, o art. 566, n. 2, do Código Civil lusitano preceitua que “a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.³¹ Digno de nota, ainda a respeito da experiência normativa portuguesa, que o diploma civil não explicitou uma opção, em caráter geral, pela adoção do interesse

cit., v. I, p. 559; POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción, cit., p. 11-12.

²⁸ Assim conclui Aguiar Dias, embora sem citar textualmente Mommsen ou a teoria da diferença: “A ideia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, à noção de patrimônio como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 824). Em semelhante linha de sentido, v. SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, cit., item 1.1; e FRITZ, Karina Nunes. *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht: ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2018, capítulo 2, item A.III.2.

²⁹ Em crítica à referida formulação, afirma-se: “Nota-se, desde logo – embora ainda sem se reconhecer um valor decisivo ao argumento –, que a determinação do dano através de uma subtração de situações patrimoniais (designadamente, de situações patrimoniais globais), em vez de pela adição de componentes negativas individuais, que constituem as diversas partes, elementos, verbas ou rubricas do dano (*covi del danno*, ou *Schadensposten*), se afigura contrariada pela própria prática, geralmente seguida, das partes e dos tribunais, podendo mesmo ser considerada algo rebuscada ou estranha à ‘concepção geral da vida’” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 562).

³⁰ “Na doutrina nacional [portuguesa], salienta-se normalmente que o método da diferença previsto no art. 566, n.º 2, do Código Civil, conhece alguns desvios, por força do ‘preceituado noutras disposições’. Trata-se de casos como os dos arts. 508 e 510 (limites máximos da responsabilidade objetiva), 489 (condenação, por motivos de equidade, de pessoa não imputável a reparar, total ou parcialmente, os danos que causou), 494 (limitação da indenização em caso de mera culpa) ou 566, n.º 3 (fixação equitativa de indenização, se não puder ser apurado o valor exato dos danos)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 553-554). O autor arremata: “Pensamos que, em rigor, estamos nestes casos perante desvios ao cálculo da indenização nos termos gerais, correspondentes à fórmula da diferença prevista no art. 566, n.º 2 – em resultado de incertezas ou de exigências de justiça que levam ao afastamento do princípio da reparação total –, mas não, verdadeiramente, perante o afastamento da fórmula da diferença enquanto método de determinação do dano (...)” (Ibid., p. 554-555).

³¹ Veja-se o dispositivo na sua íntegra: “Artigo 566º (Indemnização em dinheiro) 1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor. 2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos. 3. Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”. Ao propósito da absorção da teoria da diferença pelo referido art. 566, n. 2, do Código Civil português, v., por todos, PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 355 e ss.

contratual positivo ou daquele negativo.³²

Durante o longo desenvolvimento dos debates sobre a teoria da diferença, não faltaram, por certo, críticas e questionamentos. Entre as diversas críticas que já se direcionaram, em doutrina, à formulação teórica em exame, algumas merecem particular destaque. Em primeiro lugar, afirma-se que o método comparativo da formulação de Mommsen findaria por ignorar o debate em torno da relevância ou não da causa virtual ou hipotética.³³ Segundo tal linha crítica, a determinação do dano a partir da diferença entre situações patrimoniais da vítima, em oposição a um somatório de componentes negativas individuais, não permitiria a adequada distinção entre as verdadeiras consequências do fato lesivo e as circunstâncias que já se fariam presentes independentemente da ocorrência do dano.³⁴ Sem a adequada distinção entre todas essas circunstâncias, o intérprete poderia equivocadamente concluir que a situação patrimonial hipotética (a ser comparada com a situação patrimonial efetiva) não seria composta por tais *prejuízos* verificados após a ocorrência do dano e que, em realidade, jamais se vincularam causalmente à conduta lesiva. A consequência desse risco de subversão seria a enunciação de uma situação patrimonial hipotética indevidamente diminuta, o que repercutiria na delimitação do dano (a partir do método comparativo) em montante maior do que o correto.³⁵

Em segundo lugar, afirma-se que a teoria da diferença constituiria um método excessivamente lógico ou matemático, que não propiciaria abertura para juízos de ordem teleológica ou valorativa.³⁶ Segundo essa crítica, a pura consideração de elementos integrantes das situações patrimoniais efetiva e hipotética não permitiria a consideração de aspectos valorativos caros, por

³² Assim pontua, entre outros, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1.473.

³³ Para uma análise detida da problemática referente à causa virtual, v., na doutrina brasileira, CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 349 e ss.; e, na doutrina portuguesa, COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, *passim*.

³⁴ Para um desenvolvimento da crítica, v. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 564-565.

³⁵ “A diferença é, pois, nesta concepção, resultante de uma subtração no termo hipotético de comparação, e este é obtido por um critério de causalidade – designadamente, e aceitando-se o critério da causalidade adequada, não haveria que integrar na construção da situação hipotética as consequências adequadas do fato lesivo, justamente porque apenas em relação a estas existiria base para a suposição de que elas se não teriam igualmente verificado, se não fora o evento lesivo (sem o que, tendo-se elas igualmente verificado, o minuendo se aproximaria do subtraendo, reduzindo-se indevidamente a diferença e, conseqüentemente, o dano)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 563). O autor arremata: “Ora, independentemente de outras considerações, afigura-se que, com este procedimento, a ‘diferença’, enquanto resultado da subtração, acaba por não ser mais do que a consequência de tudo o que se inclui antes no termo hipotético de comparação (no diminuendo ou aditivo). Isto é: o dano é, realmente, também determinado nestes casos por uma adição, mas esta verifica-se, não diretamente para o avaliar e antes no momento da ‘construção’ do termo hipotético de diferença. Uma vez que, de qualquer modo, o montante do dano só pode ser obtido pela adição das diferentes perdas sofridas, e dos diversos ganhos perdidos, pode questionar-se o sentido daquele procedimento de subtração” (Ibid., p. 563-564).

³⁶ “Ao omitir, porém, a consideração do ponto de partida das situações a comparar – a situação do lesado anteriormente ao evento lesivo (ou no momento deste) –, e ao propiciar a ilusão de que a avaliação do dano se poderia resumir a uma operação lógica ou matemática, e não teleológica ou valorativa, tal concepção comportou, porém, outros perigos (que não deixaram de se concretizar em soluções menos adequadas de problemas como o da relevância da causa hipotética e o da *compensatio lucri cum damno*), resultantes, designadamente, da exclusão total da relevância, segundo esta concepção, da situação do lesado no momento do evento lesivo e da possível obnubilação das valorações decisivas” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 564-565).

exemplo, à realização do juízo de injustiça do dano. Restaria impossibilitado, ainda, o cotejo entre consequências positivas e negativas do evento lesivo, cuja necessidade vem ressaltada pelos estudos conferidos à temática da *compensatio lucri cum damno*.³⁷ Critica-se, nesse sentido, a alegada inadequação da teoria da diferença para a promoção da distinção entre as vantagens decorrentes da conduta lesiva (as quais não deveriam integrar a situação patrimonial hipotética para fins de comparação, já que somente foram proporcionadas pela conduta do agente ofensor) e as vantagens não decorrentes da conduta lesiva (as quais deveriam integrar a situação patrimonial hipotética para fins de comparação, já que poderiam se verificar mesmo a interveniência do dano).

Em terceiro lugar, afirma-se que o método comparativo propugnado pela teoria da diferença impediria a consideração dos danos perpetrados durante determinado período de tempo e que já tivessem cessado por ocasião da investigação da situação patrimonial efetiva para fins de comparação.³⁸ Ilustrativamente, pense-se nos danos decorrentes da privação do uso (consubstanciados, em síntese apertada, na supressão temporária da prerrogativa de usar):³⁹ como tais danos podem não subsistir até o

³⁷ A *compensatio lucri cum damno* pode ser sintetizada, em caráter geral, como o imperativo de delimitação do dano patrimonial a partir da consideração não só dos prejuízos, mas igualmente das vantagens causadas pela conduta lesiva. Ao propósito, já se pôde afirmar, em estudo ao qual se remete para o desenvolvimento do tema: “Oriunda da tradição jurídica romana, a regra da *compensatio* enuncia, em termos gerais, a necessidade de abatimento, por ocasião da liquidação do *quantum debeatur* indenizatório, das vantagens auferidas pela vítima em decorrência da conduta causadora do dano. Reconhece -se, assim, a possibilidade de uma só conduta implicar, para a vítima, vantagens e desvantagens, sem que se possa perfazer adequadamente o escopo da responsabilidade civil ignorando-se qualquer de tais aspectos” (SILVA, Rodrigo da Guia. A regra de compensação de vantagens com prejuízos (*compensatio lucri cum damno*) no direito brasileiro. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 470-471). Remete-se, ainda, por todos, a BRONZETTI, Gianfranco. La *compensatio lucri cum damno*. *Archivio della Responsabilità Civile e dei Problemi Generali del Danno*, 1967, *passim*; CALVINO, Massimo. Nota in tema di *compensatio lucri cum damno*. *Diritto e Pratica nell'Assicurazione*, 1989, *passim*; CARBONE, Vincenzo. La *compensatio lucri cum damno* tra ambito del danno risarcibile e rapporto di causalità. *Danno e Responsabilità*, n. 4, 1996, *passim*; CUPIS, Adriano De. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. V. I. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, p. 274 e ss.; CUPIS, Adriano De. Postilla sull'influenza delle nuove nozze sul diritto a risarcimento della vedova. *Il Foro Italiano*, v. LXXXIII, 1960, *passim*; FRANZONI, Massimo. La *compensatio lucri cum damno*. *Responsabilità Civile*, n. 1, v. 48, jan./2010, *passim*; LEONE, Francesco. *Compensatio lucri cum damno*. *Il Filangieri*. Rivista Giuridica Dottrinale e Pratica, 1916, *passim*; MONATERI, Pier Giuseppe. Gli usi e la *ratio* della dottrina della *compensatio lucri cum damno*. È possibile trovarne un senso? *Quadrimestre*, 1990, *passim*.

³⁸ “Na prática, foram discutidos os casos em que a relevância irrestrita de todo o lapso de tempo referido se revelava inadequada, designadamente, por não permitir considerar claros prejuízos patrimoniais que não permaneceram (o caso da privação do uso) ou por obrigar a levar em consideração quaisquer circunstâncias, hipotéticas ou reais, causadas pelo evento lesivo, em termos de reduzir ou eliminar o dano – designadamente, todas as vantagens ou ‘lucros’ do lesado, cujo necessário desconto reduziria o dano, e impediria o afastamento de ‘causas virtuais’ do prejuízo. A consideração destes casos levou a formular críticas ao ‘método da diferença’ ou, sem abdicar das suas proposições centrais, a introduzir-lhe limitações” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 567). “Na prática, foram discutidos os casos em que a relevância irrestrita de todo o lapso de tempo referido se revelava inadequada, designadamente, por não permitir considerar claros prejuízos patrimoniais que não permaneceram (o caso da privação do uso) ou por obrigar a levar em consideração quaisquer circunstâncias, hipotéticas ou reais, causadas pelo evento lesivo, em termos de reduzir ou eliminar o dano – designadamente, todas as vantagens ou ‘lucros’ do lesado, cujo necessário desconto reduziria o dano, e impediria o afastamento de ‘causas virtuais’ do prejuízo. A consideração destes casos levou a formular críticas ao ‘método da diferença’ ou, sem abdicar das suas proposições centrais, a introduzir-lhe limitações” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 567).

³⁹ Para um desenvolvimento da análise acerca da configuração e da indenizabilidade dos danos por privação do uso no direito brasileiro, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto*. In: SOUZA,

momento da liquidação da indenização, a fórmula da diferença resultaria inidônea a promover-lhes a devida tutela.⁴⁰ À luz de tais críticas, sustenta-se a impossibilidade de um conceito unitário de dano patrimonial, que não poderia ser compreendido a partir da noção de diferença patrimonial.⁴¹

Em esforço deliberado de conciliação entre os pontos de razão das críticas mencionadas e a subsistente utilidade da teoria mommseniana da diferença, talvez se possa propor, a partir da perspectiva civil-constitucional do *dano* como violação a um interesse juridicamente tutelado (conclusão decorrente de um juízo ponderativo de merecimento de tutela), uma revisitação ou parcial ressignificação da teoria da diferença. Assim se poderia esclarecer que as situações patrimoniais objeto de comparação (a situação patrimonial real e aquela hipotética) apenas deveriam ser integradas pelos elementos que guardassem pertinência causal e valorativa com o dano. Em outras palavras: a própria enunciação das situações objeto de comparação há de decorrer de um juízo complexo, que permita, por exemplo, de uma parte, incluir o prejuízo (ainda que já superado) referente ao período de privação do uso, e, de outra parte, excluir as vantagens obtidas pela vítima e que não guardem relação causal direta com o evento lesivo (i.e., vantagens que a vítima poderia obter independentemente da produção do dano e da subsequente alteração nas suas condições pessoais/profissionais).

No que tange ao ponto da vinculação valorativa, vale exemplificar a imprescindibilidade de um juízo axiológico para a configuração das situações patrimoniais a serem comparadas (*in casu*, a situação patrimonial hipotética). Imagine-se que certo passageiro, no âmbito de um contrato de transporte, seja vitimado por um acidente automobilístico causado pelo transportador contratado. Imagine-se, ainda, que a vítima, além de sofrer prejuízos referentes ao pagamento de despesas hospitalares, fique também impossibilitada de exercer sua atividade habitual de comercialização de drogas ilícitas – supondo-se que o transporte tenha sido contratado justamente para viabilizar as reuniões criminosas, porém sem o conhecimento do transportador. Parece razoável considerar *justo* (e, portanto, *não indenizável*) o dano referente às vantagens que essa vítima vier a deixar de auferir com o

Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, *passim*. Ao propósito, v., ainda, por todos, GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização do dano da privação do uso*, v. I. Coimbra: Almedina, 2007, *passim*; GOMES, Júlio Manuel Vieira. O dano da privação do uso. *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1986, *passim*; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 9, n. 3, set.-dez./2014, *passim*.

⁴⁰ “De qualquer modo, o que nos importa salientar é que, mesmo reportada à perda das concretas vantagens de uso, a explicação do dano da privação do uso não parece ser conseguida pela ‘fórmula da diferença’, quer por esta fórmula se referir a uma diferença de situações patrimoniais que não são afetadas, quer por a privação do uso não conseguir aparecer ‘projetada’ no ‘écran’ da ‘hipótese diferencial’, perdendo-se os seus traços no lapso temporal entre o evento lesivo e tal ‘projeção’” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 596).

⁴¹ “É, aliás, hoje um dado comum na doutrina que a tentativa de explicar o direito da indenização mediante um único conceito de dano resultou de um ‘pecado de juventude’, influenciado ainda pelo conceitualismo de uma doutrina que se desenvolveu ‘sob a sombra poderosa do pandectismo’. Como se julga que terá ficado claro pela amostragem de problemas com que se confrontou a ‘fórmula da diferença’, nenhum conceito único de dano, a não ser que seja uma mera ‘fórmula fazia’, pode exprimir todas as valorações necessárias em sede de regime da indenização” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 816-817). O autor arremata: “O conceito de dano como ‘diferença patrimonial’ perde, assim, importância, devido aos próprios custos de uma fundamentação unitária, e o problema respectivo muda de nível, passando a ser em grande parte um problema de ordem sobretudo metodológica” (Ibid., p. 817).

tráfico. A consequência de tal percepção para o raciocínio da (renovada) teoria da diferença é que os lucros cessantes referentes à referida atividade criminosa não poderão integrar a situação patrimonial hipotética a ser comparada com a situação patrimonial real.

Em outro exemplo hipotético, pode-se ilustrar a imprescindibilidade de um juízo causal e valorativo para a configuração das situações patrimoniais a serem comparadas (*in casu*, a situação patrimonial hipotética). Imagine-se que um taxista sofra o abaloamento de seu veículo e se veja impossibilitado de exercer sua atividade por três meses. Nesse período, o taxista passa a cozinhar e vender refeições caseiras. A princípio, por não se vislumbrar vinculação causal direta entre o evento lesivo e a receita referente à venda das refeições, a tendência será afirmar que essa vantagem não ostentará relevância em matéria indenizatória (isto é, não deverá integrar a situação patrimonial real/efetiva para fins de comparação). Afinal de contas, o taxista poderia obter essa renda mesmo se não tivesse sofrido o abaloamento. O cenário haveria de mudar, contudo, caso se demonstrasse que o taxista não teria efetiva possibilidade de obtenção simultânea da receita pelas vendas das refeições e do lucro habitual auferido pelas corridas. Diante disso, parece possível concluir que, apenas na hipótese de demonstração de absoluta impossibilidade de obtenção dessa receita cumulativamente com as diárias frustradas (lucros cessantes), é que a receita obtida a partir da venda das refeições deveria integrar a situação patrimonial real/efetiva para fins de comparação. Em tal hipótese, verificar-se-ia, em termos práticos, uma diminuição da indenização, em razão da redução da diferença entre a situação patrimonial efetiva (ora integrada pela receita obtida pela venda das refeições) e a situação patrimonial hipotética.

Ao fim e ao cabo, o que se percebe é a grande dificuldade de cisão entre os juízos de identificação e de quantificação do dano indenizável. Parece virtualmente impossível, em realidade, separar os momentos de identificação do *an debeatur* e do *quantum debeatur*. Como examinado nos exemplos e nas ilações teóricas, a delimitação do dano patrimonial indenizável pressupõe uma comparação entre situações patrimoniais (real e hipotética), cujas conformações somente podem ser adequadamente compreendidas a partir de um delicado e complexo juízo valorativo e causal do fenômeno danoso.

3. SENTIDO E ALCANCE DA DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE CONTRATUAL NEGATIVO E INTERESSE CONTRATUAL POSITIVO: DELIMITAÇÃO DAS PERDAS E DANOS NO ÂMBITO DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A partir da investigação da noção geral de interesse no âmbito da responsabilidade civil contratual, passa-se ao exame da distinção, largamente difundida na doutrina, entre o interesse contratual positivo e aquele negativo. Mencione-se, preliminarmente, que se costuma recorrer a uma série de nomenclaturas para se fazer referência ao par conceitual em questão, tais como: *dano positivo* e *dano negativo*;⁴² *interesse na confiança* (“*reliance interest*”) e *interesse na expectativa* (“*expectation*”).

⁴² V., entre outros, ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato, cit., *passim*. O par *dano positivo* e *dano negativo* é lembrado também por MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo

interest”);⁴³ dano de confiança (“Vertrauensschaden”) e dano de descumprimento (“Nichterfüllungsschaden”);⁴⁴ interesse no cumprimento (“Erfüllungsinteresse”) e interesse na confiança (“Vertrauensinteresse”).⁴⁵ Sem embargo da preferência deste estudo pela denominação *interesse positivo e interesse negativo*, em razão de sua maior difusão na doutrina brasileira, o que mais importa destacar a respeito da questão terminológica é a maior relevância da unidade de sentido comum às variadas nomenclaturas.⁴⁶

Em breve registro histórico, cumpre fazer menção à importância da obra de três civilistas para o desenvolvimento da noção contemporânea de interesse contratual positivo e negativo. Aluda-se, inicialmente, à obra de Friedrich-Carl von Savigny, destacadamente ao seu célebre Sistema do Direito Romano Atual (*System des heutigen römischen Rechts*, no original). Ao analisar os efeitos do dolo no plano contratual, Savigny afirmou, em nota de rodapé que lhe renderia reconhecido pioneirismo na matéria, que “o vendedor deve colocar o comprador em situação tal como se deste contrato nunca se tivesse falado”.⁴⁷ Eis o que já se referiu por “semente” para o desenvolvimento do conceito de interesse contratual negativo.⁴⁸

Na sequência do breve registro histórico, cumpre aludir à obra de Friedrich Mommsen, a quem já se pôde referir neste estudo como reconhecido fator da teoria da diferença. No que se refere

Código Civil, v. V, t. II. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 329. O par “dano positivo e dano negativo” se revela particularmente criticável, por duas principais ordens de razão. A uma, porque pode induzir a uma equivocada associação entre dano negativo e dano emergente, de um lado, e entre dano positivo e lucros cessantes, de outro lado. A duas, porque soa um tanto quanto inusitada a enunciação de um dano positivo, como se o referido adjetivo estivesse a indicar algo de proveitoso naquilo que é, por definição, uma lesão a interesses juridicamente protegidos. Para um desenvolvimento dessas críticas, v. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 857-858.

⁴³ V., entre outros, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 161; KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. *Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, v. 77, n. 3, jan./1964, p. 403-405. Ao propósito do “*reliance interest*” (“interesse na confiança”) no âmbito dos sistemas jurídicos da família do *Common Law*, veja-se, ainda, o relato fornecido por STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 125 e ss.

⁴⁴ V., entre outros, LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967, v. I, p. 153; VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, v. I, p. 602; e FRITZ, Karina Nunes. *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht*, cit., item A.III.2.1.

⁴⁵ V., entre outros, POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción, cit., p. 19; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. V, t. II, p. 329.

⁴⁶ Assim conclui Paulo Mota Pinto: “(...) o que mais importa não é tanto a terminologia como a unidade substancial da noção que com ela se designa” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 857).

⁴⁷ Confira-se a íntegra da formulação: “Por causa do dolo, o vendedor deve colocar o comprador em situação tal como se deste contrato nunca se tivesse falado. Portanto, se o comprador teve custos por causa do negócio, se dispendeu o seu salário no vaso alegadamente de ouro, ou se por essa razão deixou passar outra compra vantajosa, pode exigir uma indenização. Só pelo lucro que teria feito com um vaso verdadeiramente de ouro, por meio de um contrato válido, não pode exigir indenização” (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 3, p. 294-295, nota de rodapé d. Tradução livre do original).

⁴⁸ Assim relata Paulo Mota Pinto: “Apesar de discutirem questões relativas ao cálculo da indenização – e embora a questão da distinção entre o interesse no cumprimento e a indenização pela indução em erro não seja ignorada –, mesmo quando tratam dos passos das fontes onde se refere o interesse em não ser enganado os pandectistas da primeira metade do século XIX não elaboraram, porém, uma teoria do interesse negativo, ou na confiança, na sua distinção no interesse no cumprimento do contrato, nem nos manuais, nem em obras monográficas. Mas Friedrich-Carl von Savigny fez expressa referência ao interesse em que ‘do contrato nunca se tivesse falado’ a propósito do regime do erro sobre a substância, lançando a ‘semente’ para a autonomização do interesse negativo” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 154-155).

especificamente à autonomização do interesse contratual positivo face àquele negativo, ao menos dois estudos de Mommsen assumem relevância central, ambos integrantes das suas clássicas Contribuições para o Direito das Obrigações (*Beiträge zum Obligationenrecht*, no original).⁴⁹ A referência mais evidente – e não por isso incorreta – diz respeito ao seu pioneiro estudo dedicado especificamente ao interesse na doutrina da responsabilidade civil.⁵⁰ Curioso, então, observar que já na primeira seção das aludidas Contribuições (*Beiträge*), em estudo dedicado à impossibilidade das prestações – mais especificamente, ao tratar da impossibilidade originária –, Mommsen enunciou uma distinção entre o interesse contratual positivo e o negativo.⁵¹

Às obras de Savigny e Mommsen se agrega, em conclusão da apertada anotação histórica, a produção de Rudolf von Jhering. Afirma-se mesmo, em doutrina, ser tributário mais diretamente da obra de Jhering o desenvolvimento que se conferiu à distinção entre as duas modalidades de interesse contratual.⁵² A origem de tamanha influência nos sistemas da tradição romano-germânica remonta ao seu clássico estudo dedicado à *culpa in contrahendo*.⁵³

Sustentou Jhering, ao tratar do regime dos contratos inválidos, que o interesse do credor poderia corresponder, em tese, ou à manutenção e cumprimento do contrato ou à não conclusão do contrato.⁵⁴ No primeiro cenário, o credor haveria de receber o equivalente às vantagens que teria

⁴⁹ A referida obra compõe-se de três seções: MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. I Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schetschke, 1853; MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schetschke, 1855; MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. III Abteilung: Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*. Braunschweig: Schetschke, 1855.

⁵⁰ MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*, cit., *passim*.

⁵¹ Para o desenvolvimento da distinção proposta entre o interesse contratual negativo e o positivo no âmbito do estudo da impossibilidade originária da prestação, v. MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. I Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, cit., p. 107. Pertinente, ao propósito da importância da obra de Mommsen para a matéria, o relato de Paulo Mota Pinto: “Coube a Mommsen recolher a semente atirada por Savigny e fazê-la frutificar na teoria da impossibilidade da prestação” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 160). O autor prossegue: “Mommsen questionava-se, porém, se uma tal nulidade [decorrente da impossibilidade originária da prestação] afastaria a obrigação de indenização, e respondeu negativamente a esta questão, fundamentando a resposta com uma formulação geral da distinção entre o interesse no cumprimento e o interesse em não ser enganado sobre a coisa. A obrigação de indenização é perfeitamente compatível com a nulidade da obrigação, sendo, porém, o objeto da indenização diverso: nas obrigações válidas seria ‘o interesse que o credor tem no cumprimento do contrato’; no caso de obrigações nulas, ‘o interesse que o credor tinha em não ser enganado sobre a verdadeira constituição da prestação’” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 162-163).

⁵² A destacar o caráter paradigmático da obra de Jhering na presente matéria, v. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 166 e ss. O autor assevera: “Não pode, com efeito, ignorar-se que a distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo foi associada desde o início, logo por Jhering, à existência, ou não, de uma vinculação negocial válida. Como veremos, a ‘descoberta jurídica’ da *culpa in contrahendo* foi, simultaneamente, também a ‘descoberta’ da noção de interesse contratual negativo, uma noção que Jhering situava, não na hipótese ou *Tatbestand*, mas na estatuição, como designação para a consequência jurídica da *culpa in contrahendo*, e que ligava ao fato de o contrato não ser válido, contrapondo-se desta forma à de ‘interesse contratual positivo’” (Ibid., p. 14). V., ainda, FRITZ, Karina Nunes. *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht*, cit., item A.III.2.1.

⁵³ JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, cit., *passim*.

⁵⁴ “O interesse do comprador pode ser pensado de duas maneiras: segundo uma delas, como o interesse na manutenção do contrato, ou seja, no cumprimento – aqui o comprador receberia em um equivalente em dinheiro tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato; diversamente, como um interesse na não conclusão do contrato – aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de

auferido caso o contrato se reputasse válido e fosse regularmente cumprido. No segundo cenário, o credor haveria de receber as vantagens que teria auferido se não houvesse confiado na celebração regular do contrato. O primeiro interesse – positivo – teria como fundamento a validade, ao passo que o segundo interesse – negativo – teria como fundamento a invalidade.⁵⁵ A autonomização do interesse negativo serviria, assim, à tutela dos danos sofridos pelo contratante em razão da ausência de formação válida do contrato, em oposição aos danos relacionados ao descumprimento de um contrato validamente constituído.⁵⁶

A formulação de Jhering se pauta, então, em uma associação entre o interesse negativo e a responsabilidade pré-contratual, de um lado, e o interesse positivo e a responsabilidade contratual deflagrada pelo inadimplemento, de outro lado.⁵⁷ Somente a noção de interesse contratual negativo serviria a explicar satisfatoriamente a quantificação da indenização calculada sem base em um contrato válido e eficaz.⁵⁸ Tal linha de entendimento, largamente difundida, repercute ainda na doutrina contemporânea, no sentido de uma (quase automática) associação entre interesse negativo e responsabilidade pré-contratual.⁵⁹

todo verificado” (JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, cit., p. 16. Tradução livre do original).

⁵⁵ “O interesse do primeiro tipo [positivo] tem como fundamento a validade, e o do segundo [negativo] a invalidade do contrato. Só na medida em que o contrato é válido pode o reclamante exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento” (JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, cit., p. 16-17. Tradução livre do original).

⁵⁶ “O interesse negativo foi, nesta concepção, associado à inexistência de uma vinculação negocial, servindo frequentemente para marcar a separação entre as consequências indenizatórias em caso de invalidade, de informações erradas na conclusão do contrato, por um lado, e de inexecução ou de não cumprimento, por outro” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 14-15). Para uma análise crítica das formulações concebidas em doutrina acerca da proposição de Jhering, remete-se a TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella *culpa in contrahendo*, cit., p. 170 e ss.

⁵⁷ Sintetiza-se: “Foi, em essência, a partir a dicotomia entre validade vs. invalidade que se apresentou um duplo direcionamento dos danos: de um lado, poderia haver interesse na manutenção do contrato, ou seja, no cumprimento, o que pressupunha a existência e validade do pacto; por outro, poderia haver interesse na não conclusão do contrato, o qual se ligava à invalidade do contrato. Apenas por razões de síntese, como expressamente afirmou Jhering, o primeiro foi denominado interesse contratual positivo e, o segundo, interesse contratual negativo” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 39). Para um desenvolvimento da questão atinente à associação entre interesse contratual negativo e responsabilidade pré-contratual, remete-se a TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990, *passim*.

⁵⁸ Veja-se, ao propósito, o relato fornecido por TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 16, n. 1, jan.-jun./2018, p. 184-185.

⁵⁹ Assim já relatava LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo). *Contratto e Impresa*, 1988, p. 793. A ilustrar o quanto exposto, veja-se a associação, empreendida pela doutrina dedicada aos contratos preliminares, entre interesse contratual negativo e responsabilidade pré-contratual: “Observe-se que (...) o inadimplemento do contrato preliminar permite que as partes possam requerer a execução específica do ajuste ou, quando isso não for possível ou desejado pelo credor, requerer a indenização pelas perdas e danos correspondentes àquilo que ele obteria caso tivesse sido firmado o contrato (isto é, os interesses positivos). No *iter* de formação do contrato, existindo o contrato preliminar, vai-se além do que a parte obteria caso houvesse a ruptura injustificada das tratativas, em que, não havendo obrigação contratual, as partes podem requerer a indenização equivalente ao interesse negativo, isto é, às perdas relativas ao fato de terem-se engajado em tratativas frustradas” (BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017, p. 52, nota de rodapé n. 92). A aludida associação, se posta em termos absolutos, parece decorrer, contudo, de uma confusão conceitual entre as modalidades de interesses e as espécies de responsabilidade civil: “A associação entre o interesse contratual negativo, por um lado, e a *culpa in contrahendo*, ou a responsabilidade pré-contratual, por outro, levou, mesmo, a que as designações fossem

A partir do cotejo dessas breves anotações históricas com a já analisada teoria da diferença, pode-se depreender que a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo versa, fundamentalmente, sobre a caracterização do cenário hipotético de comparação relevante para a individualização do dano indenizável e para a correlata liquidação da indenização.⁶⁰ O interesse corresponde, nessa ordem de raciocínio, à relação entre a vítima (ou, mais especificamente, entre o seu estado patrimonial efetivo posterior ao dano) e uma certa situação patrimonial que haveria de se verificar na hipótese de ausência do evento lesivo.⁶¹ Tal situação hipotética variará conforme se busque conduzir a vítima ao estado em que estaria caso o contrato houvesse sido regularmente cumprido ou ao estado em que estaria caso jamais houvesse depositado confiança e se comprometido com a celebração do específico contrato.⁶² Fala-se em interesse contratual positivo, no primeiro caso, e em interesse contratual negativo, no segundo.

O interesse positivo, frequentemente também referido como *interesse no cumprimento*, corresponde, portanto, ao prejuízo suportado pelo credor em razão da ausência de adimplemento do devedor.⁶³ Pautar-se-ia a indenização, então, pela medida necessária para colocar o lesado na exata situação em que haveria de se encontrar caso se houvesse verificado o regular adimplemento do contrato por parte do devedor.⁶⁴ O interesse negativo, por sua vez, diz respeito ao dano suportado pela

frequentemente confundidas, e que, sobretudo quando a exigência de culpa passou a ser abertamente posta em causa, se tratasse das respectivas hipóteses também sob aquela primeira designação: o 'interesse contratual negativo' era, então, a designação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual" (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. I, p. 15). Para uma abordagem propositiva de exceções à regra que exclui o ressarcimento do dano medido pelo interesse positivo no âmbito da responsabilidade por ruptura injustificada das tratativas, v. AFFERNI, Giorgio. *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità. Danno e Responsabilità*, n. 5, 2009, p. 476 e ss.

⁶⁰ Assim também conclui PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 866.

⁶¹ Os atributos *positivo* e *negativo* não se referirão, por certo, à relação propriamente dita, mas sim ao termo hipotético de comparação, como adverte Paulo Mota Pinto: "É claro que não é a relação que é positiva ou negativa em si mesma, mas o termo objetivo a que se refere. É antes essa situação hipotética que é construída fundamentalmente considerando a adição de fatos – hipótese positiva – ou a abstração deles – hipótese negativa –, designando-se o interesse nestas hipóteses como positivo ou negativo" (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 867, nota de rodapé n. 2.423).

⁶² "A distinção entre interesse negativo e interesse positivo depende, assim, da caracterização do termo hipotético de comparação relevante para o apuramento do dano, e, concretamente, de esse termo hipotético ser obtido fundamentalmente pela adição de um elemento (interesse positivo) ou pela abstração de algo que aconteceu (interesse negativo)" (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 868).

⁶³ "Assim sendo, a indenização do interesse positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exatamente cumprido, reconduzindo-se aos prejuízos que decorreram do não-cumprimento definitivo do contrato, ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso" (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, cit., v. V, t. II, p. 329). Acerca da definição de interesse positivo, v., ainda, FRITZ, Karina Nunes. *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht*, cit., item A.III.2.1.

⁶⁴ "O 'interesse positivo' – também conhecido como 'interesse no cumprimento' ou, ainda, por 'dano positivo' – é o que resulta, para o credor, do cumprimento exato do contrato. A indenização do interesse positivo destina-se, então, a colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido da maneira correta (...)" (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 126). Na mesma linha de sentido, afirma-se: "A indenização pelo interesse positivo tem como objetivo conduzir o lesado a uma situação positiva em relação ao contrato, ou seja, aquela em que estaria se o contrato (que serve como termo de comparação) tivesse sido integral e adequadamente cumprido. Isso pressupõe garantir a ele a vantagem que esperava obter houvesse havido o integral cumprimento contratual. Dirige-se, portanto, a um *status ad quem* e não propriamente à volta ao estado anterior, pois ao credor é conferido algo que não chegou a possuir antes" (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 199). V., ainda, TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula*

vítima por ter depositado confiança na seriedade das tratativas, na validade da declaração de vontade, nos poderes de representação do autoproclamado representante, ou em outra circunstância que igualmente denote, enfim, um dano sofrido pela celebração do contrato.⁶⁵ A tutela do interesse negativo justifica, portanto, que a indenização conduza a vítima à situação em que estaria caso não houvesse confiado ou se vinculado à específica relação contratual.⁶⁶

No intuito de se evitarem confusões conceituais, cumpre esclarecer que não há uma associação necessária entre interesse negativo e dano emergente, de um lado, ou entre interesse positivo e lucros cessantes, de outro.⁶⁷ Com efeito, qualquer das duas modalidades de interesse contratual afigura-se, em princípio, compatível com ambas as espécies de dano patrimonial.⁶⁸ A diferença haverá de residir, por certo, na situação patrimonial hipotética configurada para fins de comparação. De uma parte, se o parâmetro for a hipótese de ausência de celebração do contrato (interesse negativo), a indenização deverá ser calculada com base (i) nos prejuízos efetivos sofridos por confiar na contratação que viria a se revelar frustrada por culpa do co-contratante (danos emergentes – ex.: despesas em geral para a preparação e celebração do contrato, tais como custas para a lavratura de escritura pública ou para a contratação de laudo pericial na fase das tratativas)⁶⁹ e (ii) naquilo que o

resolutiva expressa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200.

⁶⁵ “(...) o interesse negativo aponta para a situação em que o credor se encontraria se não tivesse celebrado o contrato, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas, seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pela não-ocorrência de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não-cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc.” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, cit., v. V, t. II, p. 329-330). V., ainda, CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 216.

⁶⁶ “Ao interesse positivo se contrapõe o interesse negativo, correspondente ao dano sofrido com a celebração do contrato. O lesado deve, nesses termos, ser colocado na situação em que estaria caso o contrato não tivesse sido celebrado, sendo-lhe ressarcidas as despesas realizadas para a conclusão do negócio e tornadas inúteis, bem como os lucros que perdeu por ter desviado seus recursos e sua atividade de outras aplicações, de outros contratos, para celebrar o contrato inadimplido” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 201). V., ainda, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 127; e STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 234 e ss.

⁶⁷ “A distinção, cuja origem remonta ao Direito Romano, não se confundir com a classificação dano emergente-lucro cessante, pois ambos os interesses, o de cumprimento [positivo] e o de confiança [negativo] podem compreender tanto o dano emergente quanto os lucros cessantes” (POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción, cit., p. 20. Tradução livre do original). Assim também esclarece Judith Martins-Costa, ao ressaltar a compatibilidade do interesse negativo com a categoria dos lucros cessantes: “Não há identidade entre ‘interesse negativo’ e ‘lucro cessante’. (...) o interesse negativo inclui não só diminuições de valores existentes suportadas pelo lesado com os preliminares do contrato e a sua ruptura, mas, por igual, com os benefícios que deixou de obter (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, cit., v. V, t. II, p. 330). No mesmo sentido, v. CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 217; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 167; e GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Interesse contratual positivo e negativo: reflexões sobre o inadimplemento do contrato e indenização do interesse contratual positivo. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, mar.-jun./2019, p. 16.

⁶⁸ “Com efeito, a distinção entre o interesse positivo e o negativo não se presta a limitar a indenização mediante o confinamento das rubricas indenizáveis em cada hipótese. Assim, tanto a indenização devida pelo interesse positivo como pelo interesse negativo abrangerá (potencialmente) danos emergentes e lucros cessantes. Como se tem afirmado, servem elas para instrumentalizar a composição das perdas e danos” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 198).

⁶⁹ Vejam-se outros exemplos enunciados pela doutrina: “Doutrina e jurisprudência arrolam, exemplificativamente, despesas que se incluem no âmbito do interesse negativo: num caso de campanha publicitária, os gastos com gravações, contratação de atores, honorários de artistas, projetos, etc., também o aluguel de armazéns, de navios, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descurado de providenciar a acomodação em outro lugar das mercadorias necessárias (...)” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo

contratante não culpado razoavelmente deixou de lucrar por confiar na contratação (lucros cessantes – ex.: vantagens que adviriam de outros contratos dos quais o contratante vitimado precisou abrir mão em razão de cláusula de exclusividade no contrato concretamente celebrado).⁷⁰ De outra parte, se o parâmetro for a hipótese de cumprimento regular do contrato (interesse positivo), a indenização deverá ser calculada com base (i) nos prejuízos efetivos causados pelo inadimplemento (danos emergentes – ex.: honorários advocatícios para a postulação judicial do cumprimento do contrato) e (ii) naquilo que o contratante não culpado razoavelmente deixou de lucrar em razão do inadimplemento (lucros cessantes – ex.: vantagens que o contratante auferiria a partir da revenda, a um terceiro, dos bens não entregues pelo contratante inadimplente).

Ao amplo consenso em torno da definição se contrapõe a acesa controvérsia sobre a possibilidade ou não de a indenização se pautar pelo critério do interesse positivo. Tal controvérsia se verifica tanto a respeito da responsabilidade pré-contratual – *locus* originário do seu desenvolvimento –⁷¹ quanto a respeito da reponsabilidade contratual, destacando-se que a essa última (mais especificamente, à hipótese de resolução) se limitará a análise, em atenção ao escopo do presente estudo.⁷²

Código Civil, cit., v. V, t. II, p. 331-332). Ao propósito da composição do interesse negativo pelas despesas com a contratação, remete-se, ainda, a MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo IV, cit., p. 166-167; e POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción, cit., p. 19.

⁷⁰ “Assim sendo, o interesse negativo consiste naquele que teria tido o prejudicado se a conduta do outro partícipe das negociações não tivesse despertado nele a confiança na conclusão do contrato, confiança em razão da qual o prejudicado antecipou despesas, com vistas à sua execução, ou deixou de auferir vantagem certa” (MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil, cit., v. V, t. II, p. 331). A autora arremata: “De modo sintético afirma-se integrarem o interesse negativo todos os gastos realizados tendo em vista a legítima expectativa de realizar o futuro contrato” (Ibid., p. 332). Para o desenvolvimento da possibilidade (e das correlatas dificuldades probatórias) de composição dos lucros cessantes pelas oportunidades alternativas perdidas em razão da confiança na celebração regular do contrato, remete-se a STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 248 e ss.

⁷¹ Parece prevalecer, na esteira da formulação originária de Jhering, a rejeição à tutela do interesse positivo no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, ao argumento da incompatibilidade desse interesse com a hipótese de ausência de formação de um negócio jurídico válido e eficaz. Veja-se, nessa linha de sentido: “Na responsabilidade pré-contratual, exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não devem referir-se ao inadimplemento de um contrato que nunca fora concluído; na resolução, exclui-se da indenização o interesse positivo porque o credor não pode pretender, ao mesmo tempo, dissolver a relação, com a volta do *status quo* anterior e, ainda, pleitear o lucro do negócio resolvido” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 139). Em enfrentamento crítico à exclusão apriorística do interesse contratual positivo da seara da responsabilidade pré-contratual, afirma-se: “O interesse positivo é visto, nos casos de responsabilidade contratual, como um interesse no cumprimento (designadamente, dos deveres de prestação principal, mas não só), mas inclui, também, o interesse no surgimento de uma vinculação válida e eficaz – o interesse na produção de certos efeitos jurídicos –, sendo neste último sentido que releva na responsabilidade pré-contratual. Assim, por exemplo, se caso tivesse sido fornecida a informação correta sobre a necessidade legal de forma para o contrato, este, que não a observou, tivesse sido concluído com os requisitos formais, e, portanto, validamente, a consequência do evento lesivo (violação do dever de informação) não é apenas a criação de uma confiança na conclusão de um contrato válido, mas antes, de forma decisiva para os interesses do lesado, o fato de não ter sido concluído validamente um contrato que o teria sido sem o evento lesivo. (...) Tal noção ampla é aceite na doutrina, como mostra, aliás, a discussão sobre a opção entre o ressarcimento do interesse negativo ou do interesse positivo na responsabilidade pré-contratual” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 873-874).

⁷² Embora a responsabilidade pré-contratual tenha sido o *locus* originário de desenvolvimento da distinção entre interesse negativo e positivo, em razão do esforço de Jhering para explicar a indenizabilidade apenas do interesse negativo nas hipóteses de *culpa in contrahendo*, o estudo do interesse contratual não se limita às hipóteses de não conclusão do contrato. Nesse sentido, a destacar a sua utilidade para a responsabilidade civil

No âmbito da responsabilidade contratual, identifica-se, em doutrina, uma disseminada proposta de diferenciação das hipóteses conforme a natureza do remédio⁷³ adotado pelo credor diante do inadimplemento do devedor – se a resolução ou a execução específica.⁷⁴ Discute-se, assim, qual deveria ser o critério para a liquidação do *quantum* indenizatório em cada cenário promovido pelo credor vitimado.⁷⁵ Na hipótese de definição (não raramente entendida como *opção* do credor)⁷⁶ pela execução específica, parece não haver maior resistência à operatividade do interesse positivo, em razão de esse remédio posto a benefício do credor vitimado pelo inadimplemento relativo implicar precisamente a manutenção do vínculo entre os contratantes.⁷⁷

na resolução contratual por inadimplemento, afirma-se: “O sucesso da teorização, cujo eco possivelmente nem Jhering poderia antever, é dentre outros motivos compreensível pelo fato de que a distinção dos *interesses* desenvolve-se conjuntamente a temas centrais no Direito das Obrigações. A sua história e o seu desenvolvimento confundem-se com as transformações havidas nesse ramo no Direito, pois conferem respostas às hipóteses lesivas nele abrangidas. Com efeito, e para além da dicotomia entre *validade* e *invalidade* – acompanhando a evolução do tratamento da *culpa in contrahendo* – esse par de conceitos é útil à definição da relação jurídica de reparação dos danos patrimoniais que ocorrem em todo o *iter* negocial. Abrangem, portanto, as hipóteses de *não formação do contrato*, de *formação inválida ou ineficaz* bem como de *descumprimento contratual*” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 21. Grifos no original). V., ainda, PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, cit., v. I, p. 12.

⁷³ Para uma análise da relevância da perspectiva remedial, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, a. 20, v. 98, mar.-abr./2019, *passim*.

⁷⁴ Registre-se, por oportuno, que alguns autores sustentam a existência de uma terceira opção, denominada execução pelo equivalente como alternativa à resolução no âmbito dos remédios destinados a atuar diante do inadimplemento contratual absoluto. Ao propósito, v., por todos, TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 18, out.-dez./2018, *passim*; ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, v. 942, abr./2014, item 3.C; e STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 344 e ss.

⁷⁵ Registre-se, por oportuno, que no cenário atual não há dúvida sobre a possibilidade de cumulação da resolução contratual com a indenização das perdas e danos, como se depreende inequivocamente da própria redação do art. 475 do Código Civil: “Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Ao propósito, v., por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. V, t. II, p. 321 e ss. A ilustrar a ampla admissibilidade da cumulação da resolução com a indenização ainda sob a égide do Código Civil de 1916, v., por todos, GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 176. A dúvida atualmente reside, portanto, em se definir qual o critério para calcular essas perdas e danos quando pleiteadas cumulativamente com a resolução.

⁷⁶ A reprodução do termo *opção*, amplamente difundido na práxis – muito em razão da equivocada impressão que se costuma extrair da redação do art. 475 do Código Civil brasileiro – não deve afastar o leitor da necessária análise crítica sobre os remédios e seus respectivos suportes fáticos, como já se pôde sustentar: “(...) as medidas em comento (resolução e execução específica) não podem ser postas alternativamente à disposição do lesado, em decorrência da constatação basilar acerca da impossibilidade de verificação simultânea do inadimplemento absoluto e da mora (inadimplemento relativo). Reconhecido que ambas as espécies de inadimplemento se distinguem fundamentalmente com base na subsistência ou não do interesse útil do credor, não parece possível admitir a atribuição simultânea este, em caráter alternativo, das pretensões de resolução e de execução específica da obrigação. Em realidade, enquanto subsistir o interesse útil do credor, estar-se-á diante de inadimplemento relativo e caberão, conforme cada caso, as técnicas de execução específica da obrigação; por outro lado, quando se verificar a perda do interesse útil do credor (correspondente ao descumprimento que afete a causa contratual em concreto), restará configurado o inadimplemento absoluto e assistirá ao credor a faculdade de pleitear a resolução do contrato” (SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, v. 16, n. 2, abr.-jun./2017, p. 315-316). Em semelhante perspectiva crítica, a rejeitar a enunciação de uma *opção* do credor entre exigir o cumprimento da prestação e postular a resolução contratual, v. STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 343-344.

⁷⁷ “Por conseguinte, na chamada ação de cumprimento, na qual o contratante, longe de enjeitar a prestação do parceiro, porque a mesma perdeu a sua utilidade (...), pretende havê-la, nasce do inadimplemento pretensão a

Diversa seria, segundo a linha de sentido sob exame, a hipótese de definição pela resolução contratual, em razão da alegada incompatibilidade entre os denominados efeitos liberatório e restitutivo da resolução,⁷⁸ de um lado, e a tutela do interesse positivo, de outro lado. Explica-se: como a resolução promove a liberação dos deveres prestacionais (efeito liberatório) e propicia – ressalvadas situações particulares – o retorno das partes ao estado anterior à celebração do contrato (efeito restitutivo), a corrente de raciocínio ora examinada afirma que não faria sentido pautar a tutela indenizatória no interesse do credor *no cumprimento* do contrato.⁷⁹ Com a dissolução do contrato e a exoneração do próprio contratante adimplente, não se lhe poderiam outorgar as vantagens que adviriam do cumprimento do contrato que, como afirmado por parte da doutrina, “por definição, inexistem”.⁸⁰ O

perdas e danos. Não há dúvida, em tal hipótese, de que o dano aqui tutelado provém de um interesse positivo. Em outras palavras, e procurando sintetizar a ideia, além da própria prestação, as perdas e danos visam colocar o parceiro fiel e inocente naquela situação em que se encontraria caso o contrato tivesse sido cumprido no 'modo e tempo devidos'. Abrange, pois, a vantagem que a prestação pontual traria para o parceiro” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, cit., p. 123). No mesmo sentido, v., por todos, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXIX. Atual. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 470-471; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 126-127; e GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Interesse contratual positivo e negativo, cit. p. 8. Semelhante conclusão é alcançada no âmbito da doutrina que pugna pelo reconhecimento da execução pelo equivalente como alternativa à resolução no âmbito do inadimplemento absoluto. Ao propósito, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução, cit., p. 69-72.

⁷⁸ Para uma análise dos denominados *efeitos da resolução contratual*, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas de não restituir versus cláusulas de não indenizar: perspectivas de delimitação dogmática a partir de uma análise funcional dos efeitos da resolução contratual. *Revista IBERC*, v. 2, n. 1, jan.-abr./2019, p. 7 e ss., ocasião em que se pôde fazer uma ressalva conceitual especificamente sobre o denominado *efeito ressarcitório* (ou *reparatório*): “Com efeito, sem embargo do mérito didático da formulação tradicional que enuncia o ressarcimento como efeito da resolução contratual, não parece haver efetiva relação de causa e efeito na hipótese. Em realidade, talvez seja mais consentâneo com o sistema brasileiro reconhecer que o denominado ‘efeito ressarcitório’ não traduz autêntica consequência da resolução contratual, mas sim do ilícito contratual – a configurar inadimplemento relativo ou absoluto, respectivamente, conforme se preserve ou não o interesse útil. Precisamente em razão dessa percepção – a afastar a associação automática entre resolução e restituição – é que se reconhece amplamente a possibilidade de configuração de perdas e danos mesmo na hipótese de mora, conforme expressamente estabelecido pelo artigo 395 do Código Civil” (Ibid., p. 18).

⁷⁹ Nessa linha de sentido, Judith Martins-Costa afirma ser “(...) inconcebível que na resolução (que é a extinção do contrato, com a volta ao *status quo*) o credor receba, além da volta ao estado anterior, o que faria jus em razão do cumprimento contratual. As perdas e danos, nessa hipótese, se cabíveis, estão cingidas ao interesse negativo” (MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. 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 (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 562-563).

⁸⁰ A passagem remonta à lição de Araken de Assis: “Efetivamente, colocar o parceiro lesado ‘na situação em que se encontraria caso o contrato se tivesse exaurido pelo cumprimento’, representa, às escâncaras, grave incongruência lógica. Se o contrato se dissolveu, nem há a prestação do parceiro infiel, como chegar a este resultado? De que modo e a que título se concederá ao não inadimplente as vantagens do contrato, se o contrato, por definição, inexistem?” (ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato, cit., p. 125). O autor prossegue: “Se ele contratar outra vez, obterá dupla vantagem, ou seja, ao seu patrimônio se integrariam a vantagem do contrato originário - desfeito sem atingir seu objetivo de intercâmbio patrimonial - e o lucro do novo contrato?!” (Ibid., p. 125). A esse último questionamento retórico parece se impor, à luz do raciocínio proposto no presente estudo, resposta afirmativa, com algumas relevantes ressalvas. O caráter afirmativo da resposta se justifica pela percepção de que eventual lucro auferido a partir de segundo contrato possivelmente não guardará qualquer vinculação com a manutenção ou extinção do primeiro contrato. A enunciação de ressalvas, por sua vez, se justifica (i) pelo imperativo de abatimento do valor da contraprestação a cargo do contratante não inadimplente (ponto ao qual se retornará na sequência deste estudo), bem como (ii) pela possibilidade de o lucro porventura auferido a partir do segundo contrato somente ter sido propiciado pelo desfazimento do contrato anterior – como poderia ocorrer, por exemplo, caso o contrato resolvido contivesse ajuste de exclusividade. Se configurado um tal cenário fático, razões de ordem lógica conduzirão à conclusão de

interesse positivo resultaria, em suma, incompatível com a dissolução contratual promovida pelo remédio resolutorio.⁸¹ A resolução somente seria cumulável, à luz desse raciocínio, com o interesse negativo para a delimitação das perdas e danos.⁸²

A alegada incompatibilidade talvez se possa considerar, contudo, meramente aparente – ou, como já afirmado em doutrina, “um falso problema”.⁸³ Justifica-se, com efeito, a revisitação dos argumentos com que a mencionada linha de entendimento busca fundamentar a rejeição da tutela do interesse positivo no contexto da resolução contratual. Parece subjazer à referida formulação uma inadequada colocação de duas relevantes questões conceituais e intimamente relacionadas entre si: de uma parte, nota-se certa confusão conceitual sobre a própria enunciação da *teoria da diferença*; de outra parte, percebe-se certa confusão conceitual entre dois dos denominados efeitos da resolução – o *restitutório* e o *reparatório*. Passa-se a uma análise individualizada de cada uma dessas questões.

No que tange ao primeiro ponto, há de se lembrar, uma vez mais, que a teoria da diferença pugna essencialmente por uma comparação entre duas situações patrimoniais atuais. Frise-se: tanto a situação patrimonial real/efetiva quanto a situação patrimonial hipotética são atuais, e não pretéritas. Esse traço comum da atualidade parece, todavia, não restar claramente identificado no âmbito das formulações teóricas⁸⁴ que aludem – notadamente na seara da responsabilidade contratual (e não aquiliana) – a uma ideia de conduzir a vítima à situação em que estaria se o contrato não houvesse sido celebrado.⁸⁵ Tal ideia de recondução a um estado pretérito, contudo, definitivamente não corresponde à formulação da situação patrimonial hipotética nos termos da teoria mommseniana da diferença.

que a situação patrimonial hipotética deverá ser integrada ou bem pelas vantagens que adviriam do cumprimento do contrato resolvido (“hipótese 1”), ou bem pelas vantagens que já se sabe terem advindo do cumprimento do segundo contrato (“hipótese 2”). Na hipótese 1, a comparação entre as situações patrimoniais poderá revelar a existência de dano a ser indenizado, desde que as vantagens esperadas pelo cumprimento do contrato resolvido superem as vantagens efetivamente auferidas a partir do segundo contrato. Já na hipótese 2, a comparação entre as situações patrimoniais tenderá a revelar a inexistência de dano a ser indenizado.

⁸¹ “De fato, se o credor optar pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio (...). A resolução libera o credor do vínculo contratual, possibilitando que ele retorne ao mercado em procura de outro parceiro negocial, mais adequado aos seus interesses” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 133-134). No mesmo sentido, v. ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto, cit., item 3.C; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 201.

⁸² Nesse sentido, v., por todos, POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción, cit., p. 21. Afirma-se ser essa a corrente majoritária no âmbito da doutrina francesa, segundo o relato de GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007, p. 732 e ss.

⁸³ “Defende-se, portanto, haver um ‘falso problema’ de incompatibilidade da cumulação da resolução com a indenização do interesse positivo (...)” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 367).

⁸⁴ Ressalve-se, por oportuno, a clareza da exposição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a demonstrar a atualidade da situação hipotética de comparação também no interesse negativo: “A indenização pelo interesse negativo há de repor o lesado na situação em que estaria hoje, não tivesse contado com a eficácia do contrato” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 267).

⁸⁵ A ilustrar a recorrente associação entre o efeito reparatório e a ideia de retorno ao estado anterior, veja-se: “O efeito ressarcitório não se confunde, por conseguinte, com o efeito restitutivo: ambos operam em esferas diferentes, mas complementares, de modo que somente sua atuação concomitante é capaz de conduzir as partes, efetivamente, ao estado anterior à celebração do contrato, como pretende a resolução” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 200). A autora prossegue: “A indenização deve, então, atuar na mesma direção e conduzir o credor à situação patrimonial em que estaria se não tivesse concluído o contrato (interesse negativo)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 202).

A confusão conceitual sobre a enunciação dessa situação patrimonial hipotética se apresenta, portanto, como uma possível origem da rejeição rígida à indenização pelo interesse positivo cumulativamente com a resolução contratual. Haveria, tal como aventado pela referida linha de entendimento, um contrassenso ao se admitir a tutela do interesse positivo do credor que postulasse a resolução contratual, uma vez que essa vítima restaria (re)conduzida tanto à situação em que estaria caso o contrato não houvesse sido celebrado (do que decorreria a restituição das prestações pagas) quanto à situação em que estaria caso o contrato (válido e eficaz) houvesse sido regularmente adimplido (do que decorreria a indenização dos lucros cessantes e das despesas que não teria efetuado para a cobrança do crédito).⁸⁶

Tal ordem de raciocínio se relaciona intimamente com o segundo ponto ora sinalizado como possível origem da rejeição à admissibilidade do interesse positivo no âmbito da resolução contratual. Trata-se, como adiantado, de uma malversação das problemáticas usualmente agrupadas sob a alcunha de efeitos da resolução, especificamente quanto aos denominados efeitos restitutivo e reparatório. A linha de pensamento contrária à cumulação entre interesse positivo e resolução contratual vislumbra uma incompatibilidade entre a restituição das prestações (decorrência do denominado efeito restitutivo) e a condução da vítima à situação hipotética em que estaria caso o contrato houvesse sido regularmente cumprido (decorrência da tutela do interesse positivo no âmbito do denominado efeito reparatório). Em outras palavras, o ideal de retorno das partes ao estado anterior não se compatibilizaria com a tutela de uma situação que pressupõe (em termos hipotéticos) justamente o cumprimento de um contrato válido e eficaz.

Tais argumentos parecem não resistir, todavia, a uma análise funcional dos denominados efeitos da resolução. No que mais diretamente importa ao presente estudo, há de se reconhecer que os chamados efeitos reparatório e restitutivo visam a finalidades nitidamente distintas.⁸⁷ De uma parte, o efeito restitutivo (*rectius*: a deflagração do dever de restituir por ausência superveniente de título justificador da atribuição patrimonial, nos termos do art. 885 do Código Civil),⁸⁸ caso admitido nos extremos da eficácia *ex tunc*, visa a conduzir as partes ao *status quo ante*, i.e., à situação em que estariam caso o contrato não houvesse sido celebrado e não houvesse produzido efeitos – ou, ao menos, à situação anterior à ocorrência do inadimplemento contratual absoluto.⁸⁹ De outra parte, o efeito reparatório (*rectius*: a deflagração do dever de indenizar diante do ilícito contratual) visa a conduzir a vítima à situação em que estaria caso o contrato (válido e eficaz) não houvesse sido descumprido.⁹⁰

⁸⁶ Assim se colhe, por exemplo, da lição de MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual, cit., p. 564.

⁸⁷ Em semelhante linha de sentido, a destacar a autonomia e diversidade entre os efeitos liberatório, restitutivo e reparatório associados à resolução, v. STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 374 e ss.

⁸⁸ Para um desenvolvimento da hipótese de ausência superveniente de causa (no sentido de título jurídico justificador), no âmbito da disciplina do enriquecimento sem causa, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 196 e ss.

⁸⁹ Já se teve a oportunidade de afirmar: “Ao lado dos efeitos liberatório e ressarcitório, identifica-se o efeito restitutivo. Sem maior resistência, afirma-se em doutrina que a resolução contratual determina que as partes sejam conduzidas ao estado em que se encontrariam caso o contrato jamais houvesse sido celebrado” (SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 277).

⁹⁰ A propósito do efeito ressarcitório da resolução contratual, v., por todos, TERRA, Aline de Miranda Valverde.

A análise individualizada de cada um dos ditos efeitos da resolução revela que o objetivo de retorno a uma situação pretérita é característico do chamado *efeito restitutivo* (em razão da função própria da vedação ao enriquecimento sem causa), sem que isso impeça a discussão sobre o grau de retroatividade em cada caso (precisamente por tal razão é que se diferenciam, por exemplo, contratos de execução instantânea, de execução diferida e de trato sucessivo).⁹¹ Com efeito, somente a restituição promove um autêntico retorno ao *status quo ante* (sem que se desenvolva, nesta sede, a referida problemática atinente à limitação do denominado efeito retroativo da resolução).⁹² De tal percepção se depreende a imprecisão conceitual da formulação, consagrada na praxis, segundo a qual a *resolução* (e não apenas o correlato dever de restituição) importa “retorno dos figurantes ao estado anterior”.⁹³

O dever de indenizar deflagrado pelo ilícito contratual, por sua vez, não promove qualquer ideal de retorno a um estado anterior, mas sim de condução da vítima para uma situação hipotética

Cláusula resolutive expressa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 200 e ss.; e BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964, v. III, p. 411 e ss. Precisamente em razão da autonomia do efeito ressarcitório em relação ao efeito restitutivo, ressalta-se a sua cumulatividade: “(...) se ao lado do retorno ao estado anterior, o parceiro almeja obter indenização, cabe pedi-la cumulativamente ao pedido resolutorio. É exemplo de cumulação facultativa de ações, sob a forma de cúmulo sucessivo de pedidos” (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 144-145).

⁹¹ Nesse sentido, a diferenciar a atuação do efeito restitutivo no âmbito dos contratos de execução instantânea e no âmbito dos contratos de execução a trato sucessivo, v., por todos, na doutrina italiana, ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 10. ed. Padova: CEDAM, 2017, p. 523; e TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2016, p. 331; e, na doutrina brasileira, TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*, cit., p. 186-187; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 476. A referida linha de entendimento encontra-se expressamente consagrada no artigo 1.458 do *Codice Civile* italiano (ao propósito, v., por todos, SICCHIERO, Gianluca. *La risoluzione per inadempimento*: artt. 1453-1459. In: BUSNELLI, Francesco D. (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 671 e ss.) e no artigo 434, n. 2, do Código Civil português (ao propósito, v., por todos, CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. IV, pp. 340 e ss.).

⁹² “Ao efeito liberatório adere-se também a eficácia restitutória da resolução. (...) Entende-se, contudo, que apenas a liberação é que estará sempre presente na resolução, sendo a restituição um elemento eventual. E é apenas a restituição, quando existente, que se volta ao *status quo ante*, embora dela não se extraia nenhum conteúdo indenizatório direto. Não se poderia, de forma necessária, qualificar o sentido indenizatório respectivo da relação de liquidação a partir de um elemento eventual” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 365). Justifica-se, portanto, a adoção de cautela para com a recorrente afirmação, em caráter geral, de que a resolução opera efeitos retroativos. Veja-se, ilustrativamente: “A rigor, entretanto, o principal efeito da resolução é fazer com que as partes voltem ao estado anterior, recompondo, na medida do possível, seus patrimônios, como se o contrato jamais tivesse sido celebrado. A resolução opera, portanto, efeitos retroativos, e traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 137). Em realidade, tão somente o efeito restitutivo opera (dentro das condicionantes mencionadas) em uma lógica retroativa, ao passo que o efeito reparatório opera à luz da comparação entre situações patrimoniais atuais – uma atual e outra hipotética, mas ambas presentes.

⁹³ A formulação remonta à lição de ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato, cit., p. 126. Em semelhante linha de sentido, a associar à resolução “(...) seu efeito típico de gerar a volta ao estado anterior à contratação – como se o contrato não houvesse sido firmado”, v. MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual, cit., p. 565. A autora prossegue: “Para a melhor compreensão deste ponto é preciso ter em mente o mecanismo resolutorio, fundado na ficção do ‘como se’. Sendo efeito da resolução a obrigação de restituir e amparando-se essa figura (por conta da retroatividade) na ficção da volta ao estado anterior, como se o contrato não tivesse existido, a questão é lógica: não pode o credor receber de volta o que pagou e, ainda, uma indenização cuja função seria a de substituir o cumprimento” (Ibid., p. 565). Veja-se, ainda: “A resolução põe fim retroativamente ao vínculo entre as partes e tudo se passa como se o contrato nunca tivesse sido celebrado. A tutela jurídica, agora, é voltada a restabelecer a situação em que as partes se encontravam antes de concluir o negócio” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto, cit., item 3.C).

atual.⁹⁴ Embora hipotético, o cenário de comparação para a liquidação das perdas e danos com base na teoria da diferença é sempre um cenário atual – constatação válida tanto para a formulação mommseniana originária quanto para a revisitação ora propugnada. A simplicidade do raciocínio se ilustra pela indenizabilidade dos lucros cessantes: seja com referência ao interesse positivo, seja com referência àquele negativo, a indenização dos lucros cessantes pretende justamente levar a vítima à situação patrimonial hipotética atual (e não pretérita) em que estaria caso não verificasse o evento danoso.

Quer-se com tais considerações demonstrar que a possibilidade de cumulação do interesse positivo com a resolução contratual é conclusão diretamente decorrente da autonomia conceitual e funcional entre o dever de indenizar e o dever de restituir passíveis de verificação por ocasião da resolução contratual.⁹⁵ Não se vislumbra, assim, razão para uma associação imediata entre a resolução contratual e a consideração do interesse negativo. Com efeito, a adoção do remédio resolutorio não reclama – antes impossibilita – a aferição da indenização com base no interesse negativo. Integra tal conclusão, por certo, o imperativo de abatimento da contraprestação para o cálculo da indenização pelo interesse positivo, por não se admitir a postulação de uma vantagem decorrente do cumprimento do devedor se o próprio credor não houver cumprido sua contraprestação.⁹⁶ O exemplo hipotético enunciado

⁹⁴ Nesse sentido, em crítica ao predomínio da tese que pugna pelo cabimento apenas da indenização pelo interesse negativo no âmbito da resolução contratual, afirma-se: “Há, porém, que ter em conta que, nos próprios termos do Código Civil, a retroatividade da resolução é prevista apenas enquanto não contrariar a finalidade – no caso, intimamente ligada ao fundamento – dessa forma de cessação dos efeitos do contrato, existindo já outros exemplos de limitação do efeito *ex tunc* (...). A argumentação com base na eficácia retroativa passa também ao lado dos fundamentos substanciais (não só da resolução como) da atribuição de uma indenização ao credor, e da ligação entre o ‘evento que obriga à reparação’ e a medida do dano – a não ser que se veja a própria conclusão do contrato ou a criação da confiança no seu cumprimento (posição que, porém, rejeitamos, além do mais por não existir aqui qualquer ilicitude como por a resolução ser resultado de opção do próprio credor, e por tal argumentação deslocar o problema da responsabilidade contratual para o terreno da responsabilidade *in contrahendo*)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1701-1702).

⁹⁵ “(...) em ambas as pretensões – indenizatória e restitutória – está em causa a ‘correção’ de ‘perturbações na repartição’, e, portanto, pretensões com uma finalidade de ‘igualação’ (*Ausgleich*). Todavia, essas pretensões distinguem-se na sua orientação teleológica típica, e, consequentemente, na sua medida, já que, enquanto a pretensão indenizatória se orienta indubitavelmente (pelo dano, ou seja) pela situação do credor, as pretensões restitutórias orientam-se, se não apenas pela situação do devedor, que tem algo a restituir, pelo menos pela de ambos” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 971). O autor arremata: “Seja como for quanto a este problema, é, porém, certo que a obrigação de restituição se não tem de conter nos limites de um prejuízo ou dano” (Ibid., p. 973). A distinção conceitual e funcional entre as obrigações reparatórias e restitutórias é reconhecida, entre outros, por TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 204. Ao propósito da distinção entre a função restitutória da vedação ao enriquecimento sem causa em cotejo com a função reparatória da responsabilidade civil, seja consentido remeter, ainda, a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 102 e ss.

⁹⁶ A destacar a necessidade de abatimento do valor da contraprestação para a adequada delimitação do interesse positivo, afirma-se: “O interesse positivo é o interesse de cumprimento; corresponde ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido; é o acréscimo que o contratante, em caso de cumprimento da avença, auferiria com o valor da prestação, descontado o valor da contraprestação, e mais a vantagem decorrente da disponibilidade desse acréscimo, desde o dia previsto para o cumprimento até o da indenização” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 267). Em sentido semelhante, v. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXIX, cit., p. 471; e STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 380 e ss. Tal ordem de preocupação se assemelha à sustentada em matéria de liquidação dos lucros cessantes com base no abatimento das despesas operacionais que teriam sido suportadas pela vítima: Se a finalidade de toda a reparação de danos patrimoniais é, de fato, fazer com que o lesado não fique numa situação nem melhor nem pior do que a que estaria se não

na Introdução deste estudo ajuda a perceber tal circunstância, ao demonstrar que também no âmbito do interesse contratual positivo (e não só daquele negativo) pode ser devida a restituição a cargo de um dos contratantes, especialmente quando somente um deles houver recebido contraprestação, pois aí se estará diante de enriquecimento sem causa a deflagrar a correlata obrigação restitutória. O cenário hipotético de comparação se revela relevante, em suma, para definir a obrigação indenizatória, mas não (ao menos, não necessariamente) a obrigação restitutória.

Ressalve-se, por oportuno, que a possibilidade de atuação simultânea da disciplina restitutória (com a obrigação de cada parte restituir aquilo que houver auferido com base no contrato ora resolvido) e da disciplina reparatória pautada no interesse positivo (associado, como visto, ao imperativo de abatimento da contraprestação a cargo do contratante não inadimplente) não é idêntico, ao contrário do que se poderia supor, ao desfecho que haveria de resultar da parametrização do efeito reparatório pelo interesse negativo. Sem dúvida, não se ignora a possibilidade, ao menos em tese, de uma compensação matemática entre (i) o *crédito* do contratante inocente quanto ao recebimento do valor já pago (disciplina restitutória) e (ii) o *crédito* do contratante culpado quanto ao abatimento do valor da contraprestação a cargo do contratante inocente (no âmbito da disciplina reparatória pautada no interesse positivo). Tal percepção não permite, contudo, afirmar que o desfecho da indenização pautada no interesse positivo será sempre e necessariamente similar ao desfecho da indenização pautada no interesse negativo, justamente em razão da diversidade de situações patrimoniais hipotéticas para fins de comparação: no primeiro caso, importariam as vantagens que o contratante extrairia do cumprimento regular do contrato ora resolvido; já no segundo caso, importariam as vantagens que o contratante obteria se não houvesse confiado na celebração do contrato ora resolvido.

Não só a autonomia funcional entre as obrigações restitutória e reparatória, mas também a autonomia entre os interesses positivo e negativo fundamenta a conclusão ora propugnada. Como visto, os interesses, negativo e o positivo, diferenciam-se pela configuração da situação patrimonial a compor o cenário hipotético de comparação. No âmbito dessa distinção, viu-se que o interesse negativo

fosse o evento danoso, então o julgador terá que ter um cuidado especial com a reparação dos lucros cessantes, para não deixar de computar, no cálculo da indenização, eventuais despesas operacionais, bem como outros gastos que o lesado teria em condições normais. A despeito de sua aparente dificuldade, esta assertiva é perfeitamente justificável – e decorre do próprio conceito de lucro (faturamento menos despesa)” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., pp. 302-303). O imperativo de abatimento do valor da contraprestação por ocasião da fixação do *quantum debeatur* parece, aliás, estar no centro da preocupação da já referida corrente doutrinária que pugna pela incompatibilidade do interesse positivo com a resolução contratual. Veja-se, por exemplo, a preocupação externada por Judith Martins-Costa: “Este é um ponto capital: outorgar ao credor, no caso de desfazimento do vínculo, pela resolução, indenização pelo interesse positivo (isto é: o interesse de cumprimento) importaria em enriquecimento sem causa, pois o credor receberia o já pago e, cumulativamente, o lucro do negócio, podendo, ainda, retornar ao mercado e encontrar novo parceiro que oferecesse a chance de lucro almejada!” (MARTINS-COSTA, Judith. *Responsabilidade civil contratual*, cit., p. 564). A autora prossegue: “Tenha-se, pois, bem presente este ponto: se se indenizasse também o interesse positivo haveria incontornável incongruência lógica, bastando pensar em situações corriqueiras de compromisso de compra e venda: o compromitente ficaria com o imóvel mais o preço por ele pedido, e o compromissário ficaria sem o imóvel e desfalcado, em seu patrimônio, ainda de parte do preço” (Ibid., p. 566-567). Consinta-se, ainda, com a nova reprodução de expressiva passagem de Araken de Assis: “Se ele contratar outra vez, obteria dupla vantagem, ou seja, ao seu patrimônio se integrariam a vantagem do contrato originário – desfeito sem atingir seu objetivo de intercâmbio patrimonial – e o lucro do novo contrato?!” (ASSIS, Araken de. *Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato*, cit., p. 125).

corresponde à relação da vítima com a situação em que estaria caso não houvesse confiado na celebração de um contrato válido e eficaz (ou mesmo na seriedade das tratativas). O dano relevante para a deflagração da indenização pautada no interesse negativo remonta, portanto, à frustração da confiança da vítima quanto à formação do negócio jurídico.

Se tais premissas são verdadeiras, resulta de todo incompatível com a resolução contratual por inadimplemento a tutela do interesse negativo, precisamente em razão da diversidade de pressupostos de cada uma das modalidades do interesse contratual – frustração da confiança na conclusão do negócio (no âmbito do interesse negativo) *versus* inadimplemento contratual (no âmbito do interesse positivo).⁹⁷ Com efeito, o credor vitimado pelo inadimplemento não fundamenta o seu pleito indenizatório em uma suposta frustração da sua legítima expectativa na seriedade das tratativas ou na formação de um negócio, mesmo porque a discussão sobre inadimplemento pressupõe, naturalmente, que se esteja diante de contrato válido e eficaz.

O fundamento do pleito indenizatório correlato à resolução é, em realidade, o inadimplemento contratual. Precisamente por tal circunstância é que a indenização a ser suportada pelo devedor inadimplente deve conduzir a vítima à situação em que estaria caso o contrato (presumidamente válido e eficaz) houvesse sido regularmente cumprido – abatida, como já ressaltado, a contraprestação a cargo do credor.⁹⁸⁻⁹⁹ Eis, em suma, as razões para a admissibilidade da tutela do interesse positivo

⁹⁷ “Quanto, primeiro, ao interesse negativo, que, para a doutrina majoritária, seria relevante nos casos de resolução por não cumprimento, é curioso observar que mesmo quem define o interesse negativo fazendo incluir nele a nota de confiança ou expectativa na conclusão de um contrato (válido ou eficaz), ou no cumprimento dos deveres pré-contratuais, embate tal nota ao aplicar o interesse negativo à indenização do credor resolvente por inadimplemento, aludindo antes à situação em que o lesado estaria se não tivesse celebrado o contrato. Pois a expectativa do credor que é frustrada pelo não cumprimento não vai, pelo menos em primeira linha, dirigida à conclusão do contrato, ou à sua validade e eficácia, mas antes, justamente, ao adimplemento da obrigação” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 881).

⁹⁸ “Optamos, justamente, pela posição segundo a qual a resolução possibilita ao credor libertar-se do vínculo contratual, recompondo o seu patrimônio, não lhe impondo, porém, que para tal tenha de renunciar ao incremento patrimonial que o contrato previa. (...) E concluímos pela posição, a nosso ver mais ‘amiga’ do credor e da circulação econômica, que confere àquele uma tutela integral, permitindo-lhe libertar-se do contrato e reaver (ou manter) a sua contraprestação sem ter que renunciar aos lucros frustrados pelo não cumprimento” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1702).

⁹⁹ A linha de entendimento ora propugnada restou tacitamente acolhida, no âmbito da experiência comunitária europeia, pelo Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*) de 2011, cujo art. 9:502 (ex art. 4:502) dispõe: “Medida Geral de Danos. A medida geral de danos é a soma que colocará a parte prejudicada o mais próximo possível da posição em que estaria se o contrato tivesse sido devidamente cumprido. Tais danos abrangem a perda sofrida pela parte prejudicada e o ganho da qual ela foi privada”. No âmbito do direito positivo brasileiro, apesar da ausência de uma orientação expressa em caráter genérico, colhe-se, no âmbito da disciplina pelo Código Civil ao contrato de empreitada, a consagração tácita do interesse contratual positivo para a regulação das perdas e danos causadas pela extinção prematura do contrato (reconhecendo-se que a *suspensão* mencionada pelo dispositivo legal corresponde, no mais das vezes, a uma autêntica *extinção*): “Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra”. Apesar de o mencionado art. 623 do Código Civil parecer direcionado a disciplinar hipótese de danos causados pela rescisão unilateral, o raciocínio se revela de todo compatível com a hipótese de danos causados pelo inadimplemento contratual (deflagrador, esse sim, da resolução). Está-se, portanto, diante de uma relevante (conquanto pontual) indicação da compatibilidade do interesse contratual positivo com a extinção do contrato no direito brasileiro – seja essa extinção motivada pelo exercício do direito à rescisão (como na hipótese disciplinada pelo art. 623 do Código Civil), seja motivada pelo exercício do direito à resolução diante do inadimplemento culposos.

cumulativamente à resolução contratual.¹⁰⁰

4. ALGUMAS CONTROVÉRSIAS EM TORNO DA DISTINÇÃO ENTRE O INTERESSE POSITIVO E O NEGATIVO: O DEBATE TEÓRICO SOBRE A CUMULATIVIDADE, A ALTERNATIVIDADE E AS LIMITAÇÕES RECÍPROCAS

Uma vez delineada a noção de interesse contratual, bem como investigado o escopo da distinção entre o interesse positivo e o interesse negativo, passa-se ao exame de algumas particulares controvérsias na matéria. Trata-se, fundamentalmente, de buscar respostas às seguintes indagações: (i) são cumuláveis o interesse contratual negativo e o positivo? Em outras palavras: é possível cumular a indenização correspondente ao interesse negativo com aquela correspondente ao interesse positivo? (ii) À vítima se confere a prerrogativa de escolher livremente o interesse contratual a nortear o cálculo da indenização? Em outros termos: a definição do interesse contratual a incidir em cada caso é pautada por uma lógica de alternatividade? (iii) Algum dos interesses constitui limite para o outro? A indenização correspondente ao interesse negativo está limitada pelo valor daquela correspondente ao interesse positivo?

No que tange à indagação sobre a cumulatividade dos interesses, parece possível afirmar a existência de certo consenso¹⁰¹ na doutrina em torno da rejeição à cumulação entre o interesse positivo e o negativo.¹⁰² Explica-se, acertadamente, que soaria ilógico admitir que uma

¹⁰⁰ Também a sustentar a possibilidade de indenização pelo interesse positivo cumulativamente com a resolução, afirma-se: “O art. 475 do Código Civil garante ao não-inadimplente o direito de indenização por perdas e danos; ‘perdas e danos’ diz o art. 402 do Código Civil, salvo exceção expressa – que não é o caso – abrangem, além do que efetivamente se perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato etc.), o que razoavelmente se deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não-inadimplente auferiria com o recebimento da prestação” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 269). O autor arremata: “Tal orientação, contudo, não pode levar à cumulação de parcelas, devendo-se optar pela solução que melhor componha o interesse de ambas as partes, com predominância para o interesse positivo, de acordo com as exigências da equidade, da qual a indenização é instrumento” (Ibid., p. 269). No mesmo sentido, v., ainda, na doutrina brasileira, SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposos da obrigação: análises a partir do AgRg no REsp 1.202.506/RJ e do AgRg no AgRg no AI 1.137.044/RJ. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, 2014, p. 14 e ss.; na doutrina francesa, GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*, cit., p. 744 e ss.; e, na doutrina italiana, CUPIS, Adriano De. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., v. I, p. 310; e TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 275.

¹⁰¹ A ilustrar os riscos subjacentes a qualquer afirmação de *consenso* no estudo do direito, veja-se a seguinte sustentação: “Na linha do exposto, a meu ver, afirmo que a indenização deve abarcar os interesses contratual positivo e negativo. Contudo, é preciso que o magistrado seja prudente para que, como lembra Ruy Rosado, não haja a cumulação indevida dos mesmos elementos na quantificação dos interesses contratuais positivo e negativo, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*. A solução atende ao princípio da reparação integral na responsabilidade civil contratual, à medida que exige a composição/reparação integral dos interesses de ambas as partes” (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Interesse contratual positivo e negativo, cit., p. 15). A advertência do autor quanto à impossibilidade do que referiu por *cumulação indevida dos mesmos elementos na quantificação dos interesses contratuais positivo e negativo* parece revelar que, em realidade, deve-se rejeitar a própria atuação conjunta de ambas as modalidades de interesse contratual. Por deferência à lógica e à higidez da disciplina reparatória, impõe-se a rejeição da parametrização da indenização, a um só tempo, tanto pelo interesse contratual positivo quanto pelo negativo.

¹⁰² Há de se atentar, ainda, para o caráter biunívoco da proibição de cumulação: “A incompatibilidade entre ressarcimentos com as medidas de indenização em causa é, aliás, biunívoca, isto é, tanto se verifica quando

condenação judicial buscasse conduzir a vítima simultaneamente a duas situações nitidamente distintas e incompatíveis – a situação referente à hipótese de ausência de celebração do contrato e a situação referente à hipótese de regular adimplemento do contrato.¹⁰³ A rejeição à cumulatividade encontra seu fundamento mais emblemático, portanto, na própria configuração das duas situações patrimoniais hipotéticas relevantes para o juízo de comparação. Com efeito, afrontaria a ordem lógica calcular a indenização com base nas duas situações patrimoniais hipotéticas.¹⁰⁴

Ao fundamento lógico se conjuga um fundamento funcional, atinente à(s) função(ões) desempenhada(s) pela responsabilidade civil.¹⁰⁵ A se admitir, na esteira do ensinamento tradicional, que a responsabilidade civil desempenha essencialmente uma função reparatória, haver-se-á de concluir que uma indenização pautada cumulativamente no interesse positivo e no negativo findaria por extrapolar o propósito de tão somente conduzir a vítima a uma específica situação hipotética marcada pela ausência do dano.¹⁰⁶ Apenas a invocação de funções diversas daquela reparatória (em especial, a dita função punitiva)¹⁰⁷ poderia, eventualmente – na improvável hipótese de superação

seja examinada na ótica do pedido de uma indenização correspondente ao interesse positivo como quando se reclamou o ressarcimento pelo interesse negativo” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1007).

¹⁰³ “Com efeito, ninguém pode pretender ser colocado simultaneamente na situação em que estaria, se não tivesse sido concluído um certo contrato e na situação em que estaria se esse mesmo negócio (fosse eficaz) e tivesse sido cumprido; ou na situação em que se encontraria se não tivesse sido despertada a sua confiança em certa prestação, ou na produção de certos efeitos, e naquela em que estaria se essa confiança tivesse sido correspondida pela realização da prestação ou pela produção desses efeitos. Não pode, sem contradição (performativa e teleológica), reclamar-se ao mesmo tempo uma reparação correspondente ao interesse negativo e ao interesse positivo. O lesado nunca poderia ter estado simultaneamente nessas duas situações (...). Trata-se, pois, de situações hipotéticas (e de medidas do dano) inconciliáveis (...)” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1003-1004).

¹⁰⁴ “A incompatibilidade entre o ressarcimento correspondente ao interesse positivo e o correspondente ao interesse negativo tem, antes de mais, um fundamento lógico (de lógica da prática), na medida em que ao lesado não é possível pretender seguir simultaneamente duas vias, do que teria acontecido sem o contrato, ou sem a criação de confiança, e com os efeitos do contrato, ou a correspondência à confiança” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1004-1005).

¹⁰⁵ Alude-se, ainda, à vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento complementar da proibição da cumulatividade: “A proibição de cumulação do ressarcimento correspondente ao interesse negativo com o do interesse positivo depende, assim, também do princípio de que a prestação ressarcitória não deve deixar o lesado em melhor situação do que aquela em que teria estado se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação – isto é, do discutido princípio da ‘proibição do enriquecimento’ do lesado, que exprime uma das faces da função compensatória e um limite da ideia de justiça corretiva” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1005). Não se parece tratar, contudo, de um problema tecnicamente relacionado às obrigações de restituição no âmbito do instituto da vedação ao enriquecimento sem causa. Ressalva-se, em qualquer caso, a possibilidade de menção ao que já se denominou como *princípio* geral de vedação ao enriquecimento sem causa. Ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 26 e ss.

¹⁰⁶ A destacar a função reparatória que norteia a responsabilidade civil, afirma-se: “De qualquer forma, a fórmula todo o dano, mas nada mais que o dano’ é expressiva para indicar a função precípua da responsabilidade civil, a saber: a reparação dos prejuízos injustamente sofridos, mas não o enriquecimento sem causa da vítima, assim restando indicado que o lesado não deve nem receber menos, nem mais do que efetivamente perdeu” (MARTINS-COSTA, Judith. *Responsabilidade civil contratual*, cit., p. 562). Ao propósito, seja consentido remeter, ainda, a SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *O oxímoro da responsabilidade civil brasileira*. In: *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 25 e ss.

¹⁰⁷ Para uma análise do desenvolvimento atribuído a cada uma das denominadas funções da responsabilidade civil, com a defesa de uma função precaucional, v. ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, *passim*. V., ainda, com a defesa do reconhecimento de uma função promocional pautada pelo estímulo à reparação espontânea do dano, REIS JÚNIOR, Antonio dos.

também do fundamento lógico –, vir a justificar a composição da indenização pelas duas modalidades de interesse contratual, vez que se prescindiria do limite atinente à extensão do dano.¹⁰⁸

Assentada a vedação à cumulatividade, poderia parecer natural a enunciação de um caráter de alternatividade entre o interesse positivo e o negativo, como se à vítima se atribuísse a prerrogativa de selecionar o interesse contratual a reger a delimitação da indenização. Tal afirmação de uma alternatividade, contudo, reclama especial cautela, a depender do sentido que se lhe venha a atribuir. Por um lado, não se vislumbra maior dificuldade em se afirmar que as modalidades de interesse contratual são alternativas no sentido de que não podem ser cumuladas. Por outro lado, nota-se certo perigo em uma afirmação abstrata e indiscriminada sobre a alternatividade no sentido de se reconhecer à vítima a liberdade de escolha entre o interesse positivo e o interesse negativo.

O caminho mais seguro, em realidade, parece residir na exigência de individualização, por parte da vítima, do exato dano pelo qual postula indenização, tarefa para a qual não se poderá prescindir da precisa delimitação da situação hipotética para fins de comparação.¹⁰⁹ A se tomar para análise o exemplo da resolução contratual por inadimplemento, poder-se-á concluir: não parece adequado que a vítima possa postular a indenização indiscriminadamente com base em qualquer das modalidades de interesse contratual, pois a própria configuração do dano indenizável varia conforme se leve em consideração a frustração da confiança na contratação (interesse negativo) ou a frustração do programa contratual entabulado pelas partes (interesse positivo).

Passa-se, doravante, à análise da derradeira problemática anunciada, atinente à eventual limitação recíproca entre o interesse positivo e o negativo. Trata-se de perquirir se alguma das modalidades de interesse constitui teto para a determinação da outra. Não costuma haver maior dissenso em doutrina quanto à possibilidade de o interesse positivo exceder o montante do interesse negativo, em razão da configuração da legítima expectativa do contratante nas vantagens que o contrato concretamente entabulado lhe poderá render. A controvérsia cinge-se especificamente a definir se a indenização pautada no interesse positivo funciona como limite máximo para a

Por uma função promocional da responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, *passim*.

¹⁰⁸ “Estamos perante caminhos que se excluem mutuamente, cuja abertura simultânea ao demandante, por se permitir a cumulação das correspondentes medidas indenizatórias, apenas poderia explicar-se por finalidades que prescindissem da hipótese do seu trilha (como a prevenção ou o sancionamento do lesante), mas abandonando também do mesmo passo o terreno puramente ressarcitório com os respectivos limites teleológicos e valorativos” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1005).

¹⁰⁹ “Pode, pois, dizer-se que entre os ressarcimentos correspondentes aos interesses negativo e positivo vale um regime de alternatividade. O seu desrespeito pode, em casos extremos, levar mesmo a uma ineptidão da petição inicial, por cumulação entre pedidos ou de causas de pedir ‘substancialmente incompatíveis’. Não estamos, porém, perante um verdadeiro concurso alternativo de pretensões (nem perante um concurso entre fundamentos de uma mesma pretensão) resultantes de uma mesma causa de pedir, pois os eventos lesivos que são capazes de sustentar as correspondentes obrigações de indenização são, como referimos, diversos. A alternatividade resulta da incompatibilidade entre pedidos (e correspondentes causas de pedir), tendo o demandante o ônus de indicar qual o tipo de indenização que reclama, ainda que sem quantificar precisamente os prejuízos” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1007-1008).

indenização calculada com base no interesse negativo.¹¹⁰⁻¹¹¹ À luz das conclusões previamente esboçadas – em especial, no sentido de adoção do interesse positivo para o cálculo da indenização no âmbito da resolução contratual –, o esforço de delimitação do interesse negativo finda por desviar do foco central deste estudo. Por inspiração de um ideal de completude do raciocínio, faz-se recomendável, contudo, a breve enunciação dos termos em que se coloca a problemática.

Diante da ausência da adoção expressa de parâmetro geral pelo legislador brasileiro,¹¹² bem como diante das objeções lógicas, parece não haver (ao menos, em termos abstratos e apriorísticos), uma limitação do interesse negativo pelo positivo.¹¹³ Da ausência de limitação *prima facie* não se pode extrair, contudo, uma ausência absoluta de limitação ao cálculo da indenização pautada no interesse negativo. Deve-se, em realidade, investigar, em todo e qualquer caso, o nexo de

¹¹⁰ Advirta-se, por oportuno, que a questão de que se está a tratar diz respeito à (im)possibilidade jurídica de a indenização pelo interesse negativo superar aquela pautada pelo interesse positivo, questão essa que não se confunde com – antes pressupõe – a possibilidade fática de o montante do interesse negativo vir a superar o do positivo.

¹¹¹ A ilustrar a linha de raciocínio que pugna pela limitação da indenização pelo interesse negativo ao montante referente ao interesse positivo, v. CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 218; e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII, cit., p. 437. Tal ordem de entendimento se manifesta, na experiência normativa estrangeira, na previsão do parágrafo 122 do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), acerca da responsabilidade do declarante na hipótese de invalidade do negócio jurídico por erro ou por declaração não séria: “§ 122 Obrigação de indenização do contestante. (1) Se uma declaração de vontade for inválida nos termos do parágrafo 118, ou anulada nos termos dos parágrafos 119 e 120, a pessoa declarante deve, se a declaração fosse destinada a ser feita a outra pessoa, pagar uma indenização a essa pessoa, ou a qualquer terceiro afetado, pelos prejuízos que a outra parte ou o terceiro sofre por terem confiado na validade da declaração; mas não além do montante total do interesse que a outra parte ou o terceiro tem na validade da declaração” (tradução livre do original).

¹¹² “Não se encontra na legislação brasileira menção, expressa ou tácita, às noções de interesse positivo e negativo. Tanto o Código Civil como a legislação extravagante referem-se, de maneira usual e genérica, a perdas e danos como o conteúdo do dever de reparar, sem que haja uma orientação legal de seu direcionamento *in abstracto*. É evidente que isso não importa em concluir pela ausência de parâmetros desse direcionamento. A constatação apenas sublinha que, em nenhuma passagem, o legislador brasileiro determinou de forma inequívoca que o lesado, pelo remédio da reparação de danos, fosse reconduzido à situação de cumprimento do negócio jurídico ou à situação em que estaria se não tivesse contratado” (STEINER, Renata C. *Reparação de danos*, cit., p. 146). Nesse sentido, v., ainda, SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposos da obrigação, cit., p. 10 e ss. Semelhante conclusão quanto à ausência da adoção expressa de uma preferência genérica pelo interesse positivo ou pelo negativo – se alcança à luz do direito português, embora no respectivo Código Civil se identifiquem previsões pontuais (sem caráter de generalidade, portanto) no sentido do acolhimento do interesse contratual negativo: “Que tal noção [interesse contratual negativo], não foi, apesar disso, ignorada pelo legislador, é o que resulta, porém, das referências que são feitas a uma determinação da indenização pela hipótese da não celebração do contrato, nas únicas normas que substancialmente remetem para o ‘interesse contratual negativo’, a propósito da responsabilidade do vendedor na venda de coisa alheia e na venda de bens onerados [artigos 898 e 908 do Código Civil português] (...). Trata-se das únicas normas do nosso direito privado onde se concretiza uma determinação do dano indenizável em termos correspondentes ao ‘interesse contratual negativo’” (PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, cit., v. II, p. 864). Vale a pena conferir a redação dos artigos 898 e 908 do Código Civil português: “Artigo 898º (Indemnização em caso de dolo) Se um dos contraentes houver procedido de boa fé e o outro dolosamente, o primeiro tem direito a ser indemnizado, nos termos gerais, de todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade”; “Artigo 908º (Indemnização em caso de dolo) Em caso de dolo, o vendedor, anulado o contrato, deve indemnizar o comprador do prejuízo que este não sofreria se a compra e venda não tivesse sido celebrada”.

¹¹³ “Cumpra ressaltar, ainda, que não há, no Direito brasileiro, norma que impeça que a indenização pelo interesse negativo seja superior àquela pelo interesse positivo. O problema da existência e alcance das perdas e danos se liga diretamente à análise do nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato que o origina. Desde que demonstrado o dano em toda a sua extensão e o nexo causal direto e imediato, impõe-se a indenização” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutive expressa*, cit., p. 204). Na mesma linha de sentido, v., ainda, PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1056-1057.

causalidade entre a conduta do agente lesivo e o dano sofrido pela vítima. A partir dessa ordem de consideração, adverte-se, em doutrina, que, no mais das vezes, a indenização pelo interesse negativo se revelará inferior àquela pelo interesse positivo, em razão da dificuldade (quicá impossibilidade) de vinculação causal de certos prejuízos à conduta danosa.¹¹⁴

Para além do nexa causal, também se ressalta que a alocação contratual de riscos, no âmbito de cada específica relação contratual, pode servir como justificativa para a limitação do interesse negativo pelo interesse positivo. Afirma-se, nessa linha de sentido, que a admissão de uma indenização pelo interesse negativo em montante superior àquela que seria devido com base no interesse positivo findaria por desnaturar a alocação de riscos entabulada pelos contratantes, ao se atribuir a um dos contratantes (vitimado pelo inadimplemento) a livre escolha do critério norteador da indenização – tanto os prejuízos relacionados ao inadimplemento contratual quanto os prejuízos relacionados à própria conclusão da avença.¹¹⁵ A discricionariedade do contratante, caso admitida, traduziria um poder arbitrário de escolha entre as vantagens esperadas no âmbito da concreta relação contratual e as vantagens que poderia vir a esperar no âmbito de outros negócios. Tal linha de raciocínio, caso admitida em linha de princípio, não permitirá que se afaste o intérprete da análise detida da alocação de riscos subjacente ao programa contratual concretamente entabulado pelas partes.¹¹⁶

5. CONCLUSÃO

A investigação a que se lançou o presente estudo buscou analisar relevantes questões suscitadas pela temática do interesse contratual, especificamente no que diz respeito às reflexões situadas no âmbito da resolução contratual por inadimplemento. Nessa empreitada, partiu-se de um exemplo hipotético para delimitar alguns dos tantos e tão delicados questionamentos que a matéria pode despertar. Perquiriu-se, na sequência, o sentido que o vocábulo *interesse* assume na dogmática

¹¹⁴ “Não pode, porém, negar-se que em muitas hipóteses os prejuízos que excedem o valor do interesse positivo, não devem, nessa medida, ser imputados ao lesante, logo por falta de causalidade entre o evento lesivo (falta de realização da prestação, não celebração do contrato, causação da ineficácia ou da invalidade) e esses prejuízos, o que será o caso, quer para os gastos não justificados com a preparação e o cumprimento do contrato, quer de melhores oportunidades alternativas a que se renunciou. Estas excedem o interesse no cumprimento, mas a sua realização ou perda não é imputável ao evento que causou a perda da prestação” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1057-1058).

¹¹⁵ “A delimitação recíproca dos riscos de lesado e lesante tem de conduzir a esse resultado na responsabilidade contratual. Com efeito, o ressarcimento em medida superior ao interesse positivo alteraria a repartição dos riscos contratuais para termos diversos dos que existiriam se o contrato tivesse sido concluído ou o lesado tivesse recebido a prestação, como logo se vê se atentarmos em que tal ressarcimento ilimitado do interesse negativo permitiria ao lesado escapar sempre a maus negócios que decidira concluir, como ‘prêmio’ da falta cometida pela contraparte, pedindo uma indenização superior ao interesse no cumprimento, convertendo o lesante em ‘segurador forçado’ das más disposições patrimoniais do lesado” (PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, cit., v. II, p. 1058).

¹¹⁶ A ressaltar a imprescindibilidade da análise funcional para a adequada investigação da alocação de riscos no âmbito de cada específico programa contratual, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, 2019, p. 28-29.

da responsabilidade civil. A partir de um necessário exame dos influxos da teoria da diferença, pôde-se destacar a acepção eminentemente relativa do interesse contratual, a traduzir a relação entre uma pessoa (mais especificamente, seu efetivo estado patrimonial impactado pela conduta danosa) e o estado patrimonial que se deveria verificar caso não houvesse ocorrido o dano indenizável.

A partir da compreensão do sentido do interesse contratual, foi possível examinar o sentido e o alcance da distinção entre as suas duas modalidades – o interesse positivo e o negativo. Dedicou-se particular atenção à controvérsia referente à definição da modalidade de interesse contratual a nortear a indenização no âmbito da resolução contratual por inadimplemento. Examinaram-se, ainda, outras relevantes controvérsias, notadamente aquelas referentes, de um lado, à possibilidade ou não de cumulação entre o interesse positivo e o interesse negativo, e, de outro lado, à limitação ou não do interesse negativo pelo positivo.

O percurso teórico trilhado permitiu observar que a investigação do interesse contratual não se pode perfazer sem uma cautelosa consideração do perfil funcional próprio da responsabilidade civil. Com efeito, associam-se ao reconhecimento de que o instituto sob exame ostenta vocação nitidamente reparatória algumas conclusões, tais como (i) a compatibilidade do interesse positivo com a resolução contratual (ao que subjaz a autonomização conceitual e funcional entre as obrigações indenizatórias e aquelas restitutórias) e (ii) a vedação à cumulatividade entre os interesses positivo e negativo. Espera-se, então, ao fim dessa empreitada, que as precedentes considerações contribuam, ainda que indiretamente, não apenas para o desenvolvimento dos estudos em torno do interesse contratual, mas também das investigações referentes à(s) função(ões) da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

AFFERNI, Giorgio. Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità. *Danno e Responsabilità*, n. 5, pp. 469-478, 2009.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALPA, Guido. *Manuale di diritto privato*. 10. ed. Padova: CEDAM, 2017.

ASSIS, Araken de. Dano positivo e dano negativo na dissolução do contrato. *Revista da AJURIS*, n. 60, v. 21, p. 121-128, 1994.

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

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1964, v. III.

BIANCHINI, Luiza Lourenço. *Contrato preliminar: conteúdo mínimo e execução*. Porto Alegre: Arquipélago, 2017.

BRONZETTI, Gianfranco. *La compensatio lucri cum damno*. *Archivio della Responsabilità Civile e dei Problemi Generali del Danno*, p. 740-749, 1967.

- CALVINO, Massimo. Nota in tema di *compensatio lucri cum damno*. *Diritto e pratica nell'assicurazione*, p. 631-636, 1989.
- CARBONE, Vincenzo. La *compensatio lucri cum damno* tra ambito del danno risarcibile e rapporto di causalità. *Danno e Responsabilità*, n. 4, p. 430-466, 1996.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- COELHO, Francisco Manuel Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II, t. IV.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CUPIS, Adriano De. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, v. I.
- CUPIS, Adriano De. Postilla sull'influenza delle nuove nozze sul diritto a risarcimento della vedova. *Il Foro Italiano*, v. LXXXIII, p. 112-119, 1960.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Atual. Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FEMIA, Pasquale. *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- FRANZONI, Massimo. La *compensatio lucri cum damno*. *Responsabilità Civile*, n. 1, v. 48, p. 48-52, jan./2010.
- FRITZ, Karina Nunes. *Die culpa in contrahendo in deutschem und brasilianischem Recht: ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2018.
- GENICON, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Paris: LGDJ, 2007.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da responsabilidade civil: indemnização do dano da privação do uso*, v. I. Coimbra: Almedina, 2007.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira. O dano da privação do uso. *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 169-238, 1986.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Atual. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Interesse contratual positivo e negativo: reflexões sobre o inadimplemento do contrato e indenização do interesse contratual positivo. *Revista IBERC*, v. 2, n. 2, p. 1-25, mar.-jun./2019.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtiger oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, v. 4, p. 1-112, 1861.
- KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. *Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, v. 77, n. 3, pp. 401-449, jan./1964.

- LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. 8. ed. München: C. H. Beck, 1967, v. I.
- LEONE, Francesco. *Compensatio lucri cum damno. Il Filangieri*. Rivista Giuridica Dottrinale e Pratica, p. 176-217, 1916.
- LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo). *Contratto e Impresa*, pp. 792-803, 1988.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. V, t. II.
- MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. 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 (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atual. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. IV.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atual. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. XXXVIII.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atual. Claudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, t. XXXIX.
- MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. I Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*. Braunschweig: Schetschke, 1853.
- MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. II Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse*. Braunschweig: Schetschke, 1855.
- MOMMSEN, Friedrich. *Beiträge zum Obligationenrecht. III Abteilung: Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*. Braunschweig: Schetschke, 1855.
- MONATERI, Pier Giuseppe. Gli usi e la ratio della dottrina della *compensatio lucri cum damno*. È possibile trovarne un senso?. *Quadrimestre*, p. 377-390, 1990.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 7. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. I.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra

Editora, 2008, v. II.

POMBO, Eugenio Llamas. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 45, p. 9-24, 2013.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. 2. ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2017.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. Por uma função promocional da responsabilidade civil. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

RIEBLE, Volker. Die Kodifikation der *culpa in contrahendo*. In: DAUNER-LIEB, Barbara; KONZEN, Horst; SCHMIDT, Karsten (Orgs.). *Das neue Schuldrecht in der Praxis*. Köln: Carl Heymanns, p. 137-157, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. 3.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SICCHIERO, Gianluca. *La risoluzione per inadempimento: artt. 1453-1459*. In: BUSNELLI, Francesco D. (Coord.). *Il Codice Civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 667, p. 7-16, mai./1991.

SILVA, Rodrigo da Guia. A regra de compensação de vantagens com prejuízos (*compensatio lucri cum damno*) no direito brasileiro. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Cláusulas de não restituir versus cláusulas de não indenizar: perspectivas de delimitação dogmática a partir de uma análise funcional dos efeitos da resolução contratual. *Revista IBERC*, v. 2, n. 1, p. 1-34, jan.-abr./2019.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, p. 89-122, set.-out./2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, v. 16, n. 2, p. 293-322, abr.-jun./2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Privação do uso e dever de indenizar: perspectivas de configuração do dano indenizável à luz do paradigma do dano injusto. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coords.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, a. 20, v. 98, p. 255-302, mar.-abr./2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades

e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, a. 8, n. 2, p. 1-53, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, a. 15, v. 58, p. 75-107, abr.-jun./2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*, a. 4, n. 1, p. 1-26, 2015.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. O oxímoro da responsabilidade civil brasileira. In: *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposos da obrigação: análises a partir do AgRg no REsp 1.202.506/RJ e do AgRg no AgRg no AI 1.137.044/RJ. *Civilistica.com*, a. 3, n. 2, pp. 1-20, 2014.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da vontade na interpretação dos contratos. *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença*, v. 16, n. 1, p. 173-189, jan.-jun./2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 18, p. 49-73, out.-dez./2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, v. 9, n. 3, p. 1.620-1.644, set.-dez./2014.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 21. ed. Milano: Giuffrè, 2016.

TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990.

TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella *culpa in contrahendo*. *Rivista di Diritto Civile*, a. LIII, n. 2, p. 165-195, mar.-abr./2007.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, v. I.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, v. 942, p. 117-139, abr./2014.

Recebido: 25.11.2019

Aprovado: 09.03.2020

Como citar: SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-37, jan./abr. 2020.