

## *PARECERES.*

### **Responsabilidade Contratual. Caracterização. Responsabilidade Pré-Contratual. Cálculo do Ressarcimento.**

Antônio Chaves

Catedrático de Direito Civil e Professor de Teoria Geral do Direito Comparado e de Direito de Autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

*EXPOSIÇÃO — PARTE I. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. 1. Manifestada a aceitação da proposta, está concluído o negócio. 2. As relações locatícias não exigem contrato por escrito. 3. Caracterização da responsabilidade contratual. PARTE II. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. 4. Ilegitimidade da ruptura arbitrária e intempestiva das negociações. 5. Elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual: 6. I. Consentimento às negociações. 7. II. Dano patrimonial. 8. III. Relação de causalidade. 9. IV. Culpa. PARTE III. FUNDAMENTO JURÍDICO DA RESSARCIBILIDADE DO DANO. 10. A) Responsabilidade contratual. 11. B) Responsabilidade pré-contratual. PARTE IV. CÁLCULO DO RESSARCIMENTO. 12. A) Na hipótese de responsabilidade contratual. 13. B) Na hipótese de responsabilidade pré-contratual. CONCLUSÃO.*

#### *EXPOSIÇÃO.*

No dia 29 de outubro de 1970 CIDAR S.A. — REPRESENTAÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E COMÉRCIO publicava em *O Estado de São Paulo* amplo anúncio oferecendo à locação uma “Mansão para Escritório”, com frente para o Palácio dos Campos Eliseus, área total de 1450 m<sup>2</sup>, estacionamento comportando 50 automóveis, numa área livre de 2306 m<sup>2</sup>, com PBX 5x40, PAX, 28 ramais, relógio elétrico central, casa forte, etc.

Entre os pretendentes, foi selecionada a firma COMÉRCIO E INDÚSTRIA MANNEX DO BRASIL LTDA., que enviou um diretor e um alto funcionário em visita ao imóvel, ao qual voltaram acompanhados de engenheiros ou projetistas.

Confirmando os entendimentos, a locadora remeteu, por meio de carta de 18-11-1970, plantas dos pavimentos superior e inferior do prédio.

Seguiram-se trocas de idéias e de impressões que podem ser divididas em quatro fases:

1.<sup>a</sup>) A MANNEX manifestou interesse pela locação, ressaltando, no entanto, que a decisão final dependeria de uma reunião da Diretoria, em Belo Horizonte, que não poderia ocorrer antes do regresso de um dos Diretores, que se encontrava na Alemanha.

A locadora, por sua vez, externou o agrado com que veria a locação à MANNEX.

Nenhuma das duas partes, no entanto, assumiu qualquer compromisso, situação bastante comum, razoável, e que não acarreta prejuízos a quem quer que seja.

2.<sup>a</sup>) Dentre os demais candidatos propendeu a CIDAR pela Superintendência de Saneamento Ambiental, "SUSAM", órgão da Secretaria da Saúde culminando as negociações numa carta da locadora, de 18-12-1970, propondo o aluguel mensal de Cr\$ 50.000,00, a partir da data da assinatura do contrato, com prazo de locação por quatro anos, reajuste de aluguel com base nos índices de correção das obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional ou dos ajustes do salário mínimo, e mais condições usuais, valendo a proposta por oito dias úteis.

Respondeu a SUSAM em carta datada de 21-12-1970, de quatro páginas e meia, o que por si só demonstra seu interesse, aceitando em linhas gerais a proposta, que acompanhou de cláusulas suplementares.

3.<sup>a</sup>) Dentro do referido prazo de oito dias a MANNEX restabeleceu contacto, informando que estava em condições de resolver.

A locadora preferia alugar o prédio a uma firma particular, mas não podia interromper as negociações com a outra parte, salvo se interessasse dentro daquele lapso um fator novo.

Isto na verdade ocorreu, quando a "SUSAM" pleiteou que a locadora construísse outro prédio no terreno, o que não lhe resultava conveniente.

Comunicado o fato à MANNEX, enviou esta aos escritórios da locadora, no dia 28-12-1970, dois representantes:

- um diretor: sr. GERHARD KESSLER, e
- um alto funcionário, sr. ANTONIO ANTUNES.

Não obtendo abatimento no aluguel, pleitearam e obtiveram a inclusão, no contrato, da cessão de uma mesa de 5 m. para reuniões, da geladeira comercial que se encontrava na cozinha e outras concessões: início da locação no dia 15 de janeiro, encargos por conta da MANNEX, prazo de 42 meses e inclusão de duas linhas tronco da CTB.

De próprio punho, o sr. KESSLER forneceu seu nome completo e o de seu colega de diretoria para que fosse lavrada a redação por escrito do contrato, já definitivamente assentado, encerrando-se assim a fase preliminar de entendimentos pela troca de consentimentos, de parte a parte.

Três dias depois a locadora desligou-se de quaisquer compromissos com a "SUSAM" e submeteu à MANNEX, contra recibo, o contrato para a locação nos termos já definitivamente avençados.

4.ª) No dia 20-1-1971 a locadora foi visitada pela candidata à locatária, já representada por outros diretores, que manifestaram a decisão de desistirem da locação, apresentando suas desculpas.

Não podendo aceitar semelhante atitude, a CIDAR, por meio do Cartório de Registro de Títulos, naquela mesma data enviou à MANNEX uma carta, em que, depois de historiar longamente os fatos, declarou que o prédio estava à disposição daquela firma, vencendo-se os aluguéis desde a data convencionada, 15-1-1971.

Respondeu a MANNEX no dia 2 do mês seguinte, tendo sido suas alegações rebatidas, uma a uma por carta do dia 11 da CIDAR.

Esta, malogrados todos os esforços, colocou novo anúncio no dia 27-2-1971, só alcançando o seu objetivo em data de 22-6-1971, com a "FUMEST", Fomento de Urbanização e Melhoria das Estâncias.

Diante desses elementos, e oferecendo completa documentação, apresenta o dr. MÁRIO SÉRGIO DUARTE GARCIA três quesitos, a seguir reproduzidos, cada qual acompanhada da respectiva elucidação, fundamentação e resposta.

#### PARECER.

#### PARTE I

#### RESPONSABILIDADE CONTRATUAL.

##### 1. *Manifestada a aceitação da proposta, está concluído o negócio.*

“a) A troca de correspondência, os entendimentos verbais, a remessa de contrato de locação e de planilhas pela proprietária à futura locatária, e o visível interesse desta última, que levou a proprietária a desistir de um negócio já iniciado com outrem, caracterizam uma relação obrigacional entre as partes ou implicam em responsabilidade pré-contratual?”

Não nos encontramos, no caso da consulta, diante de hipótese de responsabilidade *pré-contratual*, como poderia parecer à primeira vista, mas diante de eventualidade clara, nitidamente configurada de responsabilidade *contratual*.

O que é necessário é não confundir o *contrato*, avença, acordo, com a *prova e formalização* desse mesmo acordo.

O período de formação do contrato tem preocupado os tratadistas, que dissertam amplamente a respeito da matéria.

Assim, GABRIELE FAGGELLA em vários escritos demonstra que cada contrato tem um período de pré-formação, que divide em três momentos:

- a) período de ideação de elaboração, psíquico, interno;
- b) período exterior de aperfeiçoamento e de atuação, que se concretiza na proposta;

c) período em que a proposta se põe em movimento, ou período de aperfeiçoamento, para o seu nascimento no mundo exterior.

M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, em parecer publicado na *Revista Forense*, v. XIV, p. 392-394 discrimina, com maior nitidez, três fases distintas por que passam os contratos, desde os atos iniciais até a sua perfeição.

A primeira é a da *elaboração*, durante a qual somente se cogita de simples negociações ou práticas preparatórias, de ajuste preliminares para a formação do projetado contrato.

A segunda é a da *vinculação*, durante a qual ocorre o acordo das pessoas interessadas, ou melhor, se verifica a resultante das duas vontades que se unem.

A terceira fase, a da *perfeição*, é caracterizada pela assinatura da escritura pública em notas de tabelião.

Voltaremos, daqui a instantes, a este último elemento.

Interessa-nos agora perquirir qual é o momento em que se torna obrigatória uma proposta.

Embora não muito preciso a esse respeito o Código Civil pátrio, um simples relacionamento de alguns de seus dispositivos permite em matéria de contratos bilaterais, entre presentes, separar duas hipóteses:

a) por parte do proponente, a proposta de contrato — desde que não resulte o contrário de seus termos, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso —, obriga desde que seja formulada (art. 1080);

b) por mera dedução lógica, o mesmo deverá ocorrer com relação à aceitação: esta é que, por sua vez, assinala o início da obrigatoriedade.

Na verdade, preocupa-se o art. 1084 do Código Civil apenas com os negócios em que não se costuma exigir a aceitação expressa, para reputá-los concluídos se a recusa não chegar a tempo.

Mas se lembrarmos que o art. 1079 admite que a manifestação da vontade seja tácita, quando a lei não estipule exigência contrária, chegaremos à conclusão de que, manifestada a aceitação, está concluído o negócio.

Nem se concebe solução diferente, sob pena de ter-se como vinculativa a proposta do ofertante (art. 1080) e não a aceitação da outra parte.

A deficiência provém da formação do Código Civil francês, a que os Códigos mais modernos procuram corrigir.

Assim, é terminante o Código italiano de 1942, dispondo:

“Art. 1326. *Conclusionione del contratto.* — Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte. . ”

Mais expressivo ainda, o Código Civil português de 1966 consigna:

“Art. 234. *Dispensa da declaração de aceitação.* — Quando a proposta, a própria natureza ou circunstância do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta.”

O Código das Obrigações e dos Contratos do Líbano de 1932, depois de consignar que o consentimento em matéria contratual, se decompõe em dois elementos:

- 1 — Uma oferta ou policação;
2. — Uma aceitação (art. 178), sob a epígrafe: *Do momento em que o Contrato é Concluído*, coloca, além de outros dois, o

“Art. 183. — Entre pessoas presentes, o consentimento existe e o contrato é concluído no próprio instante em que, estando as partes de acordo sobre as condições da operação, a aceitação une-se à policação, a menos que elas não tenham combinado submeter o contrato a uma forma determinada, por elas escolhida.”

Ou, como claramente diz o Código Civil mexicano:

“Art. 1807 — El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligados por su oferta según los artículos precedentes.”

Finalmente, o Código Civil argentino estabelece com segurança o princípio da revogabilidade da oferta e da aceitação, enquanto a primeira não tenha sido aceita e esta não tenha chegado ao conhecimento do ofertante (arts. 1150, al. 1.<sup>a</sup> e 1155)

Não podia ser diferente a solução no nosso direito. Autoriza a conclusão a interpretação autêntica de CLÓVIS BEVILÁQUA, em comentário ao art. 1086. Depois de por em realce como é considerável o interesse de saber-se em que momento se tem por concluído o contrato, porque, *desde então, as partes se acham vinculadas*, e começa a convenção a produzir os seus efeitos, consigna:

“Se o contrato é formado entre presentes, a conjunção das vontades se opera no momento em que o aceitante comunica a sua vontade ao policitante. Como a comunicação do aceitante chega, imediatamente, ao conhecimento do proponente, a doutrina a respeito é firme.”

## 2. *As relações locatárias não exigem contrato por escrito.*

Dir-se-á que o contrato não foi formalizado por escrito.

Não foi, realmente.

Isso não impede que não se reconheça, no caso, a responsabilidade pelas perdas e danos, decorrente do rompimento de um contrato concluído pelo encontro das vontades, que desde aquele momento passou a produzir os seus efeitos.

Entre outras razões, porque o contrato por escrito não é indispensável nas relações locatícias.

“Em nosso direito” — demonstra, invocando SERPA LOPES e ORLANDO GOMES, AGOSTINHO ALVIM, *Aspectos da Locação Predial*, Jurídica e Universitária, Rio, 2.<sup>a</sup> edição, 1966, p. 37 — “quaisquer que sejam as pessoas que intervêm no contrato de locação; qualquer que seja o seu valor; e qualquer que seja o tempo de sua duração, a lei, não impõe forma especial, podendo celebrar-se até mesmo verbalmente.”

Estamos, pois, diante de um contrato consensual, isto é, daqueles que não dependem de qualquer forma especial expressamente exigida por lei.

### 3. *Caracterização da responsabilidade contratual.*

Dúvida não pode haver que, formado o consentimento pelo “cum sentire” dos romanos, exprimindo ou “conformidade de opiniões”, como quer LITTRÉ, ou “concordância das partes”, como define AULETTE, temos compostas as duas declarações de vontade, dando origem à formação da obrigação.

“Não há, pois, exagero em dizer que os efeitos do contrato, mesmo os mais distantes e imprevisos, foram “queridos” pelas partes”, — acentua MARCEL PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Generale, Paris, 10.<sup>a</sup> ed., 1926, p. 343, — “porque as idéias se encadeiam com uma força lógica, e aquele que admite um princípio, aceita, por isso mesmo, as suas conseqüências. Os efeitos do contrato estão contidos no próprio compromisso.”

A validade das declarações de vontade — é o disposto no art. 129 do Código Civil — não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente o exigir.

Ora, caracterizando-se a responsabilidade contratual por dois elementos:

1.º) — a existência de um contrato entre a vítima e o autor do dano;

2.º) — que o contrato seja válido, não há como não chegar à conclusão de que a violação do contrato implica nas conseqüências previstas no art. 1056: perdas e danos.

Não sendo substancial do ato a escritura pública, nem mesmo o escrito particular, é claro que, para a hipótese, não prevalece a exigência



formulada por M. I. CARVALHO DE MENDONÇA da escritura pública assinada em notas de tabelião: a simples troca de consentimentos firma o contrato verbal.

Bem explícita, a esse propósito, a lição de FRANCESCO MESSINEO, *Dottrina Generale del Contratto*, Giuffrè, Milão, 3.<sup>a</sup> ed., 1932, p. 187:

“Una volta che il proponente abbia preso conoscenza dell'accettazione, il contratto, *se non è soggetto a forma essenziale, è formato anche nel senso che null'altro occorre alla perfezione di esso*. Se invece è soggetto a forma essenziale, il contratto si potrà dire perfezionato, soltanto quando sia stata impiegata la forma scritta (scrittura privata, o atto pubblico) ”

Mas ainda que por um desarrazoado rigorismo, não se quizesse aceitar uma tese que se impõe à toda evidência, ainda assim não poderia o transfuga contratual, aquele que, inopinadamente se retira das negociações em andamento, sem razão plausível, furtar-se às conseqüências de um comportamento tão irresponsável.

É o que verificaremos ao analisar o quesito seguinte.

## PARTE II

### RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL.

#### 4. *Ilegitimidade da ruptura arbitrária e intempestiva das negociações.*

“b) Cabe pedido de indenização dos prejuízos sofridos em virtude do arrependimento do contrato estipulado, ou da retirada injustificada das negociações, por parte da candidata a locatária?”

Toda parte que entra em negociações com outra, sabe de antemão que nem sempre chegará a um entendimento.

Mas a seriedade que se exige no cumprimento de um contrato, não há razão para não demandá-la na fase preliminar, em que cada uma confia na lisura, na lealdade, na sinceridade da outra.

Negociações, quando se arrastam por semanas e meses, implicam em despesas, em perda de tempo, em desperdício de outras oportunidades.

Não é normal nem lógico, que depois de um certo comprometimento decorrente das esperanças que faz nascer no co-contratante, o outro se retire pura e simplesmente, sem um motivo plausível, sem uma satisfação convincente.

Tivemos oportunidade, já lá vão 12 anos, de escrever uma monografia subordinada justamente ao título *Responsabilidade Pré-Contratual*, Forense, Rio, 1952, em que procuramos demonstrar que o puro e simples retrocesso, sem que as negociações tenham alcançado um resultado positivo ou negativo, importa na violação de um tácito acordo pré-contratual, que obriga à indenização das despesas que tenham sido feitas, ou nos lucros que tenham sido perdidos, na esperança de um resultado positivo.

Perdoar-se-nos-á que a invoquemos, no decorrer do presente trabalho, maior número de vezes do que desejaríamos:

“A ruptura arbitrária e intempestiva das negociações, contrariando o consentimento dado à sua elaboração, tem caráter de ilegitimidade e torna inúteis as referidas despesas de que uma das partes, se soubesse que corria o risco de uma retirada repentina, teria podido abster-se” (p. 208).

Acentuávamos a p. 55 que, verificado o consentimento recíproco, as vontades do proponente e do aceitante como que se separam da pessoa deles, para transformarem-se naquela *vontade contratual*, que, na expressão de ROBERTO DE RUGGIERO, é o resultado, não a soma das vontades individuais, e constitui uma entidade nova, capaz, por si só, de produzir o efeito jurídico desejado, subtraindo-se às possíveis veleidades de uma só das partes, daí decorrendo sua irrevogabilidade.

E aditávamos:

“Antes que se verifique aquele fenômeno do encontro das duas vontades dos contratantes, — encarece FAGGELLA, — ou melhor, antes que haja aceitação da oferta feita, cada um mantém a própria liberdade: o autor da

proposta, a de impedir o aperfeiçoamento do vínculo obrigacional; o destinatário, a de não aceitar a proposta.”

“Uma vez, porém, separada a vontade tornando-se autônoma, objetivada pela relação de obrigação ou numa promessa para servir como elemento de futura relação jurídica. é um ato real, operativo, já subtraído ao poder do seu autor, cuja separação, de um lado, produz a independência da volição, e de outro, importa numa auto-limitação da vontade, porquanto esta se vincula a não revogá-la e a deixá-la subsistir de acordo com a declaração feita.”

E depois de uma série de considerações demonstramos, p.153, seguindo a lição de SALEILLES, não tratar de um fato decorrente do risco, mas de um fato prejudicial realizado em tais condições que aquele do qual emana deve reparar certas conseqüências suscetíveis de lhe serem atribuídas por uma relação direta de causalidade:

“Existe como que uma espécie de responsabilidade virtual, implícita em toda contratação começada de comum acordo. Haveria algo de artificial e de insuficiente em não atribuir valor jurídico senão ao ato jurídico propriamente dito. As negociações, uma vez iniciadas, já compõem um fato, tendo um valor jurídico, não um valor decisivo, constituindo uma manifestação concreta e definitiva, como seria o caso de uma declaração de vontade propriamente dita, mas não apresentando menos uma relação de caráter jurídico existente e estabelecida entre as partes, de tal modo, que é impossível que, numa forma e numa medida a serem determinadas, o direito não leve em consideração as relações principiadas.

Elas já entraram no seu domínio, não são fatos que lhe sejam indiferentes e estranhos.”

##### 5. *Elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual.*

Acompanhemos, um a um, os quatro elementos de que se compõe a responsabilidade pré-contratual.

6. *I. Consentimento às negociações.*

Não há necessidade de nos estendermos na demonstração da caracterização perfeita desse elemento, amplamente documentado como se encontra.

Aí está o primeiro anúncio publicado a 29-10-1970, a primeira carta da CIDAR à MANNEX, de 18-11-1970, e já no terceiro dos períodos aludidos na “exposição”, o fornecimento, de próprio punho do sr. GERHARD PETER THEODOR KESSLER, do seu nome civil e do do seu colega de diretoria, GUENTER HERMANN HUGO KARSCH, para que fosse lavrado o contrato; o protocolo de recebimento de “um envelope contendo contrato de locação em 3 vias, para ser assinado” pela MANNEX.

Estabelecendo-se mesmo o mais desprevenido dos balanços entre os argumentos desenvolvidos pela CIDAR S.A. e pela MANNEX, na posterior troca de correspondência, uma coisa é indubitável: a fase de simples consentimento às negociações está não apenas caracterizada, como, de há muito, ultrapassada.

Temos aí um daqueles casos em que a minuta encerra os elementos de um contrato perfeito, que, insista-se, não precisa ser escrito a não ser para produzir os efeitos que lhe são peculiares com relação a terceiros, ou para facilitar uma prova, que, na hipótese em exame, é perfeita e acabada.

Num caso desses, a obrigação assumida pelas partes de dar forma regular ao contrato rascunhado dá origem ao fenômeno a que expressivamente ROBERTO DE RUGGIERO denomina de mera “reprodução contratual”.

“Se, porém, se passa uma minuta completa sobre todos os pontos do contrato”, — teve oportunidade de dizer J. X. CARVALHO DE MENDONÇA — “ao menos sobre todos os pontos principais, podendo ser os outros supridos por disposições legais, e se as partes a aprovam, e se de acordo com a lei ou a vontade das partes não tenha de ser dado ao contrato forma “ad solemnitatem”, firma-se entre elas vínculo obrigatório. A minuta de contrato e negociações faz prova por si só ou acompanhada de outras provas (Reg. 737, de 1850, art. 152, § 5.º).”

A minuta perfeita, demonstrou VICENTE RÁO, em conferência proferida aos 23-1-1957, *Relações pré-contratuais*, Justitia, S. Paulo, vol. 20, 1958, p. 65, nos casos em que a forma escrita é exigida “ad probationem” e não “ad solemnitatem”, vale em princípio como contrato, se a lei nenhuma outra formalidade exige para o seu aperfeiçoamento.

### 7 II Dano patrimonial.

O dano patrimonial, no caso, é indiscutível: alcança não o período que vai desde 15-1-1971, data em que o prédio foi colocado à disposição da MANNEX, até a data da assinatura do contrato com a “FUMEST” (tratava-se de uma concessão da consulente à MANNEX, mera liberalidade para facilitar a locação, que, nada justifica seja mantida diante do comportamento por esta assumido), mas aquele a partir da manifestação do consentimento à locação, isto é, 28-12-1970.

Essa é a parcela principal: numerosas outras terão que ser acrescentadas, como melhor será demonstrado ulteriormente.

A jurisprudência nesse sentido, tanto internacional como nacional é abundante, conforme demonstra a referida monografia, invocando decisões da Corte de Cassação da Itália (p. 163/4), do Tribunal de Nápoles (p. 164), da Corte de Rennes (p. 164/5) e do Tribunal de Justiça de S. Paulo (p. 165), do Supremo Tribunal Federal (p. 165 e 166)

Estas últimas são particularmente interessantes, por reconhecerem que tratando-se não de contrato, mas de formação de contrato, a prova testemunhal é admissível, mesmo além da taxa legal; e que o documento que autoriza a fundada esperança de determinado negócio não necessita de *forma especial* para que nele se funde uma ação de indenização em caso de retratação.

### 8. III Relação de causalidade.

Transcrevendo, entre outros autores, SALEILLES, fazemos ver que se uma das partes efetua despesas, não poderá ser contestada, ocorrendo revogação da oferta (e é análoga a situação de quem se retrata depois de assumido o compromisso) a relação de causalidade entre o prejuízo sofrido e o fato da revogação.

“Vai mais longe ainda o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris ao admitir não somente a relação de causalidade, mas o que denomina *relação de solidariedade*, ou princípio de responsabilidade, por que existe forçosamente uma conexão que se impõe entre um ato jurídico cuja iniciativa se tome e as consequências desse ato que poderiam ser prejudiciais para aquele a quem o ato se dirigia.

Por muito que esse ato comporte o direito de retirada, não é mais possível que o uso da revogação seja ilimitado e que se mova numa esfera absoluta de irresponsabilidade. O exercício de um direito, quando esse direito tem por objeto reagir sobre um primeiro ato de que se tomou a iniciativa, ou do qual se participou, e que tem o valor de um ato jurídico, não se pode produzir senão sob condição de não causar qualquer dano à outra parte.”

#### 9. IV Culpa.

FAGGELLA, que tanto contribuiu para a construção da teoria da responsabilidade pré-contratual, não admitia a culpa como elemento formador, entendendo que o “recedente”, “opera nella leggitima sfera del suo diritto”.

Acompanha-o SALEILLES, que também procura por todas formas repelir o conceito de culpa na caracterização dessa responsabilidade.

Ousamos divergir de tão altas autoridades, procurando demonstrar, a p. 172 e seguintes, que ela se fundamenta não em qualquer retirada das negociações, mas na retirada “*sine causa*”, no rompimento “intempestivo”, arbitrário”, “repentino”, etc..

Como negar que em todos esses casos intervém como elemento formador a culpa ?

Demonstrou-o bem JEAN CHABAS, *De la Déclaration de Volonté en Droit Civil Français*, Sirey, Paris, 1931: consistindo a responsabilidade pré-contratual no fato do declarante ter promovido uma aparência prejudicial para outrem, se ela foi criada voluntariamente é um embuste, e a idéia de culpa parece indiscutível. Se foi formada involuntariamente,

constitui o resultado de uma negligência ou de uma imprudência mais ou menos repreensível por parte do autor, mas, em todos os casos, a culpa aparece nitidamente caracterizada.

Temos aliás, ven. acórdão da C. Segunda Câmara do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 24-7-1946, do qual foi relator o des. ANTÃO DE MORAIS, *Rev. dos Tribs.*, 104/608, reconhecendo o elemento culpa como caracterizador do rompimento da promessa de contratar, obrigando à reparação do dano com fundamento no art. 159 do Código Civil.

G. P. CHIRONI, *La Colpa nel Diritto Civile Moderno*, Bocca, Torino, 2.<sup>a</sup> ed., 1897, p. 19, enaltece a influência da culpa no período da formação do contrato. Ela determina melhor a construção ordenada sobre os dois conceitos de vontade e de responsabilidade, dando, ao mesmo tempo, a medida da escusabilidade do erro, coordena a este instituto o dolo e tem ainda virtude na regulamentação da interpretação dos contratos, acrescentando, textualmente:

“Porque a consideração em que deve ser tida a boa fé da parte cuja vontade é declarada, não significa que o seu estado psicológico deva dar a medida para aquilatar esse valor; quer dizer somente, que ela tem direito a que a parte declarante use na formação do contrato aquela diligência que deve colocar no seu cumprimento quando esteja constituído. Alarga-se assim o conteúdo do conceito deduzido da vontade e da responsabilidade, e da própria *culpa in contrahendo*: figura essa que não dá somente causa à obrigação do dano-interesse negativo, mas explica a existência do negócio em casos nos quais unicamente a vontade não justificaria semelhante resultado.”

A legislação dos países mais adiantados reconhece amplamente a responsabilidade que estamos analisando.

A começar pelo Código Civil italiano:

“Art. 1337 (Negociações e responsabilidade pré-contratual) As partes, no desenvolvimento das negociações e na formação do contrato devem comportar-se de acordo com a boa fé.”

Comentando o novo texto legislativo, salienta ENRICO COLAGROSSO, *Il Libro delle Obligazioni (Parte Generale)*, Milão, 1943, que ele codificou o princípio da responsabilidade pré-contratual, como expressão da boa fé que deve presidir a formação dos negócios jurídicos; e de tal instituto pôs nitidamente em realce os pressupostos jurídicos.

Adita que, contemplando a responsabilidade pré-contratual sob o título dos requisitos dos contratos, resolveu implicitamente a questão, considerando a culpa como contratual, aderindo, assim, à doutrina sustentada por IHERING.

Reconduzida, desse modo, a responsabilidade *in contrahendo* às normas contidas no art. 1176, fecha-se o círculo, fazendo-se ver que a diligência do devedor na formação do contrato é a mesma que se exige na sua formação, isto é a do “*buon padre di famiglia*”

Recomenda ainda o

“1175. *Comportamento secondo correttezza.* — Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.”

A melhor solução legislativa vamos todavia encontrá-la no Código Civil chileno, que com admirável precisão, conciliando os interesses da teoria aos da prática, consigna:

“Art. 100. A retratação intempestiva impõe ao proponente a obrigação de indenizar os gastos que a pessoa a quem foi encaminhada a proposta tenha feito, e os danos e prejuízos que tenha sofrido. Sem embargo, o proponente poderá exonerar-se da obrigação de indenizar cumprindo o contrato proposto.”

Já o Código Civil colombiano é mais severo, porque leva a idêntica ilação inclusive a retirada efetuada em tempo oportuno:

“Art. 187 A retratação tempestiva não libera o proponente da obrigação de indenizar as despesas que tenha feito e os danos e prejuízos que tenha sofrido a pessoa a quem foi encaminhada a proposta, ou de levar a termo o contrato iniciado.”



Tratando-se de responsabilidade relativa a negócios bilaterais, é bem de ver que as mesmas conseqüências hão de se aplicar, e até com mais razão, no que diz respeito à retratação tempestiva ou intempestiva do aceitante.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado já tem tido oportunidade de se manifestar reiteradas vezes a respeito da viação do pacto *de contrahendo*

Além dos casos mencionados em minha monografia, podem ser indicados dois muito expressivos. No primeiro, a C. Quarta Câmara, Rev. Tribs. 151/194 reconheceu o valor de minuta, e do ajuste definitivamente assentados, só dependente de mero aperfeiçoamento formal.

Ao contrário do que acontece na espécie, o contrato não havia chegado a ter existência jurídica, daí a razão porque não condenou nas perdas e danos que resultariam da violação do compromisso, e sim do pacto *de contrahendo*, devendo a liquidação fazer-se em execução:

“A violação de pacto *de contrahendo* sujeita a parte infratora ao pagamento de perdas e danos, inclusive a verba para honorários de advogado.”

No segundo, mesmo repertório, v 251/300, decidiu que:

“Embora a promessa de contrato consista em uma obrigação de fazer nem por isso em alguns casos deixa de ser exigida a prestação *in natura*. Mas quando a promessa não é realizável desse modo, impõe-se a indenização por perdas e danos, como conseqüência lógica e inevitável do inadimplemento da obrigação de fazer.”

### PARTE III

#### FUNDAMENTO JURÍDICO DA RESSARCIBILIDADE DO DANO.

##### 10. A) *Responsabilidade contratual.*

“c) Qual, na espécie, o fundamento jurídico da ressarcibilidade do dano?”

O dano, já ficou demonstrado, ocorreu. Provém de responsabilidade indubitável. Seja ela de natureza contratual, como de natureza pré-contratual, como de natureza pós-contratual, pouco importa.

Apenas por uma questão de método iremos manter a separação entre as hipóteses de responsabilidade contratual e de responsabilidade pré-contratual, uma vez que, tanto numa como em outra eventualidade o que se visa é restabelecer a situação patrimonial da consulente tal qual se a inopinada retirada da locatária não lhe tivesse criado tantos problemas.

Em ambas as hipóteses lhe socorreria o disposto no art. 159 do Código Civil.

Analisemos, no entanto, em primeiro lugar a responsabilidade contratual.

Nesse caso, o supedâneo legal é encontrado no art. 1088 do Código Civil, e, complementarmente, nos arts. 1056 e 1059.

A doutrina não conseguiu ainda estabelecer uma diferença nítida entre as consequências decorrentes da culpa contratual e da extracontratual.

MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Forense, Rio, 4.<sup>a</sup> ed., 1956, t. II, p. 12, adverte dizer-se contratual a culpa que repousa em obrigação preexistente a cujo implemento se era obrigado, não implicando no entanto o vocábulo a idéia de um *contrato* anterior e sim somente de uma obrigação cuja fonte pode ser outra, como um quase-contrato, etc.

A extracontratual, também chamada aquilina pela origem romana de sua regulamentação, é a que decorre dos atos ilícitos:

“Princípios diferentes regulam uma e outra.

Posto que em ambas o conceito da culpa seja filosoficamente o mesmo, todavia a medida da culpa contratual é a vontade, real ou presumida das partes, e, portanto, está sujeita às modalidades pessoais e privadas.

A extracontratual, ao contrário, tem seus delineamentos em disposições de leis, não sofre a aplicação do *criterium* da correspectividade e cai por isso dentro da alçada do interesse público.”

Embora o princípio da responsabilidade seja uniforme, percebe uma medida diferente nas duas espécies de culpa:

“Na contratual pode o contrato modificar-lhe a extensão e mesmo determinar elementos especiais cujo curso determine a culpa.

Na aquiliana a medida da responsabilidade é mais ampla, de modo que a incapacidade que as mulheres e menores têm para contratar não é a mesma que as faz sofrer as conseqüências dos delitos e quase-delitos que praticam.

Quem pede indenização pela culpa contratual não a precisa provar; só precisa constituir o devedor em mora; para a indenização da extracontratual é necessário prová-la, mas não é necessário constituir o devedor em mora, pois que está em mora de pleno direito o autor de um delito ou de um quase-delito.”

Enumera extensamente os textos das legislações que consagram explícita ou implicitamente esses princípios, mas recomenda que não se exagere a diferença entre as duas espécies de culpa:

“Ambas constituem um fato ilícito e nisto reside a mesmidade do conceito filosófico de ambas...

A culpa contratual engendra uma responsabilidade de delito contratual; é sempre um delito previsto e regulado pela convenção das partes.”

Tece longas considerações a respeito da *culpa in contrahendo*, acentua que ela deve ser apreciada pelos mesmos princípios reguladores da culpa relativa à sua execução, e acrescenta:

“Sempre que duas pessoas se propõem a formar um contrato, o peticitante obriga-se a responder para com o outro, no que diz respeito à formação do contrato, pela mesma culpa porque se responsabiliza em virtude do mesmo contrato; em uma palavra, vincula-se a evitar to-

da a culpa. Isto é implícito, é da natureza das coisas, é uma convenção tácita, como o demonstra o próprio fato de se formar o contrato

Nos contratos bilaterais esse pacto é recíproco.

Quem contrata deve ter bem assentado que a obrigação assumida não é contrária à existência e validade do contrato que se forma; que garante ter bem verificado suas condições de procedência, de maneira a não resultar dele nenhum dano ao contratante.”

Alude, a p. 45, ao fato de tanto a doutrina como a jurisprudência terem sido entre nós sempre defectivas e pouco metódicas em traçar as regras que bem estabeleçam o equilíbrio entre a culpa e a reparação do dano dela decorrente, e assim como já havia ressaltado não haver razão para distinguir a culpa contratual da aquiliana, o mesmo com relação o dever de reparação do dano:

“O fundamento da indenização do dano é sempre um fato ilícito no sentido mais amplo; não é o contrato que a justifica e sim o dolo ou a culpa do devedor inadimplente ou retardatário. Tanto assim é que tal dever é extensível às obrigações dos quase-contratos e da lei. Se o contrato fosse a fonte exclusiva do dever de reparação, a lei não proibiria aos contratantes a liberação do dolo contratual.

Se as legislações tratam separadamente do dano contratual e do *ex delicto* é porque aquele é uma continuação da obrigação, uma conseqüência lógica e inseparável do vínculo preexistente.

Além disso, a culpa contratual é mais complicada, suscetível de graus concretos e pode ser modificada pelo caso fortuito e força maior, ao passo que a aquiliana comporta regras mais fixas.”

Justifica plenamente o fato do nosso direito, como a maioria dos códigos, fazer uma clara distinção acerca dos princípios reguladores da reparação do dano contratual:

“Se a inexecução resultar do dolo, do devedor, as perdas e danos só compreendem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes direta ou imediatamente decorrentes. Se, ao contrário, a inexecução não teve por causa o dolo, o devedor que deixou de pagar no tempo e pela devida forma só responde pelos lucros que forem ou podiam ser previstos na data em que contraiu a obrigação.”

E fundamenta:

“O elemento moral do devedor não deve ser posto à margem para visar-se unicamente o dano do credor.”

Se este último fosse um *criterium* exclusivo, todo o dano seria igualmente reparável. Na solução adotada é bem possível que o valor previsto seja inferior ao dano real sofrido pelo credor e, portanto, não ser completa a indenização. É verdade; mas também a ofensa à moral resultante do inadimplemento doloso é muito maior do que a do devedor a quem apenas seja imputável a mora.”

Enumera os Códigos que adotam essa doutrina, combatida pelos alemães.

Mais recentemente, ROBERTO H. BREBBIA, professor de Direito Civil da Universidade Nacional do Litoral, Argentina, conseguiu discriminar, a p. 107 e segs. de sua *Responsabilidad Precontratual*, Rosario, 1957, a extensão do ressarcimento nos casos que compõem a teoria dessa responsabilidade dos princípios gerais estabelecidos em matéria de perdas e danos, como será adiante demonstrado.

Nossa jurisprudência não é menos explícita.

Em caso análogo, o E. Tribunal de Justiça do Estado, em Câmaras Conjuntas, teve oportunidade, aos 3-2-1928, *Rev. Tribs.*, v 65/386, de reconhecer que,

“demonstrado, pelos meios gerais de prova, que houve arrependimento de uma das partes e que esse arrependimento se deu sem justa causa, deve o que se arrepende ressarcir à parte contrária as perdas e danos que lhe tiver causado.”

Também o Supremo Tribunal Federal teve análogo pronunciamento, em espécie reproduzida no mesmo repertório, v. 175/317, reconhecendo a sujeição do inadimplente ao pagamento de perdas e danos, inclusive honorários de advogado.

Tendo-se tornado impossível a prestação, ou recusando-se a ela, o devedor responderá por perdas e danos, como resulta expressamente dos arts. 879 a 880 do Código Civil, com abundante número de decisões aplicáveis à espécie.

#### 11. B) *Responsabilidade pré-contratual.*

No tocante à responsabilidade pré-contratual, insistamos, com GIUSEPPE TAMBURRINO, *I Vincoli Unilaterali nella Formazione Progressiva del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1954, p. 9, que a posição de liberdade das partes no período de formação do contrato fica antes de mais nada subordinada a um limite de caráter geral, constituído pelo dever da observância da boa fé.

Lembra que a discussão doutrinária sobre a responsabilidade ou não da ruptura das negociações, intempestiva e arbitrária, está superada pelas disposições dos arts. 1328, 1337 e 1338 do Código Civil italiano, que estabelecem a regra, embora como princípio, que nenhuma das partes é obrigada a prosseguir e a persistir nas negociações, nem a respeitar o que no decorrer das mesmas tiver sido declarado, ou a manter firme e imutável a oferta. E acrescenta:

“todavia, como mínimo indispensável para proteger a posição da parte contrária contra injustificadas rupturas e retiradas e para tornar possível a subsistência de sãs, leais e duradouras relações entre os interessados, cada uma das mesmas partes é obrigada a uma atitude honesta e leal, baseada em clareza, e é obrigada a agir com seriedade de entendimento, embora livre no que diz respeito ao prosseguimento das negociações e à conclusão do contrato.”

Disserta a respeito dos mencionados dispositivos sublinhando que eles se inspiram sem dúvida em exigências relativas à proteção da confiança. É

evidente que quem vem a negociações e entabula discussões para a realização de um negócio e a conclusão de um contrato, ou então, quem seriamente propõe e oferece concluí-lo, inspira naquele com o qual estabelece contacto a razoável confiança na própria seriedade de intenções, cria na parte contrária uma confiança ao sucesso ou de qualquer modo ao bom andamento das negociações.

“Estamos pois diante daquela especial forma de responsabilidade que é chamada “responsabilidade pré-contratual”, por “culpa in contrahendo” Semelhante responsabilidade não implica porém a obrigação do contratante de má-fé de continuar nas negociações, ou na ineficácia da revogação da proposta levada a efeito de má fé, mas somente na obrigação do ressarcimento do prejuízo sofrido pela outra parte e que consiste exclusivamente (assim chamado interesse negativo) nas despesas feitas tendo em vista a seriedade das negociações ou da proposta e nos prejuízos sofridos, como a recusa de ofertas ou de ocasiões vantajosas provenientes de terceiros.”

No caso em exame, proclamou-se, logo no começo da exposição, a legitimidade da atuação da MANNEX na primeira das quatro fases de negociações indicadas, quando externou interesse pela locação, mas ressaltou que a decisão final dependeria de oportuna manifestação da diretoria.

Depois dessa fase é que agiu culposamente, dando por definitivamente firmado o acordo, fazendo com que a CIDAR S.A. se desligasse dos entendimentos que vinha mantendo com a “SUSAM”, para finalmente, retratar-se.

Cabia-lhe não apresentar desculpas, e sim pagar os prejuízos ocasionados.

Oferece o monografista como exemplo de má fé no decorrer das negociações e na sua interrupção, o caso justamente em que

“il trattante tenga a bada l'altra parte com lunghe discussioni fino a che non riesca a fargli perdere l'occasione di altro buon affare, per poi recedere dopo ottenuto l'intento”,

e cita duas decisões da C orte de Cassa o italiana, uma de 26-1-1945, em *Giur. compl. cass.* 1945, I, p. 335; outra de 23-4-1947, n.  600, in *Mass. F.*, I, 1947, col. 141, relativas a hipóteses em que durante as negocia es a conduta do interessado foi num primeiro tempo legítima e num segundo culposa, e entendendo que o ressarcimento deve limitar-se exclusivamente às perdas sofridas neste segundo período.

Toda a doutrina italiana, como não podia deixar de ser, desenvolve-se no sentido luminosamente traçado pelo *Codice Civile*.

RENATO SCONAMIGLIO, no verbete que escreveu para o *Novissimo Digesto Italiano*, Utet, Turim, v XV, 1968, assinala, a p. 674, que na atividade pr -contratual, dois caminhos podem ser seguidos: ou admitir que as partes, pondo-se em contacto, estipulam uma espécie de acordo tácito de se comportarem de modo a protegerem as respectivas posi es de interesse; ou que obriga o desse conteúdo decorra sem mais do desenvolvimento da atividade descrita.

Lembra que o Código Civil italiano resolve a questão com o disposto no art. 1337, subordinado justamente   epígrafe *Trattative e responsabilit  precontrattuale*, sancionando a obriga o das partes de se comportarem de acordo com a boa fé, e no art. 1338, "Conoscenza delle cause d'invalidit ", dispondo sobre a obriga o de ressarcimento dos preju os a cargo de quem, conhecendo ou devendo conhecer uma causa de nulidade do contrato não deu notícias   parte contrária.

Quanto ao primeiro dispositivo põe em relevo que o legislador, com essa norma de alcance geral, sanciona uma obriga o de comportamento de acordo com determinado critério (boa fé), referindo-se em termos amplos e genéricos a um tipo de comportamento, objetivando a finalidade de manter indenados os contratantes.

Adita:

"Pelo que diz respeito ao comportamento concreto desta obriga o, costuma-se por em evidência, e trata-se certamente do perfil de maior relevo prático, o fato do injustificado ou arbitrário recesso das negocia es",

e conclui assinalando que a viola o da obriga o de boa fé assume nesta fase o conteúdo da obriga o de negociar de acordo com uma correta e leal avalia o dos interesses a serem regulados; que deve-se considerar



violado quando as negociações sejam abandonadas sem uma séria justificação.

De maneira mais sintética, mas bem significativa, acentua por sua vez ANNA CAPOCACCIA, no verbete *Responsabilità*, incluído na *Enciclopedia Forense*, Vallardi, Milão, v VI, 1961, p. 361, que o instituto da responsabilidade pré-contratual foi elaborado pela doutrina em consideração à necessidade de não deixar sem indenização os prejuízos produzidos na fase da formação do contrato, por parte de quem tenha, com o próprio comportamento, impedido que se alcançasse a sua conclusão.

“Seria iníquo deixar sem ressarcimento tais danos. Mas, por outro lado, o direito ao ressarcimento não pode fundamentar-se no contrato ainda não concluído e, portanto, inoperante.”

Lembra que cabe a IHERING a construção dogmática do instituto e a definição da *culpa in contrahendo*: justamente atribuiu a esse instituto fundamento contratual, explicando que quem se põe a contratar sai da esfera negativa das relações extracontratuais para entrar na positiva das relações contratuais e obriga-se a prestar, *in contrahendo* a mesma diligência que dele se exige *in adimplendo* assumindo-se um pacto de responsabilidade cuja violação leva à obrigação de corresponder, a título de ressarcimento, à parte que viu vir a faltar expectativa da realização do contrato o interesse negativo (assim definido por IHERING), isto é, o equivalente ao interesse que a parte teria obtido em não contratar

Nos termos do art. 1057 do Código Civil pátrio, nos contratos bilaterais cada uma das partes responde por culpa.

A grande sanção, além da rescisão a ser requerida pela parte lesada pelo inadimplemento, prevista no parágrafo único do art. 1092, é constituída pelas perdas e danos, consignada nesse dispositivo e repetida em vários outros: no art. 880, nela fazendo incorrer o devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou só por ele exequível, no art. 1056, relativa ao devedor que não cumprir a obrigação ou deixar de cumprí-la pelo modo e no tempo devido, ou no art. 956, parágrafo único, autorizando a exigí-la o credor quando a prestação se torna inútil por causa da mora, podendo então enjeitá-la.

É bem o caso em tela, em que, abandonada a consulente ao seu destino, não tinha ela outra alternativa senão cuidar de alugar o imóvel,

o que fez, até mesmo em benefício da MANNEX, que, a rigor, não poderia deixar de ser condenada ao pagamento dos alugueres enquanto o prédio estivesse desocupado.

A doutrina reconhece que o credor, verificando o não cumprimento da outra parte, pode desistir de exigir a prestação, optando pelas perdas e danos, dando, assim, ao inadimplemento o caráter definitivo.

É o que sustentam WALTER STERN, *Obbligazioni*, in NUOVO Digesto Italiano, Utet, Turim, 1939, v. VIII, n.º 73, AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, Jurídica e Universitária, Rio, 3.ª ed., 1965, p. 70; LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Limonad, S. Paulo, v IV, t. II, s/d, p. 712, MÁRIO MOACYR PÔRTO, *Ação de Responsabilidade Civil e Outros Estudos*, Rev. Tribs., S. Paulo, 1966, p. 119.

Na seqüência dessas idéias, JOSÉ DO VALLE FERREIRA, *Resolução dos Contratos*, in Rev. Tribs., v 403, p. 17, desvincula o direito que cabe ao credor de resolver o contrato da culpa do inadimplemento e demonstra que

“A resolução é mais proteção do que penalidade. Neste ponto, as idéias podem ficar muito diferentes: a causa da resolução e a causa da indenização.”

Temos sustentado (*Responsabilidade Civil*, Bushatsky, S. Paulo, 1972, n.º 17), não haver como não reconhecer a existência de uma gradatória nas diferentes violações que podem ser cometidas de um contrato: há infrações que nem sequer dão margem à rescisão do acordo, há outras que dão, e outras ainda que transcendem de muito o estreito âmbito das paredes contratuais para planar na esfera dos atos caracterizadamente ilícitos, quando não criminosos.

Rompido um contrato por dolo ou culpa de um dos contratantes, é bem de ver que a responsabilidade daí resultante relaciona-se apenas indiretamente com o contrato, não podendo haver dúvida que, num caso dessa espécie, podem-se fechar suas páginas, para prescindindo dele e dos dispositivos legais ao mesmo atinentes, colocar a espécie sob o âmbito que lhe é próprio do art. 159 do Código Civil.

A segunda alínea do dispositivo faz remissão, entre outros, ao art. 1541, que levanta hipótese que é rigorosamente própria, freqüente vezes: a do esbulho. Quem age com dolo, com intenção de prejudicar, terá que

sofrer cominação mais grave do que a simples reposição de tudo ao estado anterior: não pode merecer o mesmo tratamento o contratante que é vítima das circunstâncias (caso fortuito, força maior), aquele que age com simples culpa (descuido, ignorância, etc.), e aquele que age com malícia, com dolo perfeita e claramente caracterizado.

“Embora todo descumprimento produza o efeito de que o direito do credor fique defraudado e fraudada a sua expectativa de receber a prestação” — observa JUAN OSSORIO MORALES, catedrático da Universidade de Granada, *Lecciones de Derecho Civil — Obligaciones y Contratos*, Prieto, Granada, 1956, p. 125 — “as conseqüências que decorrem do descumprimento são radicalmente distintas, conforme se devam a causa *imputável ao devedor* ou *não imputável a ele*.”

Fazem ver, a seu turno, ROBERTO DE RUGGIERO e FULVIO MAROI, *Instituzioni di Diritto Privato*, Principato, Milão, 8.<sup>a</sup> ed., 1955, v. II, p. 78, que a responsabilidade terá eficácia e importância diversas, conforme haja vontade consciente de não cumprir a obrigação (dolo) ou apenas uma falta de diligência (*culpa*):

“A ordem decrescente da responsabilidade parte, pois, de um máximo, que é dado pelo não cumprimento doloso por violação voluntária e intencional da relação obrigatória, até uma responsabilidade atenuada quando ao devedor só se possa imputar a simples negligência, indo até ao ponto em que a causa estranha exclui qualquer imputabilidade do sujeito.”

Já não se antecipava a todas essas lições o velho Código Civil espanhol:

“Art. 1101. Quedan sujetos a la indenización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”?

Leis mais recentes, como o Código Brasileiro do Ar, não hesitam em incluir um inteiro capítulo (arts. 97 usque 108) sob a epígrafe justamente da *Responsabilidade Contratual*.

#### PARTE IV

##### CÁLCULO DO RESSARCIMENTO.

“d) Como devem ser computados os prejuízos, à vista dos dados constantes da Exposição e à vista da documentação exibida?”

No tocante à fixação dos danos, quais os que sejam ou não previstos, qual a extensão da previsão, adverte MANUEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, na obra e tomo citados, p. 49, serem puras questões de fato

“que o prudente arbítrio e as luzes do julgador devem resolver, pois que é impossível assentar, no domínio da teoria, qualquer regra geral. Essa questão de fato é mais ou menos por todas as legislações deixada à função do juiz. A lei somente fixa o princípio que a reparação deve compreender o dano emergente e o lucro cessante.”

Remata afirmando que a lei quis foi precisamente colocar a situação do devedor não doloso, mas inadimplente, como mais favorável do que a daquele que dobrou com dolo.

Mesmo aqueles que refutam, com VAN RYN, citado por MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, v II (*Obrigações em Geral*), Freitas Bastos, Rio, 1955, p. 422, diferenças fundamentais entre as responsabilidades delitual e contratual reconhecem, pelo menos, a diferença consistente na reparação do prejuízo: o juiz conserva na matéria delitual o poder de ajustar a reparação à natureza e à extensão do prejuízo, ao passo que, no domínio contratual, esse poder é restrito por diversas regras particulares, que dão à vítima uma sorte menos favorável, tanto no que se relaciona com a importância da reparação, como em face das garantias assecuratórias do seu reembolso.

Também DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, *Do Contrato*, Forense, Rio, 1960, encarece a p. 258 a diversidade de *indenização*, na ação de execução *indireta* do contrato e na *reparação* dos prejuízos oriundos do inadimplemento, ponto importante e frequentemente negligenciado.

Distingue, com efeito, a ação *delitual* da *contratual*, pelo fundamento, pelo objeto, e pela extensão da responsabilidade.

Sob o primeiro aspecto,

“a *ação contratual* funda-se no direito produzido pelo contrato; a *ação delitual*, diversamente, tem por fundamento a *culpa*, isto é, uma conduta diferente da que deveria ser observada. Particularizando: a parte contratada para cumprir o convencionado e, não o cumprindo, se conduz de modo anormal, cometendo delito civil.”

“O *objeto* também não é o mesmo nas duas ações: na primeira, o autor pede a satisfação da promessa, na espécie constante da avença ou, não sendo possível, no seu equivalente em dinheiro; na segunda, reclama o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de seu descumprimento.”

“Por fim, a extensão da responsabilidade não se afere pela mesma craveira: na *ação contratual*, a indenização equivale ao prometido, no contrato, pelo inadimplente; na *ação delitual*, apuram-se os prejuízos originados da inexecução cujo montante será outro.”

É o que consigna, por outras palavras, ROBERTO H. BREBBIA, na obra citada, p. 107:

“Ahora bien, estos principios difieren según que la naturaleza del hecho generador de responsabilidad sea de origem *contractual* o *extracontractual*, por cuanto en el primer caso varia la extension del resarcimiento según que la inexecucion sea de carácter doloso o culposo (arts. 520 y 5521 C. C.); mientras que en el segundo, tal discriminacion carece de toda relevancia ya que el agente del hecho ilícito (delito o cuasidelito) debe indemnizar

siempre todo el perjuicio que esté en conexión causal adecuada con el hecho generador de responsabilidad (art. 901 y sigts. C. C.).”

A importância de estabelecer distinção entre a responsabilidade contratual e a pré-contratual consiste em que na primeira prepondera, em geral, o elemento dolo, e, na segunda, o elemento culpa.

Esta é caracterizada pela mera falta de diligência, quando não mesmo pela negligência, que muito se aproxima ao dolo, que deixa transparecer a intenção deliberada, intencional, de descumprir uma obrigação assumida, pouco se lhe dando ao devedor se está causando dano ao credor, e com a consciência nítida de que está agindo de maneira contrária ao direito.

Não poderiam ser idênticas as conseqüências num e noutro caso. Não pode ser igual o tratamento dispensado em ambas as eventualidades.

Dentre os que melhor compreendem a necessidade de uma renovação das idéias a esse respeito encontra-se JAYME LANDIM, que anotando o v. IV, t. II, do *Tratado de Cunha Gonçalves*, faz ver, a p. 721-724, que com o individualismo liberal econômico, o sistema clássico da responsabilidade vem recebendo a influência de uma nova estrutura histórica, ampliando-se e transfigurando-se para suportar o ímpeto das doutrinas renovadoras resultantes da expansão do progresso industrial com a conseqüente multiplicação dos danos.

“Admitido que a concepção da culpa possa coincidir com a do exercício imoral do direito, compreendendo as atuações desviadas da vocação social dos mesmos, aberta está a responsabilidade subjetiva, à margem das especificações legais, um vasto campo de incidência.” . . .

“Para se obter um critério amoral, mecânico e simplista de reparação, perde-se com essa substituição radical um relevante elemento ético que deve sobrepor às transformações jurídicas e que explica a força e a persistência do conceito da culpa, ancorado em dados morais. . .”

“Nem é de esquecer, por último, a ofensa aos sentimentos de justiça que adviria desse nivelamento de atividades culposas e inocentes.”

Que outra coisa faz, de resto, o Código Federal das Obrigações, como bem assinala AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, Jurídica e Universitária, Rio, 3.<sup>a</sup> ed., 1965, p. 198, senão subordinar a extensão da reparação à gravidade da culpa e as circunstâncias, apreciadas pelo juiz, regra esta ditada para as obrigações oriundas de atos ilícitos, mas aplicável às provenientes de contrato, em virtude do art. 99 do mesmo Código ?

“Se, em face do Código, a gravidade da falta poderá influir para o delito de atribuição de responsabilidade, e não no tocante à extensão ou montante da reparação, outra é a orientação preconizada no Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, que no art. 172, dispõe assim: “O juiz fixará a indenização de acordo com a gravidade da culpa, consideradas as circunstâncias do caso.”

É no cálculo do ressarcimento a que tem direito a parte prejudicada que aparece, em toda a sua importância, a diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade pré-contratual.

Separaremos então, ainda uma vez as duas espécies.

## 12. A) Na hipótese de responsabilidade contratual.

Estabelece a doutrina distinção entre interesse contratual positivo, ou interesse de execução, que as partes tem na concretização das negociações entabuladas, correspondentes à vantagem que o interessado teria obtido se o acordo tivesse sido efetivamente conseguido, e o interesse contratual negativo, correspondente, na lição de ALBERTO TRABUCCHI, *Instituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Pádua, 7.<sup>a</sup> ed., 1953, à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não tivesse contratado e não tivesse confiado no estado das negociações (dano emergente) e à vantagem que de maneira diferente teria conseguido.

HANS ALBERT FISCHER, *A Reparação dos Danos no Direito Civil*, trad. Saraiva, S. Paulo, 1938, lembra que quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico entabulado, reclamando, ao contrário, a sua conclusão, ainda que, em vez do cum-

primento efetivo, que se tornou impossível ou perdeu todo interesse, exija outro objeto substitutivo da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico e perfeito.

É bem essa hipótese da consulta: contrato válido e perfeito, uma vez que a lei não exige a formalidade do escrito, impossibilidade da sua realização por culpa exclusiva do locatário.

Podia, perfeitamente a locadora — já o dissemos — quedar-se com o imóvel vazio, e pleitear o pagamento dos aluguéis durante todo o prazo contratual, que tribunal algum poderia deixar de atender tão justa reivindicação.

Não o fez: preferiu, numa atitude que só merece louvores, reconhecer o malogro, e sem tripudiar sobre o ex-adverso, cuidar de obter inquitilino mais condigno.

Convenha-se em que não é justo que, proporcionando essa vantagem à outra parte, não receba aquilo que a lei, a doutrina e a jurisprudência lhe reconhecem como de pleno direito, isto é, a cominação expressamente prevista no contrato, cuja existência não se anima sequer a MANNEX contestar de maneira convincente.

Facilita enormemente a pretensão da consulente o fato de ter concluído com terceiros contrato em condições quase idênticas ao que era discutido.

Nestas condições, a multa contratual outra não será senão a prevista na cláusula 21.<sup>a</sup> da “FUMEST”, isto é, 1/5 do valor da avença. No caso, esta seria de Cr\$ 1 050.000,00, de maneira que 1/5 seria Cr\$ 210.000,00.

Também ORLANDO GOMES, *Contratos*, Forense, Rio 1959, p. 209, preleciona que a resolução por inexecução voluntária não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado: sujeita ainda a parte inadimplente ao pagamento de *perdas e danos*:

“A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos que sofreu, cumulativamente com a resolução. Embora algumas legislações disponham que as duas coisas não podem ser pleiteadas, conjuntamente, o direito pátrio, seguindo a orientação do suíço, admite a *cumulação*” (art. 1092, parágrafo único)



CUNHA GONÇALVES, obra e vol. citados estabelece nítida distinção entre indenização de perdas e danos *compensatória* e *moratória*:

“Chama-se *compensatória* ou *supletiva* a indenização que substitui a prestação que não foi feita e corresponde à inexecução *definitiva*. É o cumprimento do contrato por equivalência. Esta indenização, por isso, não pode ser acumulada, evidentemente, com a execução ou prestação tardia; pois, do contrário, o credor receberia duas prestações em vez de uma. Indenização *moratória* é aquela que tem por fim reparar, somente, o prejuízo havido com o atraso do cumprimento do contrato; e, por isso, poderá ser acumulada com a execução tardia. . . .”

É distinção estabelecida nos arts. 917 e 919 do Código Civil pátrio.

O Código das Obrigações e dos Contratos libanês de 9-3-1932 compendia lapidarmente as conclusões da doutrina:

“Art. 252 — Quando a obrigação não é cumprida exatamente e integralmente em natureza, o credor tem direito a perdas e danos que vem a se substituir, em falta de melhor, à execução direta do compromisso.

Quando a indenização corresponde a uma inexecução definitiva, total ou parcial, as perdas e danos são *compensatórias*.

Se a execução em natureza pode ainda ser operada, o devedor estando somente em atraso no cumprimento de suas obrigações, as perdas e danos abonados ao credor chamam-se então *moratórias*.”

### 13. B) Na hipótese de responsabilidade pré-contratual.

Nesta segunda eventualidade o cálculo da indenização devida resulta bem mais modesto: cinge-se às despesas inerentes, aos trabalhos dispendidos, ao prejuízo decorrentes não do contrato, que não chegou a concluir-se, mas daquele contrato que não era lícito, nas circunstâncias, não concluir e que, isso não obstante, não foi concluído.

A doutrina é firme ao reconhecer que as perdas e danos em matéria pré-contratual não podem ser reconhecidos de tal forma que venham a subrogar-se aos efeitos de uma vontade contratual que não chegou a completar-se.

À medida, na verdade, que vão se desenvolvendo as negociações, vão sendo firmados determinados pressupostos, determinadas condições, que fixam um *status-quo* definido.

Mas, se a certa altura, antes que esteja terminado, uma delas, sem qualquer razão compreensível, desiste, há de perder a outra todo o trabalho, todas as despesas efetuadas?

É claro que não.

GIUSEPPE TAMBURRINO, melhor do que qualquer outro autor, soube vestir a situação de uma roupagem jurídica brilhante ao advertir, a p. 105 e segs. que os acordos provisórios, realizados durante o *iter* formativo do contrato e objetivando efeitos e finalidades práticas, consubstanciam-se em renúncias convencionais ao poder de revogação que cabe às partes no decurso normal das negociações com relação a determinados pontos ou cláusulas ou a determinadas partes do conteúdo contratual.

Dessa renúncia como que brota o vínculo para ambas as partes, ou para uma só delas, de manter firmes aqueles pontos e cláusulas no caso de conclusão do contrato.

“In tal modo la nostra costruzione è aderente a ciò che normalmente avviene in pratica: durante le trattative, e raggiunto l'accordo su determinate clausole, obbligatorie per entrambe o per una delle parti, queste convengono di mantenerle ferme, o di non discutere più su esse, considerandole senz'altro clausole del futuro contratto che si va formando: onde la caratteristica peculiare della inutilità e superfluità di ulteriore manifestazione di volontà intorno a quelle clausole medesime.”

Sentença de primeira instância reconheceu, entre nós, determinada verba relativa aos danos, dinheiro e trabalho dispendidos em consequência de avença preliminar, por entender que não havia prova de ter o réu assumido a obrigação de pagá-los, e por tratar-se de despesa anterior ao contrato prévio.

Negou-a, entretanto, ven. acórdão da C. Sexta Câmara Civil do E. Tribunal de Justiça do Estado, *Rev. Tribs.*, v. 192/708.

Manifestou divergência o saudoso des. H. DA SILVA LIMA, ressaltando justamente que prometer fazer o contrato não é o mesmo que dever fazer aquilo que o contrato prometido havia de mencionar expressamente, com riscos e deveres para ambas as partes.

“As conseqüências da promessa não podem ser iguais às da própria convenção já efetivada: nem as partes podem obter as mesmas vantagens, ou quiçá maiores, com o contrato preliminar, do que teriam com o definitivo, o que levou o prof. AZEVEDO MARQUES a reparar que os prejuízos são menores e diferentes daqueles que resultariam do contrato já perfeito e acabado literalmente.”

Foi o ponto de vista que acabou prevalecendo: *Rev. Tribs.* 193/741.

A conclusão harmoniza-se perfeitamente com as observações de FAGGELLA, de acordo com as quais a responsabilidade é medida e delimitada pelo negócio jurídico.

Embora relativa ao compromisso, o ofertante não pode ser obrigado senão à prestação prometida, e a esta limita-se a sua responsabilidade no caso de inadimplemento. A atribuição de responsabilidade futura, que ele teria assumido se tivesse executado a promessa, importa em sair dos limites do vínculo jurídico obrigatório realmente constituído; coage o promitente a uma prestação que não estava *in obligatione*, e que devia formar o objeto de outra obrigação, mas que não formou.

J. M. DE AZEVEDO MARQUES, em abril de 1937, tece oportunidade de emitir um parecer publicado pela *Rev. Tribs.*, v. 119, p. 521 e segs., num caso semelhante ao em exame, com a única diferença que o transfuga contratual, na espécie, foi o locador, mas cuja argumentação se harmoniza perfeitamente à que expendemos.

A condenação a perdas e danos não podia referir-se ao inadimplemento de um contrato que nunca havia existido por escrito (o que, *data venia*, é circunstância irrelevante quando o escrito não constitua formalidade indispensável), mas tão somente aos prejuízos, isto é, às perdas, aos dispêndios que o pretendente locatário havia sofrido por não ter o futuro locador realizado o contrato projetado, acrescidos dos juros

legais de 6% da mora a contar da citação inicial para a ação, nos termos do art. 1064 do Código Civil, honorários e custas. Isso representava precisamente as perdas e danos da condenação consoante o art. 1059 do Código Civil, isto é, aquilo que ele efetivamente perdeu.

Se a responsabilidade contratual leva à indenização do interesse contratual positivo, a responsabilidade pré-contratual não pode deixar de ocasionar a indenização do interesse contratual negativo, para obviar ao inconveniente decorrente das despesas, perda de tempo, prejuízos, etc. que resultaram completamente estéreis.

Faz ver o citado HANS ALBRECHT FISCHER que tais prejuízos indenizáveis podem-se traduzir uma diminuição patrimonial positiva — as quantias dispendidas, ou a frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do interesse negativo incidir sobre a parte em que exceder o positivo.

O conceito de interesse negativo recebeu reconhecimento legislativo no Código Civil alemão: §§ 122 e 307, dispondo este último, na 1.<sup>a</sup> alínea:

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

Já é diferente a opinião de ENRICO COLAGROSSO: o interesse negativo pode não somente alcançar o interesse do cumprimento do contrato, mas até superá-lo, porquanto o lucro que se deixou de obter, decorrente da ocasião perdida de concluir outros contratos, muitas vezes é maior do que o decorrente da sua execução.

No cálculo dos prejuízos várias somas devem ser consideradas.

Remetendo, ainda uma vez, para a minha monografia as considerações de ordem teórica de cada uma delas, vamos compendiar e suplementar os dados de ordem imediata aí consolidados:

a) *Danos emergentes*. H. DA SILVA LIMA entendia que no caso de não cumprimento de contrato relativo à formação de uma sociedade, os danos emergentes acarretados pela falta de assinatura do contrato compreendiam: despesas com as negociações, pesquisas, projetos desde a aceitação do negócio, tempo desviado pelo interessado da sua atividade lucrativa ou profissão para consagrá-lo à efetivação do plano, calculado pelos ganhos habituais, abrangendo período que principiava na data da aceitação do negócio e terminar naquele em que ficou desfeito.

O ponto de vista, como já ficou salientado, foi acolhido pelo C. 3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de S. Paulo, Rev. Tribs., v. 193/741, fundamentado em parecer do des. ANTÃO DE MORAES.

Sustentava que ninguém pode locupletar-se a custa alheia. Se ninguém, no comércio, faz doação de memoriais, plantas, estudos técnicos, gastos com profissionais, projetos, publicações e o que mais for indispensável, não há dúvida que a conclusão da avença pré-contratual visa, também, no espírito das partes, a cobertura dessas despesas.

Observou o relator, des. SAMUEL FRANCISCO MOURÃO que indubitavelmente o interessado devia ser reembolsado por todas as despesas feitas desde que entabulou as negociações. Limitar os danos emergentes a partir do contrato preliminar, com abstração das despesas feitas desde o início das negociações não seria nem lógico, nem justo, nem jurídico.

Em nossa monografia citamos jurisprudência pátria (p. 222-223) e jurisprudência estrangeira (p. 225) bastante abundante, relativa à matéria.

O art. 1059 do Código Civil manda abranger, nas perdas e danos devidos ao credor, “além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O que “efetivamente perdeu” a consulente é fácil de calcular: não evidentemente, apenas os aluguéis deixados de receber desde a data fixada no contrato rompido, mas desde a ocasião em que se iniciou o terceiro dos períodos de negociações a que fizemos referência na “Exposição”, isto é, 28-12-1970, até a data em que a locação começou a ser paga por terceiros: 22-6-1971: cinco meses e seis dias, à razão de Cr\$ . . 25.000,00 mensais.

Admitindo mesmo como válida a lição de LACERDA DE ALMEIDA que só considera prejuízos os que resultam imediatamente da falta de

cumprimento, não os remotos, há de se convir que entre esses prejuízos “não remotos”, além das despesas propriamente ditas, podem-se conceituar os decorrentes da imobilização do capital que aguardava a sua aplicação, ou as incorridas pela parte para obter esse mesmo capital à sua disposição. Seria pois justo incluir uma parcela correspondente à cessação do lucro que essa importância devia proporcionar ou às despesas que teve que enfrentar para mantê-la à sua disposição.

Nesse sentido existe aresto da Côrte de Cassação italiana de 6-2-1925, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1925, II, p. 428:

“A parte, que sem motivo justificado, se retira das negociações pré-contratuais iniciadas, responde para com a outra parte pelas despesas efetuadas e pela improdutividade das quantias que tenha tido necessidade de ter à disposição ou ter obtido tendo em vista a conclusão do contrato.”

b) *Lucros cessantes*. Não é possível transcrever aqui as 10 páginas que dedicamos ao assunto, em nossa citada monografia, procurando desfazer uma série de preconceitos.

Se existe confusão entre prejuízo atual e prejuízo certo, não é, por outro lado, a mesma coisa prejuízo futuro e prejuízo eventual: nem todo prejuízo por vir é, só por isso, incerto.

Tanto é verdade que o Código libanês das Obrigações e Contratos admite, no § 6.º do art. 134 que, embora em caráter excepcional, o juiz tome em consideração os prejuízos futuros, se, de um lado, sua realização é certa e se de outro lado ele possui os meios de apreciar previamente a importância exata.

“O que importa” — acentuamos a p. 232, reportando-nos aos arts. 249 do Código Civil alemão, 239 do polonês e 46, al. 2 do suíço — “é reconhecer a possibilidade da existência de lucros cessantes mesmo em matéria pré-contratual, não nos moldes da responsabilidade contratual, mas, pelo menos, numa proporção que venha a constituir, por um lado, uma admoestação para o pré-contratante infiel, que pagando tão simplesmente as despesas a que deu causa, não restabelece o equilíbrio

ocasionado pela sua incúria, e, ao mesmo tempo, um incentivo para que volte a trilhar o caminho que conduzirà à conclusão da evença; por outro lado, um modesto consolo para a outra parte que depositou suas esperanças na conclusão do negócio entabulado, contando com vantagens que muito justamente considerava certas.”

Entre os precedentes que invocamos avulta em importância a do laudo arbitral de RUI BARBOSA, datado de 26-10-1917, reconhecendo responsabilidade pré-contratual do próprio Estado, em caso de empreitada.

Como, em casos análogos, o lucro razoavelmente esperável com a execução da empreitada variava entre 7,2% e 20%, entendeu arbitrar *com a maior modicidade* em 6% sobre a importância na qual se estipulava o preço, além das despesas comprovadas documentalmente com trabalhos preliminares das obras, aquisições, instrumento e diligências.

Em hipótese julgada pela C. 3.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado, Rev. Tribs. 104/608, em caso de locação, os lucros cessantes foram calculados em correspondência ao tempo necessário para que o interessado em locação frustrada se estabelecesse de novo em outra casa comercial. E acabou fixando os lucros cessantes em quantia correspondente a três meses da renda mensal.

Aí temos, pois, dois precedentes a indicarem o caminho para fixar a verba dos lucros cessantes: correspondente a 6% sobre o total dos alugueres a serem pagos no prazo estipulado, o que dará um total de Cr\$ 63.000,00 (42 meses de aluguel a Cr\$ 25.000,00 perfazendo Cr\$ 1.050.000,00); ou três meses de aluguel, perfazendo a quantia, de Cr\$ 75.000,00.

Como se vê, é bem aproximado o montante que resulta de cada um desses critérios.

Ou melhor, três elementos, uma vez que aos anteriores há de se acrescentar a multa contratual, correspondente a três mensalidades.

Não olvidemos que estamos diante de ato ilícito, circunstância que não pode deixar de ser considerada com a maior severidade pelos nossos Tribunais.

“No caso de ato ilícito,” — decidiu o Tribunal de Justiça de S. Paulo, Rev. Tribs. 119/580 — “devendo ser a indenização a mais completa possível, compreendem-se na reparação os lucros cessantes.”

c) *Reembolso das despesas realizadas com vistas ao contrato*. É claro que todas as que forem comprovadas terão que ser ressarcidas.

Entre elas:

a) as relativas à publicação dos anúncios, desde o primeiro, até a locação definitiva com terceira pessoa;

b) despesas com adaptações telefônicas;

c) compra da MOGIANA — COOPERATIVA CENTRAL DOS CAFEICULTORES de 4 linhas-tronco para atender a exigência da MANEX;

d) despesas de consumo de água, luz, esgotos etc. que os contratos de locação inclusive o do FOMENTO DE URBANIZAÇÃO E MELHORIA DAS ESTÂNCIAS, levam à cargo do locatário;

e) pela mesma razão, despesas relativas a seguro contra o fogo;

f) despesas de limpeza e conservação; e tudo o mais que, dentro do mesmo critério, resultar demonstrado.

d) *Juros da mora*. Tratando-se de ato ilícito, começam a correr eles desde a sua prática, independentemente, é claro, da necessidade de qualquer notificação.

Nesse sentido existem duas expressivas manifestações jurisprudenciais da C. Quarta Câmara do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, nos dois casos citados, de pacto *de contrahendo*: Rev. Tribs. 151/194 e 251/300.

Merece registro ainda acórdão do E. Tribunal de Alçada, *in* Rev. Dir. Admin., vol. 60/215:

“No caso de ato ilícito os juros são compensatórios e devidos desde a prática do mesmo ato.”

e) *Custas e despesas processuais e honorários de advogado na base de 20%*. Trata-se de mera decorrência do art. 64 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência é torrencial, bastando lembrar apenas a título exemplificativo, entre os julgados do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo,



mandando computar, indenização de danos por atos ilícitos, honorários de advogado calculados à razão de 20% sobre a quantia em que o réu for condenado os que se encontram à Rev. Tribs., v. 41/302, 42/137, 47/12, 108/270, 144/701, etc.

#### CONCLUSÃO.

Confirma bem, a espécie que, ainda quando não se queira aceitar uma responsabilidade contratual de evidência refulgente, não há como negar, quando menos, a caracterização perfeita de um responsabilidade pré-contratual.

Não temos o que alterar ao que dizíamos em 1959:

“Independentemente da circunstância da inocorrência de qualquer dispositivo legal que imponha às partes contratantes levarem a termo as conversações, ainda que para chegar a um resultado negativo, não resta dúvida que entre elas há de se estabelecer um ambiente de confiança recíproca, implicando no compromisso tácito de agirem com lisura, sinceridade e honestidade de propósitos de prosseguirem nos entendimentos, de modo a evitar que uma delas, tendo contribuído com seu esforço, seu tempo, e, muitas vezes, seu dinheiro para colimar um objetivo comum, seja surpreendida por uma atitude intempestiva, arbitrária e injustificada da outra.

A lei prevê apenas que os contratos não de ser cumpridos na forma convencionada. Não se concebe, porém, que essa lisura não deva ser antecipada para o período de formação do acordo. É inadmissível, aí, a existência de uma “terra de ninguém”, em que, sob a invocação de uma mal compreendida liberdade de contratar, interesses legítimos, aspirações procedentes, intuítos plausíveis, hajam de esbarrandar repentinamente frente a uma simples mudança de opinião, a um displicente dar de ombros.”

E algumas páginas adiante rematávamos:

“Chega-se assim à conclusão altamente moralizadora que se um dos contratantes, por conveniência própria, resolve abandonar as negociações iniciadas, verá amplamente reconhecido o seu direito, jungido, porém, como é lógico, à obrigação de reparar o prejuízo causado.

“Acenando a essa responsabilidade, limitando o seu alcance, e ao mesmo tempo, permitindo uma reparação *in natura*, através a conclusão e cumprimento do negócio apenas iniciado, o ponto de vista que defendemos indica o bom caminho, fazendo com que aquela lealdade de comportamento se verifique não apenas após o compromisso formalmente assumido, mas seja colocada, por assim dizer, na ante-câmara desse ajuste, cortando cerce manobras menos sérias que a parte ainda não implicada por uma palavra empenhada poderia tentar, escudando-se num motivo que não pode ser considerado isoladamente das intenções do agente.”

Como teve oportunidade o des. MARTINHO GARCEZ NETO, em decisão que reproduziu em sua *Prática de Responsabilidade Civil*, Jurídica e Universitária, Rio, 1970 de acentuar, a p. 197-198:

“Na verdade, privar o locador da renda que poderia legitimamente auferir. . . seria, para usarmos expressões de OERTMANN, *adotar uma carta de privilégio em favor de atos dolosos e mesmo criminais.*”

“A idéia de que a vítima irá lucrar com a acumulação de lucro e prejuízo” — argumenta SERPA LOPES — “*se esboroa ante esta: transferir o lucro de um lado para colocá-lo a serviço do dano.*”

Em suma.

Consideramos perfeitamente caracterizada, no caso, uma responsabilidade contratual.

Mas quando, por excessivo rigor, não se queira admitir como formalizado o contrato de locação, para o qual a lei não exige documento escrito, não há como fugir ao reconhecimento de uma nítida responsabilidade pré-contratual.

Tanto numa como noutra hipótese, a falta cometida pela MANNEX dá margem à indenização por perdas e danos, nos termos expostos.

São Paulo, 19 de novembro de 1971