

**BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL E CULPA *IN CONTRAHENDO*:
Análise dos critérios da jurisprudência contemporânea do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo acerca da fixação da indenização pelo interesse negativo**

**OBJECTIVE GOOD FAITH IN THE PRE-CONTRACTUAL PHASE
AND GUILT *IN CONTRAHENDO*: Analysis of the criteria of
contemporary jurisprudence of the Court of the State of São Paulo about
the fixing of compensation for the negative interest**

Luiz Augusto Almeida Maia

RESUMO

Com o advento do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva passou a ser um mandamento consagrado pelo ordenamento jurídico e imposto a todos os contratantes, inclusive na fase pré-negocial, dando ensejo a aplicação da teoria da culpa *in contrahendo* pela ruptura das tratativas para formalização do contrato, em razão da frustração da expectativa criada. Com efeito, uma vez reconhecida a responsabilidade civil pré-contratual, o presente trabalho se ocupa da identificação dos critérios adotados pela jurisprudência contemporânea do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para quantificação da indenização devida pelo dano negativo, ou seja, pela perda de outras oportunidade e pela expectativa não concretizada.

Palavras chaves: boa-fé objetiva; ruptura de negociações; responsabilidade pré-contratual; dano negativo; valor; indenização.

ABSTRACT

With the advent of the Civil Code of 2002, the objective good faith has become a commandment enshrined by the legal system and forced to all contractors, including the pre-negotiation phase, giving opportunity to the application of the theory of guilt *in contrahendo* by the rupture of negotiations to formalize the contract, due to the frustration of the created expectation. Indeed, once recognized the pre-contractual liability, this study focuses on identifying the criteria adopted by the contemporary jurisprudence of the Court of the State of São Paulo for the quantification of the due indemnity by the negative damage, in other words, by the loss of other opportunity and the non achieved expectation.

Keywords: objective good faith; rupture of negotiations, pre-contractual liability, negative damage; value; indemnity.

1. INTRODUÇÃO

O regime da responsabilidade pré-contratual constitui um significativo desafio à jurisprudência brasileira, em especial após a vigência do Código Civil de 2002, até porque o referido *codex* deixou para os Tribunais a tarefa de definir concretamente os deveres de conduta que resultam de seus princípios, bem como a fixação do dano indenizável, além do ônus da prova da culpa.

Neste contexto, a extensão do dano indenizável por culpa na formação dos contratos, tem sido enfrentada pelos órgãos julgadores de maneira variada, embora muitas vezes sob o enfoque de uma mesma norma jurídica, como o artigo 402, do Código Civil, que dispõe que “as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, ou, ainda, o artigo 944, também do Diploma Civil, que preconiza que a “indenização se mede pela extensão do dano”.

Não obstante, as normas mencionadas alhures não se mostram completamente adequadas na resolução dos casos envolvendo a imputação de dano negativo, em decorrência de responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres acessórios da boa-fé objetiva, que, segundo o artigo 422, do Código Civil, também passou a ser exigida dos contratantes na fase pré-contratual.

Assim, embora o ordenamento oriente que a obrigação de indenizar o dano sofrido *in contrahendo* deva incluir tanto o dano emergente – *maxime* as despesas feitas com as negociações contratuais – como o lucro cessante – decorrente de outras oportunidades negociais perdidas; não há um critério normativo acerca do tipo de despesas e de quais oportunidades eventualmente perdidas devam ser indenizadas, bem como em que medida, razão pela qual a verificação dos casos analisados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, se mostra fundamental para a definição de critérios sólidos e objetivos para a aplicação do direito.

Dito isto, o objetivo central do presente artigo científico é a análise do dano indenizável pela quebra dos deveres acessórios da boa-fé objetiva, durante a fase pré-contratual, sob a perspectiva da jurisprudência contemporânea do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma vez que, neste caso, o mesmo está relacionado, basicamente, com o interesse negativo (ex.: a não existência do contrato e os lucros cessantes decorrentes da perda de outros contratos), sendo de relevo a identificação dos critérios utilizados para a valoração da respectiva indenização, até porque referida pesquisa contribuirá para a diminuição das incertezas existentes, em face da lacuna legal, pois será possível a visualização de uma tendência decisória.

Para tanto, foi necessária a realização de pesquisa de acórdãos, disponibilizados no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos últimos 4 (quatro) anos, em que foi aplicada a teoria da responsabilidade pré-contratual, com a consequente indenização dos danos decorrentes da não conclusão do processo de negociação, utilizando-se o emprego de palavras chaves que se relacionam com o tema.

Assim sendo, após uma breve introdução teórica acerca dos institutos da boa-fé objetiva e da responsabilidade pré-contratual, serão identificadas as diferentes posições e critérios adotados pelos julgadores em relação ao dano indenizável pela frustração da expectativa na concretização do respectivo negócio jurídico.

Ao final, serão apresentadas as conclusões deste trabalho, em que se identificará a tendência decisória predominante, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca do assunto.

2. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE BOA-FÉ OBJETIVA E TEORIA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Inicialmente, para que se previna a ocorrência de eventual confusão terminológica, necessário se faz a compreensão da bipartição do conceito de boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, distinguindo-se as expressões boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

Com efeito, embora ambas resultem de uma norma ética comum, a primeira, também denominada boa-fé psicológica, está relacionada ao estado de crença de se estar agindo conforme o direito, enquanto a segunda, dita ainda boa-fé ética, traduz uma norma de conduta a ser observada na vida jurídica.

Neste sentido, a lição de Martins-Costa (1999, p. 410):

[...] A expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. [...] A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente) [...]. Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da ‘common law’ – modelo de conduta social, arquétipo ou ‘standart’ jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do ‘standart’, de tipo meramente subsuntivo [...]. A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um ‘princípio geral’ ou como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.

Feitos estes esclarecimentos, oportuno mencionar que o Código Civil de 2002, na esteia do que já havia feito a Lei nº 8078/90, positivou o princípio da boa-fé objetiva estampado em três artigos: no 187, sobre o exercício do direito; no 113, sobre interpretação dos negócios jurídicos e, no 422, que trata da boa-fé nos contratos, o qual possui especial relevância para o presente estudo.

Neste sentido dispõe o artigo: “Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Como se vê, a boa-fé objetiva tem aplicação no campo dos contratos, desde a fase preliminar, passando pela fase de execução ou contratual propriamente dita, até a fase pós-contratual, embora esta última hipótese não esteja contemplada de forma expressa.

Acerca da questão da responsabilidade pré-contratual, observa Martins-Costa (1999, p. 485) que:

[...] a doutrina da culpa in contrahendo foi formulada pioneiramente por Ihering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte [...]

Desta feita, diversas são as possibilidades de incidência da teoria da responsabilidade pré-contratual, dentre as quais podemos citar as hipóteses de negociações preliminares interrompidas abruptamente, sem que haja um motivo justo; bem como quando o contrato celebrado é inválido ou ineficaz ou, então, quando, embora válido e eficaz, tenha sido precedido de alguma violação à boa-fé objetiva, notadamente pelo descumprimento dos deveres laterais de informar, de guardar segredo, de clareza, de lealdade e de proteção.

Não obstante, trataremos aqui da responsabilidade em decorrência da ruptura das tratativas, pois é justamente neste contexto que podemos identificar a perda de uma oportunidade, a qual poderá dar ensejo a um dano negativo, ou seja, em razão da frustração da expectativa criada.

Com efeito, importante esclarecer que a responsabilidade pré-contratual não decorre do simples fato de ter se rompido a negociação e, conseqüentemente, não se ter celebrado o contrato, mas sim por uma das partes ter gerado à outra uma expectativa justa de que a avença seria concluída.

Segundo Chaves (2001, p. 208),

[...] há responsabilidade pré-contratual quando ocorre a ruptura arbitrária e intempestiva das negociações contrariando o consentimento dado na sua elaboração, de tal modo que a outra parte se soubesse que ocorria o risco de uma retirada repentina, não teria tomado as medidas que adotou

Assim, para que reste configurada a responsabilidade pré-contratual, é preciso observar a presença dos seguintes requisitos:

- a) violação à boa-fé objetiva;
- b) concordância prévia ao início das tratativas;
- c) ruptura sem justa causa das tratativas;
- d) ocorrência de prejuízo;

e) relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido.

Quanto ao requisito apontado na letra “a”, é preciso se ter em mente que a relação obrigacional não é mais considerada, tão somente, como um vínculo entre partes, uma vez que reconhecida a existência de obrigações secundárias e deveres laterais decorrentes dessa relação.

Tais deveres decorrem da boa-fé objetiva, que na fase pré-contratual se refere à obrigação de não violar a confiança da outra parte.

Assim, para que se verifique a presença da confiança na relação entre os contratantes, bem como para se constatar se a mesma restou violada por algum deles, é necessário a identificação de dois elementos, quais sejam, se o comportamento do sujeito foi suficiente para gerar confiança na outra parte, levando-se em consideração o padrão do homem médio, e se aquele a quem foi dirigida a declaração confiou no comportamento da parte contrária, efetivamente. Como se vê, enquanto o primeiro elemento é de índole objetiva, o segundo é subjetivo.

Ademais, para que reste preenchido o requisito previsto na letra “b”, é preciso que tenha ocorrido o consentimento para o início das tratativas, sendo, portanto, necessárias duas declarações de vontade, convergentes, direcionadas ao mesmo objeto, bem como a consequente ciência de que as responsabilidades das partes contratantes aumentarão à medida em que as tratativas evoluírem.

Já o requisito da letra “c”, traduzido na ruptura injustificada das tratativas, com violação da confiança, é exigido para que exista responsabilidade pré-contratual.

Neste sentido, elucidando o referido requisito, Martins-Costa (1999, p. 260) entende por “ruptura injustificada aquela que é destituída de causa legítima, a que é arbitrária, a que compõe o quadro do comportamento desleal de um ponto de vista objetivamente averiguável”.

De outro lado, Popp (2001, p. 260) lecionando sobre a identificação do que venha a ser uma ruptura injustificada, ensina que, por vezes, “a parte tem motivos para encerrar as tratativas, mas esta razão não deve ser vista sob o seu ângulo subjetivo, mas sim, em consideração da outra parte. Este é o critério”.

Ademais, além dos requisitos já analisados, é imprescindível que haja dano, prejuízo efetivo, material ou imaterial.

Neste ponto, convém esclarecer que o dano pode ser tanto negativo como positivo. No primeiro caso o dano se relaciona com a confiança, sendo que a parte lesada não possui direito ao contrato, em regra. De outro lado, o interesse positivo não considera a expectativa, mas sim a realidade, estando intimamente ligado ao cumprimento da obrigação.

Assim, os prejuízos indenizáveis decorrentes do interesse negativo são todos aqueles que a parte perdeu ou deixou de lucrar por ter negociado, estando abrangidos tanto os danos emergentes como os lucros cessantes. (POPP, 2001, p. 279).

A fim de que se constitua a obrigação de indenizar por culpa na formação dos contratos, é, por último, necessária a existência de um nexo causal entre os danos sofridos *in contrahendo* e o ato gerador deles.

3. A VALORAÇÃO DO DANO PRÉ-CONTRATUAL E A FIXAÇÃO DO DANO PELO INTERESSE NEGATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Superado este breve resgate teórico, passaremos a tratar, a partir daqui, de como a jurisprudência contemporânea do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem buscado solucionar o problema da fixação do dano indenizável pela ruptura abrupta das negociações preliminares.

Com efeito, analisando os acórdãos coletados, observa-se que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem enfrentado a questão da ruptura das tratativas em situações muito diferenciadas, o que vem resultando em decisões que oscilam de acordo com o caso concreto.

Assim sendo, para que se tenha uma exata dimensão da variedade dos casos analisados, foram separados 5 (cinco) acórdãos, de câmaras diferentes, representativos desse cenário.

O primeiro deles, julgado no ano de 2006, versou sobre a frustração da expectativa de assinatura de um contrato de representação comercial, depois de realizada a fase de seleção e entregue a minuta do contrato, cuja ementa segue transcrita abaixo:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NÃO ASSINATURA DE CONTRATO APÓS A FINALIZAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. OFENSA A REGRA DE BOA-FÉ OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO – Configura responsabilidade pré-contratual a retirada injustificada de empresa no momento da celebração do contrato de representação comercial ao qual antecedeu fase de negociações preliminares por contrário a regra de boa-fé objetiva. Dano moral configurado por ofensa a legítima expectativa da vítima a causar sofrimento psíquico sobretudo se consideradas as atuais dificuldades existentes no campo do exercício de atividade econômica. Majoração da condenação indevida por desproporcional aos fatos. Sucumbência recíproca reconhecida ante a improcedência da pretensão relativamente a danos materiais - agravo retido e recurso adesivo improvidos e recurso principal parcialmente provido." (TJSP - 6ª Câm. "A" de Direito Privado; Ap. Cível 235.818-4/7-0; Rel. Des. Marcelo Benacchio; j. 19.07.2006; v.u.).

No caso, o Tribunal de Justiça manteve a condenação da sociedade empresária Recorrente ao pagamento de danos morais, no importe de 100 (cem) salários mínimos pela frustração da expectativa criada, sem, entretanto, indenizar qualquer outro tipo de dano, por não terem sido demonstrados.

Neste sentido, cumpre citar o seguinte trecho do acórdão:

O dano na responsabilidade pré-contratual e o chamado interesse negativo consistente nos gastos efetuados, perda de outras oportunidades e a frustração das expectativas do outro contratante (consulte-se Cláudio Turco, *Interesse Negativo e Responsabilità Precontrattuale*, Giuffrè, 1990, portanto, como ressaltou o douto magistrado, era mesmo o caso da improcedência da pretensão atinente ao chamado

interesse positivo (o que se ganharia com o contrato e perdas correlatas) por não provado.

Já no segundo caso, apreciado pelo Tribunal de Justiça em 2007, a questão foi a frustração da expectativa de uma pessoa que havia sido pré-selecionada para participar do programa *Big Brother Brasil 6*, e que, mesmo após ter recebido a confirmação da emissora de sua participação, inclusive já tendo viajado para o Rio de Janeiro, deixou de ser aceita junto ao referido Reality Show.

A decisão foi ementada da seguinte forma:

Ação de Resolução Contratual e Indenização por Danos Morais e Materiais – Autor impossibilitado de participar de programa de Reality Show pela Ré — Ausência de comprovação de causa justificativa - Exposição negativa indevida da imagem do Autor em rede nacional - Responsabilidade pré-contratual — Ofensa ao princípio da boa-fé objetiva e dos deveres secundários de conduta — Indenização por danos morais e materiais devida — Recurso do Autor parcialmente provido e da Ré improvido. (TJSP - 7ª Câm. de Direito Privado; Ap. Cível 492.422.4/5-00; Rel. Des. Luiz Antônio Costa; j. 21.03.2007).

Como se vê, além da referida decisão ter condenado a rede globo ao pagamento de idênticos 100 (cem) salários mínimos, a título de danos morais, também fixou condenação pelos danos materiais experimentados, consoante se depreende dos seguintes fundamentos do acórdão:

Primeiramente, com relação à indenização pleiteada pelos danos materiais decorrentes da perda do emprego, a Globo, apesar de afirmar que não era vedada a revelação do real motivo do afastamento ao empregador, bem como que a produção costumeiramente faz esse contato, não comprovou essa afirmação. E mais, nos termos do item 7 do regulamento (fls. 208), "*O candidato deverá manter o mais absoluto sigilo com relação a qualquer informação recebida*", sendo que o descumprimento de quaisquer normas poderia ensejar a desclassificação do processo de seleção. Ora, diante dessa determinação expressa, verossímil a alegação de Leandro de que solicitou o afastamento de seu emprego, mas por não poder explicar o motivo, ocorreu a rescisão do contrato. Ademais, o contrato foi rescindido no próprio dia 02.01.2006 (fls. 50), quando Leandro foi levado para o Rio de Janeiro. Desta forma, cabível a indenização de Leandro pelos danos materiais decorrentes da perda do emprego, ocasionada pela frustrada expectativa de participação no *Reality Show*. Quanto ao critério adotado pelo Juízo *a quo*, seis meses de salário, entendo que este foi adequado, pois é um período de tempo razoável para que o Apelante consiga se reposicionar profissionalmente. No entanto, o valor a ser considerado deve ser o salário bruto, descontado o valor do Imposto de Renda. Quanto ao pedido de condenação da Globo no pagamento de R\$ 71.400,00, correspondente a 7,14% do prêmio total de R\$ 1.000.000,00, o pleito não procede. Leandro possuía apenas o direito de participar do programa, o que não implicaria no ganho do prêmio máximo ou de qualquer outro prêmio no montante postulado. O regulamento anexo ao contrato também previa o prêmio mínimo de R\$ 500,00 ao primeiro eliminado da competição. Logo, na pior das hipóteses, caso fosse esse o seu caso, teria direito o recebimento desse valor.

Desta feita, como ficou demonstrado que o participante teve que se desligar do emprego anterior, para poder participar do programa, a emissora Recorrente foi condenada ao pagamento de 6 (seis) meses de seu salário anterior, bem como do prêmio mínimo de R\$ 500,00 (quinhentos reais), valor este muito inferior aos R\$ 71.400,00 (setenta e um mil e quatrocentos reais) pleiteados, correspondentes a 7,14% do prêmio final de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

O terceiro caso, julgado no final de 2007, tratou da possibilidade de se atribuir lucros cessantes aos proprietários de uma revenda de veículos que não tiveram concretizada a expectativa de se tornarem uma concessionária autorizada.

Assim está redigida a ementa do mencionado acórdão:

Ação de indenização. Danos morais. Danos patrimoniais. Fornecedora. Veículos Chrysler. Sentença. Pedido inicial acolhido. Responsabilização da ré. Apelação. Recurso da ré parcialmente provido. Embargos de declaração. Votos vencidos. Embargos Infringentes. Preliminar. Deserção afastada. Inteligência do art. 4º, inciso II, da Lei Estadual n. 11.608/03. Mérito. Art. 530, CPC. Contrato preliminar. Danos reconhecidos. Liberdade de contratar que não isenta a parte de ressarcir a outra pelos danos que lhe causou. Discussão em torno da 'bandeira', da venda de veículos usados, peças e serviços, comissionamento de seguros, financiamentos e consórcio, da taxa sobre aplicação financeira e do ônus da sucumbência. Lucros cessantes. Conceito. Doutrina. Lei civil. Art. 1.059, CC de 1916. Art. 402, CC de 2002. Concessionária que, como pessoa, nunca existiu. Impossibilidade de ter havido diminuição de seu patrimônio. Contrato preliminar. Partes que ficaram no campo da mera tratativa. Ausência de prova de que os embargantes razoavelmente deixaram de lucrar. Atividade comercial não iniciada. Probabilidade de percepção de lucro não demonstrada. Experiência e certeza dos autores que não estabelecem o prejuízo. A concessionária, por sua inexistência, não teve frustrada a expectativa de lucro. Não se presume o lucro cessante. Não reconhecimento dos direitos à 'bandeira' à venda de automóveis usados, peças e serviços, e ao comissionamento de seguros, financiamentos e consórcio. Questão não acolhida. Voto minoritário que entende deva ser livre a taxa de mercado para aplicação financeira e impõe sucumbência de 70% à ré e 30% aos autores, relativamente aos honorários, e as custas integralmente à ré. Questões mantidas. Embargos infringentes acolhidos parcialmente. (TJSP - 4ª Câm. de Direito Privado; Emb. Infringentes 1.018.642.4/04; Rel. Des. Virgílio de Oliveira Junior; j. 31.10.2007).

Como conclusão, chegou-se a um consenso de que os lucros cessantes não poderiam incidir sobre a expectativa de ganho com a agregação da marca, até porque não há como se indenizar a parte com base em uma estimativa projetada.

Outrossim, em decisão tomada no ano de 2008, envolvendo a ruptura de uma relação comercial de distribuição, havida a vários anos, entre duas sociedades anônimas da grande porte, o Tribunal de Justiça reformou a sentença de primeiro grau para reconhecer a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual.

Assim sendo, necessário transcrever a ementa da decisão:

RESPONSABILIDADE CIVIL - CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO - Pacto não escrito - Circunstância não impeditiva de indenização por perdas e danos - Hipótese em que as partes mantiveram por mais de quatorze anos fortes e constantes transações comerciais, tornando-se a autora, inclusive, parceira da ré, como única distribuidora da Bayer Argentina e a maior da Bayer no Brasil - Rompimento abrupto do negócio, com o fechamento da sua unidade no Brasil, com explicações que não retiram o direito da autora de reparação dos danos que efetivamente sofreu - Violação dos direitos da autora caracterizada - Procedência do pleito indenizatório fundada nos princípios da boa-fé objetiva, atual paradigma da conduta na sociedade contemporânea, da função social do contrato e da responsabilidade pré e pós-contratual - *Quantum* do dano material (lucro cessante) e do dano moral em razão da divergência da maioria dos julgadores, decididos nos termos do acórdão com base no artigo 456, § 1º, do Regimento Interno deste C. Tribunal – Ação parcialmente

procedente - Apelo provido em parte para esse fim. (TJSP - 23ª Câm. de Direito Privado; Ap. Cível 7.029.588-8; Rel. Des. Rizzatto Nunes; j. 05.03.2008).

Mais uma vez a questão dos lucros cessantes mereceu especial atenção dos Desembargadores, haja vista tratar-se da perda de receita de pessoa jurídica, sendo os mesmos fixados de acordo o faturamento anual da sociedade empresária distribuidora, como se a relação negocial tivesse prosseguido.

Com efeito, fundamentou o acórdão proferido:

O valor da indenização devida à autora deve corresponder à perda, efetiva de seu negócio. O razoável e justo é a fixação de uma quantia que tenha relação com o faturamento anual da autora por determinado período de tempo, como se o negócio continuasse existindo. Na falta de legislação específica, é de se invocar como parâmetro as normas da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual) que regulam questão similar. Veja-se o que dizem os artigos 208 e 210 de referida lei: "*Art. 208 - A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido.*" "*Art. 210 - Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais razoável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.*" Evidente que não se poderia obrigar a ré a perpetuar a relação, mas a quebra abrupta e a tomada do mercado da autora impõem que se fixe a indenização por, pelo menos, três anos de lucros cessantes, tempo que permitiria que a autora se reorganizasse. Anote-se que esse prazo não é muito longo, especialmente levando-se em conta que, se a relação progredisse, a Autora continuaria obtendo, no mínimo, esses lucros com o negócio. Quanto ao valor é de se adotar como parâmetro aqueles encontrados pela perícia realizada. A fórmula adotada pelos peritos é a EBITDA, assim definida pelo Sr. Perito Judicial, com base no conceito publicado na Revista Brasileira de Contabilidade - Ano XXXI N° 136 - Julho/Agosto 2002 - págs. 39/47 (Editada pelo Conselho Federal de Contabilidade) e escrito pela articulista e contadora Yumara Lúcia Vasconcelos (Professora e Mestranda na Universidade Federal da Bahia): "*O EBITDA corresponde, simplesmente, ao caixa gerado pelos ativos genuinamente operacionais. Afinal, o lucro, antes dos juros (tanto receitas quanto despesas financeiras), do imposto de renda e da Contribuição Social sobre o lucro e antes das depreciações e amortizações, corresponde ao potencial de caixa que o ativo operacional * de uma empresa é capaz de produzir, antes inclusive de considerar o custo de qualquer capital tomado emprestado. Ou seja, o que se quer com o EBITDA é o valor do caixa, ou melhor, do potencial de geração de caixa (portanto valores antes de se considerarem as depreciações) produzido pelos ativos genuinamente operacionais (excluindo-se então as receitas financeiras que, neste caso, não são o objetivo da empresa), sem os efeitos decorrentes da forma de financiamento da empresa (portanto, excluindo-se também as despesas financeiras) e antes dos efeitos dos tributos sobre o resultado (Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o lucro no caso brasileiro)*" (fls. 1488). Foi com base nessa fórmula que os peritos buscaram descobrir o faturamento da empresa autora, para chegarem ao lucro anual de sua operação. Há nos autos um valor irretorquível, posto que apurado pelo assistente técnico da ré, já que posteriormente corrigido para baixo pelo Sr. Perito Judicial (fls. 1493). Portanto, é ele, indubitavelmente, que deve ser o adotado, ou seja, R\$ 1.186.898,71 para 31.12.1997 (item 10.1 de fls. 1385 e fls. 1493). Tanto no valor dos lucros cessantes como no *quantum* a ser adotado a título de danos morais, a maioria formada por este relator e o revisor divergiu. Por isso, adotar-se-á a regra do § 1º do artigo 456 do Regimento Interno deste C. Tribunal para decidir a questão do valor conforme adiante exposto. Eis como votou este Relator na questão dos lucros cessantes: "*Desse modo, no que respeita aos lucros cessantes, condena-se a ré a apagar a autora o quantum de R\$ 3.560.696,10 (R\$1.186.898,71 X 3) corrigido monetariamente pela Tabela de Atualização de*

Débitos Judiciais expedida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo desde 31/12/1997, mais juros de mora de 0,5% ao mês desde a citação até 11/01/2003 e 1% ao mês a partir de 12/01/2003, data da entrada em vigor do novo Código Civil. Eis como votou o I. Revisor: "Nessas condições, de acordo com o meu voto, também dou provimento parcial à apelação da autora, porém, em menor extensão, julgando a ação parcialmente procedente, para esses fins: a) condenar a ré a pagar à autora a quantia de R\$ 1.186.898,71, corrigida monetariamente pelos índices da tabela prática do E. Tribunal de Justiça desde 31.12.1997 (fls. 1385, 1493), acrescida de juros moratórios lineares a partir da citação, de 0,5% ao mês até 11.01.2003 (data da entrada em vigor do atual Código Civil), de 1% ao mês depois desse termo".

Dessa maneira, os lucros cessantes foram fixados em R\$ 2.373.797,42 (dois milhões, trezentos e setenta e três mil, setecentos e noventa e sete reais e quarenta e dois centavos), sendo que os danos morais foram arbitrados em 30% dos danos materiais apurados.

Por derradeiro, já no ano de 2009, o caso submetido à apreciação do Tribunal de Justiça foi o de uma agência de publicidade que, tendo sido contatada para deflagrar uma campanha publicitária de lançamento de um automóvel no Brasil, e após a aprovação do respectivo projeto, inclusive quando já iniciada a execução do contrato por sua parte, foi surpreendida com a não conclusão do negócio.

A solução dada ao litígio se encontra ementada da seguinte forma:

Indenização - Danos materiais - Descumprimento de obrigações - Contrato de exclusividade para criação e execução de campanha publicitária de lançamento de veículos no Brasil - Rescisão unilateral - Utilização de terceiros para realização da campanha publicitária - Pagamento dos valores devidos pela prestação de serviços e pelos que a agência de publicidade deixou de ganhar com a não execução da campanha publicitária - Sentença de procedência parcial com condenação da ré a pagar importância a ser apurada em liquidação por artigos como ressarcimento de danos materiais por rompimento abusivo das negociações - Provimento parcial do recurso da autora - Recurso da ré desprovido - Liquidação que deverá ocorrer por arbitramento. 1 - A lei exige na expressão "*assim na conclusão do contrato, como em sua execução*", prevista no texto do artigo 422 do Código Civil, a obrigatoriedade de respeito à probidade e boa-fé também na fase pré-contratual ou de negociações preliminares, visto como a conduta ímproba, desleal, nessa fase, também caracteriza abuso de direito, a justificar a reparação de danos. 2 - No caso dos autos, aplica-se o princípio da reserva mental nas negociações entre a autora e a ré, porque, conforme preconiza o artigo 110 do Código Civil, a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento, assentado que "reserva mental é a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratório" (Nery, Vícios, n 3 1, p 18). 3 Disso é exemplo encomendar uma campanha publicitária, acompanhar e participar das discussões sobre o seu desenvolvimento, fazendo crer que a agência de publicidade com a qual se negocia é a única e após meses de trabalho concluir pela inviabilidade da campanha sem reembolsar a agência por aquilo que despendeu, fazendo-a crer que a publicidade não mais seria veiculada e, posteriormente, lançá-la por outra agência. (TJSP - 29ª Câm. de Direito Privado; Ap. Cível 1.193.194-00/03; Rel. Des. Reinaldo Caldas; j. 06.05.2009).

Assim, embora a decisão tenha afastado a condenação relativa a eventuais lucros cessantes, em virtude da ausência de pedido expresso nesse sentido, bem como pela falta de demonstração dos mesmos, foram reconhecidos os danos materiais ocorridos a título de danos emergentes, estes consubstanciados nos custos adiantados para realização da campanha, em valor a ser apurado em liquidação de sentença, haja vista a especialidade da área de publicidade.

4. CONCLUSÕES FINAIS

Diante das decisões colacionadas no item anterior, podemos observar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem, reiteradamente, reconhecendo, em seus acórdão, a incidência da teoria da responsabilidade pré-contratual, para o fim de condenar aqueles que violaram a confiança e a expectativa dos sujeitos com quem negociaram.

Com efeito, os prejuízos sofridos pelas partes, em decorrência da ruptura abrupta das negociações, estão sendo indenizados de acordo com o conjunto probatório existente nos autos.

Neste cenário, foram identificadas condenações tanto a título de danos materiais, como imateriais, cada qual com um critério valorativo.

Assim sendo, no que tange aos danos morais, percebe-se que os mesmos estão sendo considerados devidos em razão da frustração da expectativa criada, sendo, nos casos mais clássicos de responsabilidade pré-contratual, vem sendo arbitrados em valor não superior a 100 (cem) salários mínimos, ou seja, cerca de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De outro lado, quanto aos danos materiais, verificou-se uma rigidez quanto ao reconhecimento da existência de danos emergentes, sendo necessária uma prova robusta acerca dos investimentos feitos em razão da negociação, sendo deferido o ressarcimento das importâncias despendidas, desde que demonstradas nos autos.

Outrossim, a questão que recebeu tratamento mais diferenciado, em todas as Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, certamente foi a respeito dos lucros cessantes.

Isto porque em razão da sucessividade das prestações existentes em contratos de longa duração, não se chegou a uma uniformidade em relação ao período em seriam devidos os lucros cessantes.

Tanto é assim, que na Apelação nº 492.422.4/5-00, a parte fez jus ao recebimento de 6 (seis) meses de salário que recebia no emprego que perdeu pela proposta recebida, sendo que os fundamentos para fixação deste período foram basicamente de equidade, haja vista estar a decisão está fundamentada simplesmente por ser “o mais justo” a fazer. Todavia, já na Apelação nº 7.029.588-8, o Tribunal de Justiça entendeu que o faturamento anual da empresa seria o melhor critério para indenizar os lucros da sociedade empresária que deixou de celebrar um contrato de distribuição com sua maior cliente.

Observa-se, ainda, que os lucros cessantes foram arbitrados com base em fatos concretos e não em meras expectativas, o que é bem demonstrado na Apelação nº 492.422.4/5-00, que ao invés de adotar como critério a divisão proporcional do primeiro prêmio, adotou a premiação mínima devida ao último colocado.

Por derradeiro, cumpre destacar que o presente trabalho de modo algum possui a pretensão de esgotar o tema proposto.

Desta feita, as considerações aqui inseridas representam, na realidade, apenas um incentivo e estímulo visando o combate aos atos abusivos, perpetrados através de condutas

que afrontam o ordenamento jurídico, objetivando conferir aos indivíduos prejudicados uma maior compreensão de seus próprios direitos.

5. REFERÊNCIAS

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Regis Fiehter. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001.

VICENTE, Dário Moura. **A responsabilidade pré-contratual no Código Civil de 2002**. Revista Trimestral de direito civil. V. 18. Rio de Janeiro: Padma, abril/julho 2004.