

RESENHA À OBRA *REPARAÇÃO DE DANOS: INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO*, DE RENATA C. STEINER. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2018

Rafael Branco Xavier

Mestrando em Direito Civil na Universidade de São Paulo.
Advogado, sócio de Judith Martins-Costa Advogados.

Como resultado dos estudos que deram ensejo à sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo defendida no ano de 2016, sob orientação do Professor Associado Cristiano de Sousa Zanetti e período de estudos na Ludwig-Maximilians Universität em Munique, Alemanha, Renata C. Steiner brinda a comunidade jurídica brasileira com o livro *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. O trabalho é rigoroso e denota o talento da autora. Feito por civilista, para juristas.

Com o escopo de analisar o referido livro, é apresentada uma resenha que está dividida em duas partes. Na primeira, apresenta-se breve síntese da obra, assinalando-se os conceitos gerais nela desenvolvidos e sua estrutura. Na segunda, destaca-se a tese central: a proposição de um duplo filtro de análise do interesse indenizável e dois de seus desdobramentos, quais sejam a indenizabilidade do interesse positivo tanto no descumprimento da obrigação de contratar, quanto na resolução por inadimplemento

1 Síntese da obra

1.1 Conceitos gerais

Ao analisar a dicotomia – ou “par conceitual”, “código binário” ou “par antagonístico” –, a autora supre lacuna nos estudos civilistas do Brasil e reorienta os debates sobre a responsabilidade civil obrigacional a partir de problema prático fundamental. Superando o frequente foco da investigação dogmática do campo, precipuamente voltada à descrição de hipóteses lesivas, mas despreocupada com

a quantificação dos danos indenizáveis, Renata Steiner toma como pressuposto que a indenização deve recompor *situação hipotética* sem o dano, propondo-se a responder: a *qual* situação hipotética deve o lesado no *iter negocial* ser reconduzido pela indenização?

Situação hipotética é cânone central para a compreensão de seu pensamento. Em primeiro lugar, o par conceitual revela duas hipóteses possíveis, duas fórmulas de síntese expressivas de situações ficcionais aproximativas pelas quais a relação jurídica reparatória está polarizada: o interesse positivo e o interesse negativo. A díade surge para explicar os direcionamentos possíveis da reparação do dano contratual, sobretudo a partir da premissa de reconhecer eficácia na vinculação contratual. Os adjetivos a qualificar o interesse reparável “tomam como ponto de comparação o contrato”. O terreno é o intermediário entre o do direito dos contratos e o da responsabilidade civil.

O interesse positivo é qualificado pela adição de um acontecimento, e está voltado a estabelecer o estado *ad quem*, situação hipotética em que o lesado estaria se o negócio houvesse sido integral e adequadamente cumprido. Supõe-se que tenha havido cumprimento, *somando-se* os fatos que a este levariam à realidade efetivamente verificada.

Por sua vez, o interesse negativo é marcado pela abstração de um acontecimento, e é destinado a reestabelecer o estado *a quo* ao lesado, situação em que estaria caso sequer houvesse cogitado do vínculo contratual, se nem mesmo houvesse iniciado o contato negocial. Supõe-se a ausência da vinculação, *abstraindo* os fatos que levaram à configuração da realidade.

1.2 Estrutura da obra

A obra é dividida em duas partes, seguindo critério de divisão de teoria e aplicação.

Na primeira, a autora explica as múltiplas acepções do vocábulo central ao trabalho: interesse. Esmiúça as teorias explicativas: a da diferença e a do interesse. Se, para a teoria da diferença, interesse é equivalente à noção de dano reparável, como resultado da comparação “entre as coisas”, ou seja, entre duas situações jurídicas distintas (*inter-est*); a teoria do interesse mira o caráter de situação juridicamente protegida, como objeto de proteção da norma, é dizer, o que está na coisa (*in-re-est*), tratando, assim, de situação relacional entre o sujeito e a situação jurídica. As duas acepções servem como base ao raciocínio do duplo filtro, a seguir referido.

A autora desenha o histórico do desenvolvimento teórico dos conceitos em variadas experiências jurídicas estrangeiras – sobretudo a alemã, e o seminal trabalho de Rudolph von Jhering,¹ e a portuguesa, na qual se destaca a obra de Paulo Mota Pinto.² Diante do quadro traçado, afasta a aproximação absoluta entre o interesse negativo e o interesse na confiança, de um lado, e o interesse positivo e o interesse no cumprimento, de outro. Assinala que tal consideração das concepções de forma rígida levou a resultados indesejados em diferentes ordens jurídicas, o que merece atenção na racionalização dos conceitos de acordo com o direito brasileiro. Diante da impossibilidade de classificações absolutas, trabalha com a ubiquidade da confiança, como desenvolvido por Claus-Wilhelm Canaris: o lesado pode ser reconduzido à situação na qual confiou (tutela positiva da confiança), como também à situação na qual estaria se conhecesse a realidade e não tivesse, com isso, sequer confiado (tutela negativa da confiança).³ Por isso, como a tutela da confiança é vocação de ambos os interesses, não serve necessariamente para distingui-los.

A partir de fontes comparadas, testa a acomodação, utilidade e forma de aplicação dos conceitos segundo o direito brasileiro, à luz de acurada análise de diversos dispositivos do Código Civil, entre os quais, os arts. 944, 389, 395, 402, 403, 398, 927, 186, 182, 234, 247, 248 e 947 – sem prejuízo de outros, também do Código de Processo Civil.⁴ Fundamentalmente, conclui pela desnecessidade de os conceitos estarem previstos em lei, pois estão na base do raciocínio que leva o ordenamento a conduzir o lesado à situação hipotética sem o dano.

Na segunda parte, antevendo que a fórmula de síntese contempla conceitos compatíveis, úteis e aplicáveis com e ao direito brasileiro, passa a apresentar abstratamente a composição da indenização segundo cada uma das fórmulas. Detalha a composição da “polissêmica expressão” perdas e danos segundo o par conceitual. Em síntese, refere que ora a indenização exercerá papel de compensação do prejuízo sofrido, ora servirá como reparação dos danos que ficaram, apesar do cumprimento: no primeiro caso, configurando-se indenização substitutiva, no segundo, indenização moratória.

¹ VON JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Band IV. Herausgegeben von C. F. von Gerber und R. Jhering. Jena: Friedrich Mauke, 1861. Na tradução em português: VON JHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo ou indenização por contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

² MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. II.

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*. 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris e Andreas Heldrich. Band I. München: C.H. Beck, 2000.

⁴ E.g., os arts. 499 e 809.

Em seguida, a clivagem é testada em dois campos específicos: a responsabilidade pela não formação do contrato e a responsabilidade negocial pelo inadimplemento, o que se aprofundará e destacará como desdobramentos de sua tese central.

2 A tese central e dois de seus desdobramentos

2.1 A tese central

A originalidade da análise no âmbito nacional não está apenas no aprofundamento do par conceitual como *fórmulas de síntese* do cálculo da indenização. O livro não se propõe apenas a descrever ou verificar a compatibilidade de conceitos construídos alhures e acomodados ao direito brasileiro. Vai além: problematiza criticamente a correlação automática normalmente realizada entre interesse negativo e responsabilidade pré-negocial, e interesse positivo e responsabilidade negocial. Mais concretamente: questiona a equiparação entre o interesse negativo e a responsabilidade anterior ao contrato, e o interesse positivo e a responsabilidade contratual. Coloca em xeque essas aproximações, propondo um novo método: para se determinar qual dos interesses deve pautar o cálculo da indenização, indica um *duplo filtro* de análise.

O primeiro filtro é o momento no qual a hipótese lesiva se verificou, qual seja: antes da formação válida do contrato ou após a sua constituição. A resposta a esse filtro apenas resultará em um sentido *tendencial* à indenização, que deverá ser confirmado de acordo com o segundo. Se verificada antes da formação do contrato, tendencialmente será reparável o interesse negativo. Se posterior à vinculação contratual, o interesse positivo tendencialmente será indenizável.

Essa tendência pode ou não se confirmar, devendo-se, então, centrar atenção ao evento lesivo que leva à reparação. A definição precisa e concreta do evento lesivo será a pedra de toque para a definição da situação hipotética sem o dano e do interesse protegido. Em síntese, a indenização será devida se o interesse lesado era protegido pela norma jurídica – o que se constrói por referência à teoria do escopo da norma, atinente à explicação do nexo de causalidade.

Não fosse suficiente a construção teórica do *duplo filtro* para justificar a importância e originalidade da obra, dois campos específicos são desenvolvidos pela autora. Destes, duas teses relacionáveis à tese central são fundamentadas analiticamente pela autora e ora merecem destaque.

2.2 O interesse positivo no descumprimento da obrigação de contratar

A primeira diz respeito ao interesse indenizável na hipótese de não celebração de contrato. Ao menos nos últimos trinta anos no Brasil, com frequência, o tema da responsabilidade pré-contratual vem sendo investigado, tanto pela ótica do descumprimento de deveres pré-negociais, quanto pela perspectiva do rompimento injustificado das tratativas.⁵ Em geral, vê-se defendida a indenizabilidade de prejuízos engendrados por lesões injustas no período que precede a contratação. A linha de raciocínio geralmente volta-se a justificar o reestabelecimento do *status quo ante*: é dizer, a situação hipotética na qual estaria o prejudicado se não tivesse confiado na higidez das tratativas. Indeniza-se o interesse negativo: na aplicação do art. 402, destaca-se, pela maior facilidade de sua prova, a indenizabilidade de despesas incorridas (danos emergentes), sendo controversa – embora admitida pela autora e pela maioria da doutrina – a indenização devida também por lucros cessantes, normalmente vinculados a outras oportunidades alternativas perdidas em vista da entrada em negociação, muito embora sempre se conviva, nessa hipótese, com o tormentoso problema da produção probatória.

A autora, contudo, aplica o duplo filtro para afirmar que nem sempre é o interesse negativo a ser tutelado nessas hipóteses. Problematisa situação na qual as partes negociantes já atingiram “ponto de não retorno” na fase decisória, ou de conclusão do contrato, mas ainda não o firmaram. Assinala não dever ser a hipótese tratada propriamente como responsabilidade pré-negocial. Não fosse a violação do dever de contratar, o pacto seria firmado. Reconhece que a existência do dever de contratar pode ser confundida com a própria existência de contrato já concluído. Nesses casos, a liberdade de contratar deixa de ser tutelada, pois há comportamentos concludentes que não podem ser contrariados.

Se, por exemplo, avança-se no *iter negocial* de modo a se encerrar as tratativas e estar de tal maneira próximo à conclusão do contrato, a desistência pode representar descumprimento do dever de contratar. Se, nesse momento, uma das partes resolve desistir, o ato ilícito pré-formalização do contrato pode ensejar a pretensão indenizatória calculada segundo o interesse positivo. A hipótese não se confunde propriamente com a ruptura das negociações, situando-se, porém, em “zona gris”. Um dos exemplos trabalhados é o apodado por Judith Martins-Costa

⁵ E.g.: ZANETTI, Cristiano. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

“caso dos tomates”,⁶ a revelar a existência da zona cinzenta entre o término das negociações preparatórias e a efetiva formação de contrato.

O momento pré-negocial é apenas indicativo de uma tendência. Ao se aplicar o segundo filtro, a situação concreta pode revelar ao intérprete que a efetiva tutela da confiança somente será concedida se respeitados os termos do acordo de vontades já verificado. Embora o ilícito tenha ocorrido antes da formal celebração do contrato, se a situação jurídica concreta revelar “ponto de não retorno”, a situação hipotética à qual o lesado deve ser reconduzido é a do cumprimento do contrato. Indeniza-se o interesse positivo.

Em síntese, embora na primeira fase de aplicação do duplo filtro verifique-se que o momento da violação é anterior à celebração formal do contrato, a solução *tendencial* pode não ser confirmada no segundo filtro, no qual a atenção recai sobre a situação jurídica tutelada *in concreto*.

2.3 O interesse positivo na resolução por inadimplemento

A segunda tese a merecer destaque diz respeito ao sentido da indenização devida em caso de resolução por inadimplemento contratual. Se a tendência reparatória obtida na aplicação do primeiro filtro direciona-se a indenizar conforme o interesse positivo, será ainda necessário averiguá-la à luz dos diferentes remédios cabíveis para a hipótese de inadimplemento: especialmente comparando o cumprimento pelo equivalente e a resolução contratual.

Nesta última hipótese – a resolução do contrato – não se verifica a possibilidade de alteração do resultado obtido pelo primeiro filtro. Afirma, pois, que a indenização deve ser calculada conforme o interesse positivo.

A firme posição da autora é alicerçada em argumentos analíticos: primeiro, busca desconstruir a posição contrária que reconhece ser majoritária quanto à possibilidade de indenização do interesse negativo na resolução (aparentemente defendida, por exemplo, por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda)⁷ para, em seguida, afirmar o seu entendimento.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 127-154, 1992. p. 152-154. Recentemente o caso foi recuperado e detalhado por CORRÊA, André. Sobre um punhado de tomates, de novo (uma pequena reflexão sobre um grande caso). In: BENETTI, Giovana et al. *Direito, cultura e método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, [s.d.]. p. 421-457.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXV, §3082. A autora propõe uma leitura contextual do *Tratado*, aludindo a outros trechos que seriam incompatíveis com a admissão do interesse negativo: t. V, §507 (edição de 1955), t. XXV, §3082 (edição de 1959), t. XXXVIII, §4146 (edição de 1962).

Argumenta que o pedido resolutorio, quando deferido, leva a três eficácias, componentes de uma relação de liquidação – o que expõe com invulgar clareza: desconstitutiva, liberatória e indenizatória. Alude ao que classificou como “falso problema” da incompatibilidade lógica da reparação do interesse positivo na resolução, pois a eficácia desconstitutiva encerraria contradição: não é pleno o efeito desconstitutivo do remédio resolutorio, pois não se presta a tornar sem efeito a ocorrência do descumprimento, que é pressuposto. Ou seja, a ficção não tem o condão de apagar todo o passado.

Em segundo lugar, há a liberação das partes quando a prestação ainda não foi executada, cabendo a restituição quando já tiver sido. Contudo, a restituição – considerada por vezes incompatível com a reparação do interesse positivo, é apenas eventual – pois depende justamente do cumprimento da parte lesada e somente se dá nos casos em que a resolução é *ex tunc* –, somente então a restituição estando voltada ao *status quo ante*. A finalidade da restituição não seria indenizar, porém conferir eficácia à liberação das partes quanto ao cumprimento de suas obrigações. “Liberação e restituição são duas faces da mesma moeda”. Por isso, da pretensão de restituição, contudo, não se extrairia conteúdo indenizatório direto. Entende que a relação de liquidação não deve se direcionar ao *status a quo* apenas porque um de seus elementos assim o faz, a parte não tem o condão de qualificar o todo.

A indenização, em si, deve voltar-se a *status ad quem*, somente assim o remédio resolutorio não servindo em desfavor do credor. Por isso o interesse positivo é composto pelo valor da prestação substitutiva, “descontada” da contraprestação devida pelo credor, propondo o “método da diferença”. Nesse sentido, não haveria distinções no direito às perdas e danos na resolução do contrato e na demanda por cumprimento: promove-se cálculo pela diferença entre esses fatores no cálculo da indenização. Por isso, nessa hipótese, a tendência reparatória obtida pelo primeiro filtro se mantém: o interesse positivo será indenizável no caso de inadimplemento contratual.

Como decorrência dessa conclusão, por fim, o livro encerra com uma quarta tese: a presunção de rentabilidade como alternativa em favor do lesado. A ideia volta-se à solução de problemas práticos, essencialmente em contratos que não tenham conteúdo econômico ou, embora tenham, sejam de difícil liquidação.

Presume-se que as despesas realizadas pelo lesado devem ser incluídas no cálculo da vantagem que pretendia obter com o contrato. Servem como um parâmetro mínimo do retorno que era esperado, pensando-se, assim no interesse positivo. Nesse sentido, despesas não devem ser compreendidas apenas literalmente, mas também devem refletir o “pensamento de frustração”. Um exemplo seria contrato de franquia resilido injustamente pelo franqueador. Há de se considerar as despesas como o aluguel, gastos com o mobiliário e contratação de

peças como um mínimo do lucro que era visado pelo negócio. É dizer, pelo mínimo, o franqueado visava o retorno do investimento. Frustrado pela resilição injusta, tem em sua esfera a alternativa no cálculo da indenização partindo das despesas desaproveitadas, podendo mais facilmente produzir prova nesse sentido. Outros possíveis exemplos envolvem contratos cujo cumprimento se confunde com a manutenção de uma atividade empresarial.

A proposição então realizada indica que a alusão ao *par conceitual* é um instrumento de análise da indenização cabível, mas não uma solução pronta e acabada para o problema, cuja discussão inegavelmente se aprofunda com o oferecimento do estudo ao direito brasileiro.

* * *

O rigor com os conceitos, o diálogo com autores de ponta e a tomada de posição firme e analítica recomendam a leitura completa da obra a qualquer estudioso do direito. Aos civilistas, especialmente àqueles que se propõem a investigar seriamente o terreno intermediário da responsabilidade civil e do direito dos contratos, a leitura é obrigatória.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

STEINER, Renata C. Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo. São Paulo: Quartier Latin, 2018. Resenha de: XAVIER, Rafael Branco. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 215-222, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.012
