

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

WILLIAM R. DE OLIVEIRA REZENDE JR.

**O RESGATE DO FUNDAMENTO PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: a disciplina *ex ante* dos danos e a
sua efetivação com o auxílio de contratações substitutivas**

**Juiz de Fora
2016**

WILLIAM R. DE OLIVEIRA REZENDE JR.

**O RESGATE DO FUNDAMENTO PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: a disciplina *ex ante* dos danos e a
sua efetivação com o auxílio de contratações substitutivas**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel, sob
orientação do Professor Dr. Marcus
Eduardo de Carvalho Dantas.

**Juiz de Fora
2016**

WILLIAM R. DE OLIVEIRA REZENDE JR.

**O RESGATE DO FUNDAMENTO PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS: a disciplina *ex ante* dos danos e a
sua efetivação com o auxílio de contratações substitutivas**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração de Direito e Responsabilidade Civil, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Cláudio Roberto Santos

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a. Dr.^a Raquel Bellini de Oliveira Salles

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de agosto de 2016.

Dedico este trabalho a todos aqueles que
contribuíram para sua realização.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe Rebeca, por sempre vir com uma xícara de café quente para me manter atento nos momentos de maior concentração. Obrigado por sempre apoiar as minhas escolhas e incentivar os meus projetos.

Agradeço à Sarah Lavinias, amiga de todas as horas com quem eu pude partilhar todos os meus momentos durante os últimos cinco anos, sempre paciente em me ouvir e com um sábio conselho ao final que fazia desaparecer todas as minhas incertezas.

Agradeço a todos os amigos que a faculdade me proporcionou, especialmente à Iara Leão, Raiane Baêta e Sara Detomi, pois faria tudo novamente ao saber que terminaria ao lado de pessoas tão íntegras que tanto me complementam e me fazem crescer enquanto ser humano.

Agradeço à professora Waleska Marcy por ter sido a primeira a ter me dado uma oportunidade na faculdade e ter aberto os meus olhos para as possibilidades ao meu redor.

Agradeço imensamente à professora Raquel Bellini pela oportunidade e pelo privilégio de ter sido seu orientando por dois anos extremamente desafiadores e produtivos, surgindo daí várias conquistas e, inclusive, o tema deste trabalho, ao ter despertado em mim o prazer e a paixão em estudar o Direito Civil.

Agradeço ao professor Flávio Bellini por ser extremamente solícito e por toda a atenção a mim dispensada.

Por fim, agradeço ao professor Marcus Dantas pela gentileza de ter aceito o convite para me orientar neste trabalho.

“Tengo la convicción de que así como el siglo XX fue el de la reparación de los daños, el presente será el de la prevención”.

(Adela M. Seguí)

RESUMO

A disciplina da responsabilidade civil trabalhada preponderantemente a partir de sua função reparatória não satisfaz integralmente a tutela dos interesses contratuais das partes no contexto da sociedade contemporânea, revelando-se mais adequada e alinhada com os valores da ordem constitucional a preocupação em trabalhar também a função preventiva da responsabilidade civil na medida em que os danos decorrentes do inadimplemento poderiam ser evitados ou, ao menos, minimizados. Assim, desenvolver-se-á o tema da prevenção no campo contratual tendo em conta a perspectiva funcional das obrigações, o que permite transportar o dever da parte contratante de mitigar o próprio dano para dentro do objeto obrigacional, tornando-se possível visualizar a prática de um ilícito contratual diante da sua violação por influir no objeto prestacional como um todo. Por fim, propor-se-á um instrumento de autotutela contratual por meio do qual seria possível a efetivação da mitigação, fixando-se o campo de incidência no qual seria ela exigível para que se possa analisar as consequências decorrentes tanto do seu cumprimento, quanto descumprimento.

Palavras-chave: responsabilidade civil preventiva. *duty to mitigate the loss*. inadimplemento antecipado. autotutela contratual. contratação substitutiva.

RESUME

La discipline de la responsabilité civile développée principalement à partir de sa fonction réparatrice ne satisfait pas pleinement la protection des intérêts contractuels des parties dans le contexte de la société contemporaine, révèle être la plus appropriée et alignée sur les valeurs de l'ordre constitutionnel la préoccupation de travailler également la fonction préventive de la responsabilité civile dans la mesure où les dommages résultant de la inexécution contractuelle pourrait être évitée ou, au moins, minimisée. Ainsi, il sera développée le thème de la prévention dans le domaine contractuel en tenant compte la perspective fonctionnelle des obligations, ce qui vous permet de transporter le devoir de la partie contractante de mitiger des dommages lui-même dans l'objet obligatoire, ce qui permet de visualiser la pratique d'une infraction contractuelle par sa violation pour son influence dans l'objet prestacional dans son ensemble. Finalement, il sera propose un instrument d'autotutelle contractuel par lequel l'efficacité de la mitigation serait possible, délimitant le domaine d'incidence où elle serait exigible pour être en mesure d'analyser les conséquences à la fois de la conformité, comme le non-respect.

Mots-clés: responsabilité civile préventive. devoir de mitiger les dommages. inexécution par anticipation. autotutelle contractuel. opérations de substitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DE SEU DUPLO FUNDAMENTO: PREVENÇÃO E REPARAÇÃO ALIADAS À UMA TUTELA EFETIVA DE DIREITOS	14
2.1 A inserção de um novo fundamento ao sistema da responsabilidade civil?	14
2.2 A prevenção na disciplina da responsabilidade civil como “Direito de Danos”	23
2.3 Princípios da prevenção e recuperação: conteúdo e admissibilidade possíveis no âmbito das relações contratuais	28
2.3.1 A antecipação de riscos pelo princípio da precaução	29
2.3.2 A antecipação de danos pelo princípio da prevenção	34
3. A BUSCA POR UM INSTRUMENTO CONTRATUAL PARA A EFETIVAÇÃO DA PREVENÇÃO: DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS	36
3.1 A importância do tratamento da <i>obrigação como processo</i> e o papel da boa-fé objetiva no campo obrigacional	36
3.2 A opção pela designação da boa-fé objetiva como fundamento do duty to mitigate the loss no sistema brasileiro	42
3.3 O <i>duty to mitigate the loss</i> no Brasil e seus contornos gerais	47
4. A PRÁTICA DAS CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS E O FORNECIMENTO DE UM INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA	52
4.1 A defesa de interesses privados a partir da autotutela contratual	52
4.2 O campo de incidência das contratações substitutivas ante a disciplina da prevenção e minimização de danos	57
4.3 Consequências do cumprimento e da violação do dever de mitigar danos	61
5. CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

No contexto do Estado Liberal, o contrato era concebido através de uma racionalidade meramente formal que o colocava como um instrumento garantidor de segurança à circulação econômica na forma do trânsito jurídico de bens e interesses. O indivíduo era tomado de maneira abstrata e a sua relevância jurídica condicionava-se em razão daquilo que ele possui e não daquilo que é, tratando-se de alguém que não se qualifica pelo ser, mas sim pelo ter¹. A disciplina jurídica dos contratos pelo viés do liberalismo, então, funda-se no princípio da autonomia da vontade, cabendo ao Estado apenas a tarefa de resguardar o espaço de liberdade do particular, cujo regramento decorre unicamente da vontade individual.

Contudo, as múltiplas transformações posteriormente ocorridas nos campos social e econômico resultaram em uma sociedade plural e complexa e incidiram diretamente no âmbito das relações contratuais e de seus princípios informadores, colocando em xeque tudo aquilo que havia sido trabalhado pelo liberalismo clássico, sobretudo a partir da segunda metade do século XX com o advento do Estado de Bem-Estar Social. Tais transformações impõem à teoria contratual a busca por um fundamento implícito ao objetivo meramente patrimonialista para que a sua prática não ocorra a partir de uma dimensão abstrata dotada de uma racionalidade formal².

Acreditava-se que com a adoção de uma postura positiva por parte do Estado orientada pela proteção e promoção da dignidade da pessoa humana³, seria possível a correção das distorções provocadas pelo exercício da autonomia da vontade, passando-se a restringir a liberdade de contratar da parte mais forte na relação contratual, fenômeno esse que ficou conhecido como dirigismo contratual⁴. Entra em cena o Estado Social como resposta à intensificação dos movimentos sociais diante da expansão dos efeitos da Revolução Industrial

¹ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.

² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea*. In: Carmem Lucia Silveira Ramos. (Org.). *Direito Civil-Constitucional: Situações Jurídicas Patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002.

³ Segundo Ingo Sarlet, trata-se de uma tarefa do Estado e de todos os demais atores do convívio social. SARLET, Ingo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁴ Rogério Ferraz Donnini explica que “a autonomia privada, diante do rigor excessivo da força obrigatória dos pactos no final do século XIX e início deste, foi contida pela interferência do Estado nas relações contratuais, fato esse que já havia se iniciado antes, com a Revolução Industrial. Contudo, tornou-se evidente essa interferência estatal entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, surgindo, destarte, o que se denominou dirigismo contratual, limitando-se a liberdade de contratar, para que fosse evitados abusos em algumas relações contratuais”. DONNINI, Rogério Ferraz. *A Constituição Federal e a concepção social do contrato*. In: VIANNA, Rui Geraldo Camargo, NERY, Rosa Maria de Andrade (Organizadores) *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, cit. p. 71.

no final do século XIX e início do século XX, período marcado também pelas consequências da Primeira Guerra Mundial.

Entretanto, como as relações sociais se inserem em um processo contínuo de mudanças, elas se tornaram ainda mais massificadas e despersonalizadas, ambiente propício para relações negociais pautadas pela desigualdade do poder negocial das partes. Ademais, a ineficiência do poder público aliada à carência de recursos, a ausência de gestão e a malversação de verbas apontam para a insuficiência estatal, podendo-se falar na crise do Estado Social⁵.

O Estado na pós-modernidade⁶, por sua vez, é caracterizado pela progressiva privatização das prestações voltadas às demandas sociais, chamando-se atenção para o fato de que a lógica empresarial do lucro assume o trato das demandas sociais de maneira distinta do poder público, admitindo a flexibilização ou até mesmo a supressão da dignidade humana em prol de pragmatismos e visões utilitárias do ser humano, promovendo o verdadeiro desmonte do Estado anteriormente tido como Social⁷. Soma-se a isso a ineficiência do Poder Judiciário em resolver de maneira efetiva os atuais conflitos igualmente complexos às relações humanas, sendo crescente a opção dos contratantes de se submeterem aos seus próprios regramentos.

Todo esse panorama traçado denota uma desconfortável sensação de que ninguém e todos, ao mesmo tempo, estão no controle dos rumos da sociedade, de risco⁸, diga-se de passagem. É nesse cenário que se buscará defender o tema do presente trabalho,

⁵ Para Paulo Luiz Netto Lôbo, deve-se separar o plano social do econômico para que se possa entender os diferentes efeitos que a crise do Estado Social opera em cada um deles: “(...) No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica do que real, pois dirige-se à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional, ou a ‘mão visível’ do Estado”. LÔBO, Paulo Luiz Netto et alii (Coord.). A teoria do contrato e o novo código civil. Recife: Nossa Livraria, 2003. *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. Cit. p. 18.

⁶ “(Pós modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado”. MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, Revista Cidadania e Justiça, Ano 03, n. 6, Rio de Janeiro, AMB, 1999, p. 237-248.

⁷ Entendendo o crédito como um fenômeno social e que a riqueza não mais se concentra na propriedade física, criticando a lógica utilitarista, Zygmunt Bauman expõe que “em contraste com os ausentes proprietários fundiários do início dos tempos modernos, os capitalistas e corretores imobiliários da era atual, graças a mobilidade de seus recursos, agora líquidos, não enfrentam limites reais o bastante – sólidos, firmes, resistentes – que obriguem ao respeito. Os únicos limites que se poderiam fazer respeitar seriam aqueles impostos administrativamente sobre o livre movimento do capital e do dinheiro. Tais limites são, no entanto, poucos e distantes uns dos outros”. BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, cit. p. 18.

⁸ Expressão de autoria do sociólogo alemão Ulrich Beck, em sua obra Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade, onde defende a reconfiguração da sociedade moderna a partir de seus novos contornos e suas influências radicais na política, economia e comportamento, sendo o risco inevitável e globalizado, *apud* LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 105, p. 1223, 2010.

consubstanciado no resgate da prevenção no âmbito da responsabilidade civil, que lhe serve de fundamento prospectivo, conjuntamente com o princípio da reparação, seu fundamento retrospectivo. A responsabilidade civil não pode se limitar ao mero dever de reparação, devendo orientar-se também no sentido de resguardar direitos por uma perspectiva preventiva, a qual se mostra mais coerente com os deveres de proteção e promoção da pessoa na realidade social.

Para tanto, adota-se como marco teórico o raciocínio desenvolvido por José de Aguiar Dias de que somente a partir da conjugação dos dois fundamentos acima mencionados a responsabilidade civil cumpriria de fato a manutenção do equilíbrio social⁹. Outrossim, realizar-se-á um recorte de modo que a problemática será analisada no campo das relações contratuais de caráter essencialmente patrimonial, levando-se em conta a atual importância da técnica contratual na era pós-industrial e o seu papel no desenvolvimento da personalidade humana, valor fundamente de todo o ordenamento jurídico. Todavia, para uma compreensão da prevenção tal como se propõe, é fundamental a presença de uma lesão, neste caso mais precisamente a lesão pelo inadimplemento.

Conforme exposto, a morosidade e falibilidade da reação do Estado-Juiz na proteção de interesses ameaçados nos leva a repensar quanto à possibilidade da utilização da via da autotutela contratual como forma de permitir que os sujeitos contratantes gozem de instrumentos suficientemente eficientes para que possam tutelar seus próprios interesses, sem necessariamente acionar a via judicial. Assim, analisar-se-á a concretização da função preventiva da responsabilidade civil no plano contratual especificamente pelo instrumento da contratação substitutiva em função das vantagens dele provenientes pela possibilidade de minimização dos efeitos do inadimplemento, as quais serão expostas detalhadamente em momento oportuno do presente trabalho.

Em termos metodológicos, o trabalho terá por base a análise crítica de fontes legislativas e doutrinárias, verificando-se também a posição jurisprudencial relativamente ao instrumento de contratação substitutiva, valendo-se do método indutivo para, a partir de considerações individuais, contribuir para um possível resgate da função preventiva da responsabilidade civil e incentivar o manejo do instrumento escolhido para efetivá-la. Com isso, será possível concatenar as conclusões obtidas e traçar um quadro sobre a questão posta em evidência, de modo a fundamentar a função preventiva e demonstrar a sua viabilidade, vocação e vantagens face ao inadimplemento contratual, objetivos esses que se compatibilizam dentro da perspectiva civil-constitucional.

⁹ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª Ed Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

Por fim, dentre as linhas metodológicas no campo da pesquisa social aplicada e jurídica, opta-se pela vertente jurídico sociológica, pois faz-se necessário ter em mente uma noção mais ampla do fenômeno jurídico haja vista o grande impacto social provocando pelas relações contratuais, especialmente sobre o ponto de vista da prevenção ou, ao menos, a contenção dos efeitos do inadimplemento contratual.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DE SEU DUPLO FUNDAMENTO: PREVENÇÃO E REPARAÇÃO ALIADAS À UMA TUTELA EFETIVA DE DIREITOS

2.1 A inserção de um novo fundamento ao sistema da responsabilidade civil?

O conceito de responsabilidade civil é comumente elaborado levando-se em consideração a sua função reparatória¹⁰ pautada no binômio dano-reparação, segundo o qual seria ela um instrumento para imputação de uma obrigação de indenizar àquele que der origem a um dano, seja em razão de sua conduta comissiva ou omissiva e, em regra, antijurídica, ou por fato de pessoas ou coisas que dele dependam. A responsabilidade civil é constantemente estudada sob o enfoque de sua função reparatória, relegando-se a um segundo plano a sua função preventiva, que dentro de tal conceito deveria fazer parte e receber a devida atenção.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias¹¹ expõe o raciocínio realizado por G. Marton para a formação de um sistema unificado da responsabilidade civil em contraposição à sua divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual. Marton estabelece justamente o princípio da prevenção como o primeiro fundamento da responsabilidade civil, ao lado de alguns princípios secundários¹², estranhando que a ele nunca tenha sido atribuída a devida importância, não obstante o seu papel na defesa da ordem jurídica e na luta contra a injustiça social.

Apesar de aceitar a construção de Marton, Aguiar Dias¹³ faz uma ressalva ao entender pela impossibilidade de a responsabilidade civil ter por seu único fundamento a prevenção, acrescentando ao seu lado o princípio da reparação na medida em que a preocupação em restituir não se sobrepõe à preocupação em prevenir. Dessa forma, somente a partir da conjugação de ambos os seus princípios fundantes seria possível que a responsabilidade civil pudesse cumprir de fato o seu papel na manutenção do equilíbrio social, posto que

(...) no plano temporal, a prevenção, com o caráter de intimidação, visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto *meio* relacionado ao *futuro*; enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao *passado*, porque trata de restaurar. Ora, entre

¹⁰ Pode-se colher conceitos nesse sentido em todas as seguintes obras: GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 5ª Ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010. RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20ª Ed. vol. 4 São Paulo: Saraiva, 2007. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 12ª Ed. v.4. São Paulo: Atlas. 2012.

¹¹ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª Ed Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

¹² Entre tais princípios estão o princípio do interesse ativo, do maior interesse social e da repartição de danos, todos de caráter econômico-político. Ob. cit., p. 98-99.

¹³ Ob. cit., p. 99.

esses dois termos fica, como contemplação *presente* da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente.¹⁴

Deixando de lado as discussões em torno da unidade ou não da responsabilidade civil, uma vez que a distinção se daria com base nas relações jurídicas analisadas e não pelo sistema de responsabilidade, extrai-se a importante premissa referente aos princípios da prevenção e da reparação enquanto fundamentadores de todo o sistema da responsabilidade civil, independentemente do regime jurídico a ser posteriormente aplicado.

O negligenciamento no desenvolvimento e aprimoramento da função preventiva decorreria em grande parte pelo viés essencialmente patrimonialista presente na modernidade, sobretudo a partir do Código Civil francês de 1804, cujas ideias influenciaram fortemente a legislação Beviláqua e colaboram para a orientação da responsabilidade civil também no âmbito nacional como um sistema preocupado preponderantemente em reparar os danos e recompor o patrimônio atingido¹⁵. Ressaltava-se, assim, o papel de destaque do patrimônio na qualificação do indivíduo enquanto sujeito de direito perante a sociedade, valendo-se da indenização pecuniária como o instrumento reparatório por excelência, associando a função reparatória à noção de justiça social.

Sobre o tema, ainda que o seu raciocínio tenha partido levando em conta valores de natureza existencial, a lição de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi é válida quando se tem em vista que o desenvolvimento da pessoa também se opera na esfera de suas interações de natureza patrimonial:

O desvirtuamento que se evidencia na proteção somente repressiva dos valores existenciais é fruto de uma concepção patrimonialista da responsabilidade civil, pela qual o patrimônio constituiria o núcleo fundante do Direito civil clássico, daí derivando, portanto, a obrigação de indenizar como instrumento protetivo próprio.¹⁶

Em sua acepção clássica, o Direito Civil se caracterizava pelo individualismo exacerbado pelo qual a autonomia privada era fundada na chamada “razão centrada no

¹⁴ Ob. cit., p. 100-101.

¹⁵ Tratando do tema, Luiz Edson Fachin faz referência ao Direito Civil clássico como o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal”. FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, cit. p. 51.

sujeito”¹⁷, isto é, na realização da análise do sujeito pelo exercício de sua liberdade individual à luz de uma realidade abstrata e afastada dos valores existenciais da pessoa em sua concretude, conduzindo a uma insustentável igualdade formal. Como aponta Luiz Edson Fachin¹⁸, tal raciocínio não mais se faz possível atualmente em razão da escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o ordenamento brasileiro:

O desafio é justamente conseguir manter a possibilidade de não aniquilar o sujeito em suas vontades, sem que a concretização dessa vontade, porém, possa ganhar a forma da realização de um desejo autocentrado, fundamentado apenas na adequação entre meios e fins instituídos pelo próprio indivíduo, como se ele não vivesse em sociedade¹⁹.

De fato, com a instituição de uma nova principiologia que irradia por todo o ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, que inclusive elegeu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, as linhas fronteiriças que até então sustentavam a rígida dicotomia entre o direito público e o direito privado perdem a razão de ser e vem se tornando cada vez menos perceptíveis, pois ao civilista é imposto “o desafio de restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas”.²⁰ Demanda-se, em verdade, uma verdadeira “reinvenção” dos institutos e não a sua mera adequação à nova lógica imposta na medida em que

(...) a pessoa humana não era o centro das preocupações do ordenamento em outros tempos não só porque os códigos e as constituições assim não estipulavam, mas sim porque havia uma ideologia que desconsiderava os valores existenciais, que preconizava a ideia de que o indivíduo poderia ser viável independentemente do contexto social, que só deveria prestar contas a si mesmo²¹.

Pietro Perlingieri aponta que conceber as relações privadas através de um viés exclusivamente patrimonialista não corresponde aos valores basilares do ordenamento jurídico,

¹⁷ Habermas expõe que, nesse contexto, a racionalidade do sujeito limita-se ao modo como o sujeito isolado se orienta em função dos conteúdos das suas próprias representações e de seus enunciados. HABERMAS, Jünger. Uma outra saída da filosofia do sujeito: Razão comunicativa *versus* Razão centrada no sujeito, In: O discurso filosófico da Modernidade, Lisboa: Don Quixote, 1988, p. 291, *apud* DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 24, 2006, cit. p. 188.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, cit. p. 222.

¹⁹ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 24, 2006, cit. p. 195-196.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e Direito Civil: Tendências. In: Revista dos Tribunais, v. 779, 2000, cit. p. 56.

²¹ DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 24, 2006, cit. p. 202.

pois essa posição parte da distinção rígida entre os valores de natureza patrimonial e existencial. Para o jurista italiano, determinadas situações patrimoniais ligam-se diretamente ao livre desenvolvimento da pessoa²², sendo que a sua tutela

não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em situações isoladas, como nas teorias atomistas. A personalidade, portanto, não é um direito, mas sim, *um valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela²³.

Não se pode olvidar que, dentro do conceito de autonomia privada compreendida como a capacidade de o sujeito de direito determinar o seu comportamento individual, autonomia contratual e autonomia existencial nele coexistem, abrangendo tanto as escolhas patrimoniais quanto existenciais, possuindo cada uma delas o seu fundamento constitucional, seja por meio da livre iniciativa ou pela própria dignidade da pessoa humana, respectivamente.

Nesse sentido, defende M.A. Urciuoli que “os interesses, «mesmo podendo ser conceitualmente isolados, permanecem conexos entre si e conservam sempre um ponto de referência, separados do qual perdem qualquer significado”²⁴, enquanto que Maria Celina Bodin de Moraes informa que “parte relevante da doutrina francesa vem sustentando a superação da distinção entre danos patrimoniais e danos morais, valorizando o fundamento unitário previsto no artigo 1382 do Code Civil”²⁵.

Assim, ao se reconhecer a “pessoa como valor (que) representa a parte que caracteriza o ordenamento jurídico de tal forma a garantir sua unidade”²⁶, a realização de sua personalidade opera-se não somente através de situações existenciais, mas também a partir de situações de caráter patrimonial – que se materializam principalmente por meio da via contratual - por se tratar a pessoa de um ser complexo e que se relaciona simultaneamente em ambas as situações, resultando em um emaranhado de relações que se complementam no exercício da vida em sociedade.

²² Segundo o autor, “o art. 1174 Cód. Civ., por exemplo, embora tenha como título «caráter patrimonial da prestação», específica que a prestação objeto da obrigação «deve ser suscetível de avaliação econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não seja patrimonial, do credor». PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. Cit. p. 760.

²³ Ob. cit. p. 764.

²⁴ URCIUOLI, M. A. *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000. Cit. p. 58. *apud* Ob. cit. p. 764.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cit. p. 305.

²⁶ Conclui o autor: “as problemáticas a ele inerentes só podem, portanto, serem apresentadas com referência ao ordenamento globalmente considerado”. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell'ordenamento giuridico*. Napoli, Jovene, 1972.

Tanto é assim que, diante da nova ordem constitucional, o tratamento jurídico do patrimônio não perde relevância, apenas assume novos contornos e, com a “*centralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa menos ao redor do patrimônio em si mesmo*”²⁷, este agora é trabalhado levando-se em consideração a pessoa, como explica Luiz Edson Fachin:

a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado - o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional. A proteção do patrimônio, todavia, não restou esvaziada ou menosprezada, mas sim redimensionada em face da valorização da dignidade da pessoa humana, viabilizada, em grande medida, pela proteção de interesses extrapatrimoniais. De tal forma, "o patrimônio (e o próprio Direito) está a serviço da pessoa, razão de ser e fim último de todos os saberes".²⁸

De tal forma, ensina Gustavo Tepedino²⁹ que as situações jurídicas patrimoniais não mais se justificam e legitimam em si mesmas, devendo elas serem funcionalizadas aos interesses existenciais e sociais inseridos pela nova ordem constitucional, cuja conjugação repercute no desenvolvimento da personalidade humana. Tal fenômeno operado na dogmática do direito civil ficou conhecido como a sua constitucionalização, o qual a também alcança a responsabilidade civil, porquanto ser ela

um fenômeno jurídico que perfaz uma relevante mediação entre certas práticas sociais e a sua respectiva proteção ou reprovação jurídica, e que, por isso mesmo, invariavelmente se localiza no centro de intempestivas discussões.³⁰

Assim, ainda que seja possível visualizar a ideia de prevenção, dispensa-se a ela um tratamento indireto ou meramente reflexo em relação à reparação, desempenhando apenas uma função normativa a partir de regras gerais que estabelecem o dever de indenizar os danos provocados e que atuam para a dissuasão da ilicitude e da lesividade; seja em razão do preceito geral do direito *neminem laedere* contido no Digesto 1.1.10.1 (de Ulpiano) e que

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. O Aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 1/3, p. 14-40, 1999.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 269 e 258.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. In: (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v.5, nº 1, 2012, cit. p. 15.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: *Revista dos Tribunais*, v. 903, 903, 2011, cit. p. 28.

estabelece o dever para que os homens não se prejudiquem uns aos outros³¹ ou pelos deveres oriundos da boa-fé objetiva, que serão devidamente trabalhados no capítulo 2 deste trabalho.

Contudo, essa visão desatualizada e pouco exigente em relação à prevenção é insuficiente e não pode o civilista manter-se inerte e continuar aceitando o descaso com o qual ela é tratada, sendo o seu potencial completamente subestimado quando ela poderia e deveria ser exercida de maneira muito mais ampla e em consonância com a afirmação da proteção dos direitos da pessoa a partir de uma perspectiva eminentemente preventiva³², instrumentalizando os valores e anseios consagrados pela Constituição e evitando a ocorrência do dano. Não se trata da inserção de um fundamento estranho à responsabilidade civil, mas sim do seu resgate para que dele possa ser extraído todo o seu amplo potencial dirigido à proteção do Homem face às suas demandas contemporâneas:

(...) dentro da teoria clássica, à função normativa da responsabilidade se junta uma função preventiva antes vigorosamente destacada pelo professor Tunc, que sublinhou seu caráter indiscutível. Essa função de prevenção não é nova. O que é novo, em compensação, é que atualmente ela parece suscetível de revestir uma dimensão mais vasta: ela pode assumir duas formas quanto às funções e objetivos distintos: uma função clássica de dissuasão, que visa à prevenção de comportamentos antissociais e que é fundada sobre a ameaça de uma sanção; e uma nova função de antecipação, que visa à prevenção dos danos e que é fundada sobre a ameaça de danos graves e irreversíveis³³.

Tal descontentamento é bem sintetizado mediante a inquietação de Catherine Thibierge, ainda que de maneira singela, porém precisa: *Como se deixa que teu direito utilize o termo 'responsabilidade' num sentido tão limitado? Não te desconforta ver assim reduzido um tão belo atributo da condição humana?*³⁴

Sustentar a responsabilidade civil a partir de um único fundamento ligado a uma reprimenda *a posteriori* e expresso na forma da reparação civil dos danos sofridos pelos sujeitos de determinada relação jurídica demonstra-se insuficiente e conduz à inevitável advertência

³¹ DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério & NERY, Rosa Maria de Andrade. Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana, 2009. cit. p. 486-487.

³² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³³ THIBIERGE, Catherine. *Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, nº 3, jul./set. 1999, *apud* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 203.

³⁴ Tradução livre para: "*Comment se fait-il que ton droit utilise le terme 'responsabilité' dans un sens si limité? Cela ne te gêne pas de voir de voir ainsi réduit un si bel attribut de l'humaine condition?*" THIBIERGE, Catherine. *Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, nº 3, jul./set. 1999.

feita por Bobbio de que “toda a busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada, (...) o fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações”³⁵, podendo também ser utilizado como pretexto para a defesa de posições conservadoras.

A própria mudança em torno do paradigma da responsabilidade civil, anteriormente focada em sancionar o comportamento culposos do agente ofensor agora volta todas as suas atenções para a integral e adequada proteção da vítima³⁶, também abre caminho para a necessidade em se disciplinar *ex ante* os próprios eventos danosos, de forma a preveni-los e não apenas a ressarci-los, tendo sempre em vista que as formas e fundamentos da responsabilidade civil devem acompanhar as dinâmicas sociais e os interesses envolvidos em cada relação jurídica.

Deve-se adotar uma percepção teórica problematizante do Direito Civil para que seja possível reconhecer o caráter transitório e multidisciplinar do campo jurídico, deixando de lado as percepções totalizantes e sua pretensão de conceituação e classificação de um dado fenômeno jurídico a partir de uma lógica meramente formal distante do mundo fático, como esclarece Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk³⁷ e que, ao lado de Luiz Edson Fachin, sintetiza que

o desafio do presente é recolher a contribuição do pretérito e projetá-la para o porvir, problematizando teorias e práxis que acalentaram, durante décadas, ao menos no Brasil, uma concepção insular de institutos e figuras jurídicas pouco apta a formar mentes e corações que, a partir (e por meio) do discurso e da prática jurídica, não reproduzam conhecimentos e sim se proponham a dar efetividade constante ao texto normativo constitucional³⁸.

Nesse compasso, a interpretação civil-constitucional³⁹, desenvolvida por Pietro Perlingieri, exerce um papel essencial para os deslindes da problemática em discussão para que

³⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 22.

³⁶ Ao defender o critério da reparação integral, Maria Celina Bodin de Moraes aponta que: “para fins reparatórios em sede civil, a injustiça do dano, isto é, a lesão àquelas situações subjetivas merecedoras de tutela, deve ser configurada a partir de suas consequências, materiais ou imateriais, na pessoa da vítima, e em toda sua extensão, não importando se a conduta ofensiva foi mais grave ou menos grave. O redimensionamento do papel da culpa, a partir da concepção normativa, relacionada como um *standart* de conduta, e não mais vinculada a intenção do agente ofensor, permite a coligação da injustiça ao dano, e não ao fato, à consequência, e não ao evento”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, cit. p. 304.

³⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A teoria crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

³⁸ FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo, A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 35, jul/set de 2008, pp. 101 a 119.

³⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

a atuação da responsabilidade civil não seja restringida ao mero plano da reparação, cabendo resgatar a sua função preventiva e direcioná-la à proteção das pessoas contra o dano na forma do inadimplemento, no caso, e não em função dele, já na condição de vítima. A técnica contratual, diante da sua importância no âmbito do direito civil, também deve ser encarada a partir desse filtro, pois

a leitura do contrato assim vista não ignora sua função econômica, mas antes de se averiguar da realização da causa (econômica) do contrato, terá que se indagar se aquela relação em apreço levou em conta a dignidade dos contratantes.⁴⁰

Complementando esse entendimento, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk menciona as lições de Paulo Nalin acerca da função social do contrato para afirmar o seguinte:

O contrato possui uma função social que se liga à solidariedade entre as partes contratantes, mas que a elas não se resume, atingindo, também, aqueles que não se colocam como partes naquela relação contratual. Ou seja: se o contrato clássico se ligava a uma dimensão interindividual, fundada na liberdade das partes contratantes para autoregulamentarem seus interesses privados conforme suas vontades, o contrato contemporâneo deve levar em conta não somente a vontade individual – que deixa de ser um dogma – mas a solidariedade entre os contratantes e, sobretudo, destes com os demais elementos do grupo social⁴¹.

De fato, tal tarefa só se torna possível ao se reconhecer a natureza normativa dos princípios constitucionais, a unidade do ordenamento jurídico em observância aos contornos elaborados pelos valores constitucionais e a interpretação da norma de modo a possibilitar a sua aplicação sistêmica, dialética, aberta e plural do direito de modo a efetivamente realizar os valores constitucionais⁴²; o que demonstra a coerência acerca da escolha da metodologia optada.

Não se pretende, por óbvio, inferiorizar a posição da reparação dentro da responsabilidade civil, muito menos desqualificar o papel exercido por ela, pois até mesmo em razão das medidas de atuação da função preventiva, especialmente na complexa seara

⁴⁰ Ob. cit., p. 37.

⁴¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. (Org.). Direito Civil-Constitucional: Situações Jurídicas Patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. Cit. p. 33.

⁴² "O que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade". SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora jus Podivm, 2009. cit. p. 31 -32.

contratual, verifica-se por diversas vezes a necessidade de se ponderar a sua efetivação e a preservação de valores como a segurança jurídica, a autonomia privada e a boa-fé objetiva quando em rota de colisão; momento em que caberá à via reparatória o papel recompor a ordem social quando a patologia do inadimplemento já se encontrar inevitavelmente instaurada e não for mais possível a entrega do objeto prestacional. Nesse sentido, recorre-se mais uma vez a precisão de Catherine Thibierge:

Trata-se de responder à emergência dos novos danos e de ultrapassar os limites atuais de nossa responsabilidade civil, não por uma recolocação em questão dos fundamentos anteriores, mas por uma extensão daqueles, segundo a dinâmica da alteração de paradigma que permitirá à responsabilidade jurídica abranger a plenitude do termo «responsabilidade»⁴³.

O tema da prevenção dentro da responsabilidade civil vem sendo objeto de diversos trabalhos acadêmicos, como salienta Thaís Goveia Pascoaloto Venturi⁴⁴, autora de recente obra também a ele relacionada, na qual é o proposto verdadeiro redimensionamento da responsabilidade civil como instrumento de tutela de direitos não apenas voltado à recomposição do patrimônio ou ao seu equivalente por meio de indenização. Para tanto, são realizadas revisões conceituais e releituras de elementos estruturantes da responsabilidade civil, caminho esse com muitos mais percalços em razão de sua complexidade. Por outro lado, ainda que este trabalho também partindo da necessidade de desenvolvimento da prevenção no campo da responsabilidade civil, trilha-se um caminho mais simples, até mesmo em razão do recorte mais específico aqui realizado concernente ao campo contratual.

Acredita-se que, a partir das considerações acima realizadas, tenha sido apresentada uma linha de raciocínio coerente e clara para a consecução da tarefa de contribuir para um possível resgate da qualidade da prevenção enquanto um dos dois fundamentos da responsabilidade civil, ao lado da reparação, destacando a sua imprescindibilidade diante de uma atuação direcionada à proteção das pessoas contra o dano na forma do inadimplemento, no caso, e não em função dele, já na condição de vítima; muito mais adequada à cláusula geral de promoção e tutela da pessoa humana considerada em sua concretude.

⁴³ THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n° 3, jul./set. 1999, *apud* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 26.

⁴⁴ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

2.2 A prevenção na disciplina da responsabilidade civil como “Direito de Danos”

O filósofo político Norberto Bobbio chama atenção para a questão de que o problema fundamental em relação aos direitos do homem na atualidade não se concentra na tarefa de justificá-los, mas sim na de protegê-los, tratando-se de uma questão política e não mais filosófica⁴⁵, questão essa que se reflete no campo da responsabilidade civil através da preocupação do legislador e dos aplicadores do direito em dizer como o dano será reparado⁴⁶.

Com razão, nota-se que o acelerado progresso tecnológico e científico e a impossibilidade de interrompê-lo resultam na propagação de relações massificadas pautadas no dinamismo e na impessoalidade que incrementam os riscos e perigos em meio a que todos estão expostos em uma sociedade caracterizada como produtora de danos⁴⁷. A via contratual, principalmente, colabora para a intensificação desses riscos e perigos face a sua repercussão na sociedade moderna em substituição à tecnologia industrial, como bem destaca o italiano Francesco Galgano:

Nella moderna società industriale il contratto è ormai disancorato dalla proprietà: assume una funzione a sé stante e diventa lo strumento caratteristico dell' attività imprenditoriale, diretta alla produzione e alla circolazione della ricchezza (...). La mutata funzione del contratto influisce potentemente sulla sua disciplina: il favor del legislatore è, nei codici del '900 e, in particolare, nel codice civile italiano del 1942, per la moltiplicazione degli affari, per la validità piuttosto che per l'invalidità del contratto⁴⁸.

A consciência de tais riscos denota para a insuficiência dos princípios clássicos da responsabilidade civil individual fundada na atitude culposa de assegurar proteção insuficiente às vítimas pela dificuldade de comprovação da conduta culposa e o seu autor, provocando o desenvolvimento de técnicas de garantia indenizatória que de maneira mais adequada respondem aos riscos, como aponta Geneviève Viney⁴⁹, fazendo com que a responsabilidade civil mantenha uma linha contínua em seu caminho evolutivo em atenção às transformações ocorridas nas sociedades contemporâneas.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁴⁶ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª Ed Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense 1997 v 1, p. 50.

⁴⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 105, p. 1223, 2010.

⁴⁸ GALGANO, Francesco. Il contratto. 2ª. Ed. Cedam, 2011, p. 55-56.

⁴⁹ VINEY, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil. In: Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008, p. 42-56.

O impacto da incidência direta e imediata do princípio da dignidade sobre as relações interprivadas implicou na sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima no lugar do objetivo de punição do responsável, aumentando consideravelmente as hipóteses de dano ressarcível e na perda da função moralizadora da responsabilidade civil⁵⁰.

Assim, autores como Orlando Gomes entendem que a responsabilidade civil na pós-modernidade designa-se como verdadeiro “Direito de Danos”⁵¹ em razão de sua objetivo precípuo no dever de indenizar o dano em toda a sua extensão, sendo a conduta ofensora utilizada na redução do *quantum* indenizatório em eventual desproporção entre ela e o dano, conforme prevê o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Tal mudança representaria a implementação da funcionalização no campo da responsabilidade civil ao proporcionar ao lesado a mais efetiva e integral indenização pelos danos por ele suportados, isto é, a *restitutio in integrum*; o que mais uma vez deixa clara a preocupação na reparação dos danos e não na sua prevenção.

Com o desvio dos holofotes da responsabilidade civil em direção ao dano e a relativa perda da importância da culpa e do nexa causal na filtragem da configuração dos pressupostos para a fixação da responsabilidade, o que Anderson Schreiber identificou como o acaso da culpa e a flexibilização do nexa causal⁵², a responsabilidade em sentido estrito dá lugar à responsabilidade por danos pela paulatina “socialização dos riscos”, demonstrando-se conveniente distribuir o dever de indenizar entre os membros de uma coletividade, diminuindo o ônus individual. O que se percebe como isso é a busca pela inserção do princípio constitucional da solidariedade em termos de atribuição de responsabilidade como fundamento jurídico para a necessidade de reparação integral dos danos na medida em que, segundo Anderson Schreiber:

Há, cada vez mais, solidariedade na culpa (*todos somos culpados pelos danos*) e solidariedade na causa (*todos causamos danos*), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (*todos devemos reparar os danos*)⁵³.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade, v. 29, p. 233-258, 2006.

⁵¹ GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293. Consulte-se também: MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil- constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 317 e seguintes.

⁵² Sobre o tema, é extremamente enriquecedora e esclarecedora a leitura da obra de Anderson Schreiber, onde o autor organiza as principais discussões contemporâneas sobre o tema, traçando um panorama dos atuais contornos estruturais da responsabilidade civil. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação À diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação À diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 225.

Já a sua institucionalização, em termos técnicos, decorre do desenvolvimento dos seguros de responsabilidade civil, instrumento de diluição dos danos que facilita a indenização das vítimas ao distribuí-los aos demais membros daquele fundo securitário. No Código Civil de 2002, tal instrumento é previsto por meio do artigo 787 como a hipótese em que o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro, sendo a sua sistemática disciplina nos parágrafos do mencionado dispositivo.

Não se pode negar que a solidariedade, enquanto dever de natureza jurídica, não pode se resumir à fraternidade, pois, se assim fosse, o respeito pelas diferenças culturais, de que depende a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, seria uma mera obrigação moral e, como tal, diria respeito à consciência de cada um, como sustenta Maria Celina Bodin de Moraes⁵⁴. Impõe-se a incidência direta da Constituição sobre a realidade social para a efetivação das proclamações generosas de direitos, promovendo justiça, igualdade, liberdade⁵⁵.

Contudo, a consecução do objetivo da reparação integral acaba por comprometer a prevenção, que igualmente deve ser tida como um objetivo a ser perseguido por também ser um meio de diluição de danos e, especialmente, em razão de seu caráter *ex ante* ao dano. Outrossim, a distribuição de danos por meio da responsabilidade civil pode ter um efeito preventivo geral indesejável, tornando economicamente inviável uma atividade socialmente importante, pois em razão de uma postura marcadamente solidarista, os pressupostos da responsabilidade civil são excessivamente flexibilizados, gerando insegurança no ambiente econômico em razão da ampliação da ressarcibilidade.⁵⁶

Não se mostra desejável no contexto de uma sociedade altamente globalizada e hiper-exposta a danos a restrição da aplicação da responsabilidade civil única e exclusivamente pelo seu viés reparatório. A “socialização dos riscos”, ao mesmo tempo que não os elimina, conta com a sua materialização na forma dos seguros de responsabilidade e se mostra, em verdade, como mais um risco, pois confere ao ofensor que por ele optou espontaneamente, a segurança

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: M. M. Peixinho; I. F. Guerra; F. Nascimento Filho. (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵⁵ SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 31-32.

⁵⁶ “Inspirada na solidariedade social, a jurisprudência tem, por toda parte, se recusado a deixar as vítimas dos danos sem reparação. As cortes flexibilizam, deste modo, a configuração dos pressupostos da responsabilização, no solidário reconhecimento de que, de alguma forma, por vivermos em sociedade, todos somos culpados por todos os danos e todos somos causadores de todos os danos. Este itinerário, todavia, se conclui, atualmente, com o lançamento do dever de indenizar sobre um único agente, despertando sentimentos de injustiça e suscitando perplexidades quanto ao papel da responsabilidade civil”. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação À diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 255.

de que diante da concretização do risco já existente, a indenização será suavizada ao ser repartida com os demais segurados.

Para os irmãos Mazeaud⁵⁷, a pessoa coberta por uma garantia de responsabilidade pode se mostrar menos preocupada em evitar as imprudências suscetíveis de provocar o dano. Nesse mesmo sentido, Fernando Gaburri formula a seguinte crítica:

A difusão do seguro de responsabilidade civil pode outrossim importar em efeitos indesejáveis pela sociedade, pois tem o condão de esconder o responsável atrás do segurador. É que, na prática, quem conduz o processo é o segurador que, afinal, desembolsará a quantia indenizatória, desvirtuando-se com isso o principal fundamento da responsabilidade civil, que é a prevenção de danos. Isso pode ocorrer, já que não será o causador do dano quem suportará o dever ressarcitório, levando-lhe, às vezes, a despreocupar-se em adotar condutas diligentes, as quais obrigar-lhe-iam a indenizar, caso tivesse que suportar, pessoalmente, o pagamento das verbas indenizatórias⁵⁸.

Não se quer apontar para o caráter sancionador do peso do *quantum* indenizatório sobre o ofensor e, tampouco, obstaculizar o ressarcimento integral da vítima, mas sim ressaltar que a prática dos seguros de responsabilidade fruto da ‘socialização dos riscos’ compromete a prevenção dos danos e que, por isso, eles serão experimentados pelas vítimas:

Finalmente, a ampla "socialização dos riscos" pode tirar o incentivo da tomada de precaução diante dos riscos e da prevenção de perigos, pois o seguro é o oposto da conduta preventiva. Deveríamos ter um sistema que privilegiasse os princípios da precaução e da prevenção e, no caso de essas medidas falharem vindo a causar danos, aí sim o seguro iria socorrer as vítimas. É preciso ressaltar que a socialização dos riscos não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos⁵⁹.

Esclarece-se, também, que a busca pela reparação integral não necessariamente passa pela via do contrato de seguro de responsabilidade civil, mas que, com a crescente “socialização dos riscos” no contexto da responsabilidade civil como “Direito de Danos”, optou-se por analisar a questão a partir de tal perspectiva porque a sua instrumentalização através do contrato de seguro demonstra-se extremamente cômoda e eficaz na tarefa de diluir os danos e facilitar a indenização das vítimas, obstaculizando de certa forma a efetivação da prevenção.

⁵⁷ MAZEAUD, Hénri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 2ª ed.t. 3. Paris: Montchristien. 1963. p. 322.

⁵⁸ GABURRI, Fernando. *Indenização de danos por atividades perigosas lícitas*. 2008. 256 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008. p. 177.

⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. *Responsabilidade civil na sociedade de risco*. *Revista da Faculdade de Direito (USP)*, v. 105, 2010, p. 1232.

Para François Ewald⁶⁰, a responsabilidade civil se encontra no momento de erigir a prevenção como seu novo paradigma no presente século, até mesmo para melhor satisfação da promoção integral da reparação da vítima em razão do dano por ela sofrido, ligando a prevenção aos princípios da responsabilidade e da solidariedade, os quais correspondem ao seu paradigma no século XIX e XX na forma da responsabilidade (compensação das perdas) e da solidariedade, respectivamente. Esclarece Teresa Ancona Lopez⁶¹ que a responsabilidade preventiva funciona ao lado da responsabilidade reparadora ou clássica, uma não exclui a outra, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro.

A tarefa consistente no revigoreamento da função preventiva apresenta ainda especial relevo em razão da atual discussão em torno da defesa de uma responsabilidade civil sem dano, onde depois do acaso da culpa e da flexibilização do nexos causal⁶², o foco agora recai em desconstruir o papel do dano, não bastasse o alargamento cada vez maior daquilo que se entende por indenizável. Para os adeptos dessa tese, de acordo com a lição de Bruno Carrá, autor que se posiciona totalmente contra tal possibilidade diante da contradição tanto teórica quanto prática em abolir o dano da estrutura da responsabilidade civil, seria possível sancionar qualquer conduta e não apenas condutas danosas com base na função normativa, no sentido de enunciar o próprio controle das condutas⁶³.

Fornecer instrumentos jurídicos para atuar no controle da expansão dos danos é essencial para que se possa distinguir o que digno de tutela jurídica ou não, sob pena de que tudo possa ser indenizado em razão da tamanha ampliação dessa categoria da responsabilidade civil, devendo-se considerar que *“a indenização imposta sem a observância dos seus pressupostos representa, a médio prazo, o colapso do sistema, uma violência contra a atividade econômica e um estímulo ao locupletamento”*⁶⁴

Como se verifica, todos esses princípios não se contrapõem, mas sim se somam em um sentido de complementariedade que reflete a linha evolutiva da responsabilidade civil nos últimos dois séculos e que, agora, mas uma vez deve se renovar para encontrar a sua máxima correspondência em relação às demandas sociais e exercer o seu papel preponderante na

⁶⁰ Ob. cit., p. 1228.

⁶¹ Ob. cit., p. 1231.

⁶² SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁶³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem danos. Limites epistêmicos a responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2016.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. O futuro da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

contemporaneidade de evitar a quebra do equilíbrio e da harmonia social para ter de depois restabelecê-los, dispondo para tanto de mecanismos predispostos a evitar que o dano chegue a se concretizar, o que se torna ainda mais palpável e possível no meio contratual, como se verá no capítulo dedicado às contratações substitutivas.

2.3 Princípios da prevenção e precaução: conteúdo e admissibilidade possíveis no âmbito das relações contratuais

Até então, a prevenção vem sendo aqui tratada em sentido geral diante da necessidade do disciplinamento *ex ante* de eventos danosos de modo a envidar esforços para que eles não cheguem a se concretizar ou, ao menos, para que a sua extensão seja minimizada na maior amplitude possível. Entretanto, deve-se trabalhar a prevenção também em uma perspectiva mais específica referente aos princípios da prevenção e da precaução, integrantes da prevenção em sentido amplo.

Somente a partir desse raciocínio torna-se possível verificar o conteúdo relativo a cada um deles com o intuito de averiguar a sua aplicabilidade e incidência nas relações contratuais para que seja possível seguir na apresentação da proposta apresentada. Para tanto, é imprescindível a utilização de determinados princípios norteadores de nessa tarefa, tais como a segurança jurídica e a boa-fé objetiva, de modo a assegurar a confiança negocial nas relações entre as partes contratantes, os quais exercem importante papel face à renovada teoria e principiologia contratual.

2.3.1 A antecipação de riscos pelo princípio da precaução

Já plenamente difundido no âmbito do Direito Ambiental⁶⁵, o princípio da precaução foi introduzido a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como ECO 92, estabelecendo em seu princípio 15 a

⁶⁵ Bruno Lewick aponta que o princípio da precaução é o princípio do Direito Ambiental que tem sido mais debatido no geral e que o seu atual desenvolvimento doutrinário se encontra na “segunda geração de pesquisas”, superando-se o desafio de afirmar a sua existência e relevância jurídica, restando a tarefa de implementá-lo a partir da modificação das instituições e dos mecanismos técnicos. LEWICK, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). Princípios do direito civil contemporâneo. 1ª Ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 357-386.

ampla observação do princípio da precaução pelos Estados, de acordo com suas capacidades, sendo que ainda ausente a certeza científica absoluta acerca da ameaça de danos graves ou irreversíveis, não poderá ela ser utilizada como justificativa para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Percebe-se, então, que a incerteza milita em favor do meio ambiente e da saúde (*in dubio pro natura*), bastando uma base científica fundada em juízo de probabilidade não remoto da potencial ocorrência do dano, incluindo-se aí a incerteza acerca de sua natureza e extensão, para que se imponha a um ente público ou privado a adoção de medidas de precaução técnicas ou legais para elidir ou reduzir os riscos. Assim, no intuito da contenção de danos que se apresentam prováveis, o princípio da precaução ultrapassa as fronteiras do Direito Ambiental e passa a ser aplicado cada vez mais em outros ramos na busca da tutela tanto preventiva quanto reparatória de determinados indivíduos face a sua pressuposta hipossuficiência, como é o caso de trabalhadores, consumidores, crianças e adolescentes.

A regulação dessas relações jurídicas com auxílio da precaução demonstra-se razoável na medida em que, como observa Thaís Goveia Pascoaloto Venturi⁶⁶, exige-se maiores deveres de cuidado àqueles sobre os quais a legislação imputa a responsabilidade acerca do dano, seja para preveni-los ou para facilitar a sua reparação, transferindo-se a responsabilidade sobre o dano para patrimônio de pessoa diversa ao causador do dano pelo fato de sobre ele ser responsável, o que detona nítido viés moral e solidarista da responsabilidade civil.

Destarte, a *ratio* da aplicação do princípio da precaução funda-se na hipossuficiência de determinados indivíduos e parte de um exercício de abstração que reconduz a uma virtual “idealização dos riscos” e que é vista não apenas como justificável, mas também necessária para a fundamentação de um regime diferenciado de imputação objetiva pelo risco-proveito voltada para o futuro. Com isso, deve-se questionar se seria possível a sua importação em razão do inadimplemento para o campo das relações contratuais, onde a busca por interesses de natureza eminentemente patrimonial é o principal escopo das partes contratantes, ainda que em última análise ele se submeta à proteção da dignidade da pessoa humana.

Segundo Teresa Ancona Lopez⁶⁷, o princípio da precaução entra em cena no caso de riscos potenciais ou hipotéticos, abstratos e que podem resultar nos ditos danos graves e

⁶⁶ Venturi destaca a sistemática dos artigos 932 e 933 e seguintes do Código Civil para reforçar a sua posição. In: VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 105, 2010, p. 1226.

irreversíveis, entendendo-o como o “risco do risco” que, por demandar uma necessária identificação e construção com base em dados estatísticos, perícias, probabilidades, pesquisas de opinião e auxílio da mídia, adverte a autora que a sua aplicação incondicional pode causar danos irreversíveis tanto de natureza social quanto econômica. Assim, demonstra-se pertinente o questionamento feito por María Isabel Troncoso, para quem:

(...) debido a la evolución de la sociedad, actualmente vale la pena cuestionarse sobre si la responsabilidad civil podría estar presente *ex ante* en relación con el acaecimiento del daño, para evitarlo. ¿Podría ella intervenir cuando existe simplemente una amenaza, una sospecha fundada, la incertidumbre sobre la existencia de un riesgo? En otros términos, ¿podría una persona ser declarada jurídicamente responsable por amenazar el interés individual o colectivo?⁶⁸

Destaca-se, com isso, a confiança enquanto condição básica de convivência pacífica na vida em sociedade, valor que, muito antes de lastrear-se em pilares de ordem ética ou moral, se apresenta como uma necessidade social. Como esclarece Carlos Catalan⁶⁹, aquele que desrespeita a confiança legitimamente depositada em si pelo outro, contraria, sem dúvida, alguma, as exigências impostas pelo Direito e, conseqüentemente, tal violação produzirá efeitos e responsabilidade.

Apesar de funcionalmente conectada à boa-fé, atuando conjuntamente a ela como “baliza da ilicitude”⁷⁰, ambas não se confundem ou se sobrepõem, pois esta alude ao modo pelo qual a cooperação deve instrumentalizar-se no processo obrigacional, enquanto que a confiança diz respeito fundamentalmente à proteção da legítima expectativa criada em razão da integração negocial. Ou seja, a tutela da confiança legítima leva em consideração os interesses do parceiro contratual, mais precisamente, resguardando suas expectativas, podendo atuar como fio condutor entre diversos institutos e aspectos do direito civil, equilibrando a dignidade do devedor e os direitos do credor pela sua função precípua de vedação ao comportamento contraditório durante a execução contratual, fato esse que caracterizaria o chamado *venire contra factum proprium*, modalidade de abuso de direito através da qual ludibria-se a confiança

⁶⁸ TRONCOSO, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 206.

⁶⁹ CATALAN, Carlos. A confiança como fator de imputação do dever de reparar os danos contratuais. A morte da culpa na responsabilidade contratual, p 259-271. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. TEPEDINO, Gustavo (Org.). São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

na parte contrária na conservação de determinado comportamento. Ressaltando a importância da tutela da confiança legítima, Anderson Schreiber expõe a seguinte reflexão:

Com efeito, ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo⁷¹.

Ademais, a proteção da confiança nas relações negociais também prestigia os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social ao preservar a coerência e estabilizar expectativas nos comportamentos sociais, evidenciando o elemento moral do contrato, fazendo com que o mercado e os particulares atuem para conformar a condução de seus usos e negócios às expectativas sociais, propiciando estabilidade no tráfego de bens e direitos. Analisando o alcance da boa-fé objetiva no âmbito contratual, Fernando Noronha destaca que

tal segurança é essencial para o intercâmbio de bens e serviços, para o perfeito funcionamento da economia, e tem na sua base uma relação de confiança: quando a lei impõe a quem se obrigou a necessidade de cumprir o compromisso assumido, está apenas protegendo, no interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha em que o seu interesse particular seria satisfeito⁷².

Ao lado da autonomia privada como alicerce do direito privado, a confiança recorre à responsabilidade individual a desperta uma reflexão sobre as consequências de uma conduta individual sobre terceiros, promovendo a dimensão solidária do direito ao converter o contrato em um espaço de cooperação e respeito entre as partes, impondo uma atuação refletida de cada contratante em atenção ao seu parceiro contratual. Outrossim, de acordo com Ricardo Lorenzetti⁷³, ela oferece um contraponto jurídico e ético ao fenômenos da despersonalização das relações contratuais ao vinculá-las a uma pluralidade de fatores de atribuição de efeitos obrigacionais. Não se pode esquecer, também, que a autonomia negocial é expressão da liberdade e um dos meios pelos quais a livre iniciativa, constitucionalmente assegurada, pode ser exercida na busca da realização de interesses, sobretudo patrimoniais.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91.

⁷² NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994. 263 p.

⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luís. Comércio eletrônico. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Dito isso, ao se realizar um sopesamento entre a precaução e a confiança negocial e levando-se em consideração perspectivas diversas e com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, o seu resultado tende a ser favorável à prevalência da segunda sobre a primeira. Por buscar a não ocorrência de danos relacionados a direitos de natureza extrapatrimonial considerados irreparáveis em razão de sua natureza ou da insuscetibilidade de se chegar a uma solução indenizatória adequada, a utilização da precaução no campo contratual não forneceria uma técnica de proteção coerente com os interesses jurídicos e econômicos nele envolvidos, podendo até mesmo apresentar efeitos prejudiciais nas relações contratuais.

A própria doutrina especializada diverge acerca do fundamento para a imputação de responsabilidade a partir da violação do princípio da precaução. De um lado defende-se a sua normatização a partir de uma responsabilidade civil subjetiva com base na culpa presumida diante da inobservância dos deveres de cuidado e prudência impostos pela precaução, isto é, pelo “defeito de precaução” diante dos riscos hipotéticos ou conhecidos de danos⁷⁴. Contudo, posicionamento oposto defende que tal tarefa poderia ser feita com maior grau de eficácia por meio de um regime de responsabilidade civil objetiva, incidindo a responsabilidade automaticamente pelo descumprimento dos deveres de precaução, sendo dispensável a verificação de existência ou não de culpa para que se possa responsabilizar, pois

isso implicaria, dentre outras consequências nefastas sob o ponto de vista do prejuízo da tutela dos direitos das possíveis vítimas que se deseja proteger, um injustificável “rearmamento” dos potenciais infratores que, para além das tradicionais hipóteses de exclusão da responsabilidade objetiva, também poderiam reascender um debate probatório acerca da razoável obediência aos deveres de precaução, com evidente comprometimento da efetiva tutela dos direitos⁷⁵.

De uma forma ou de outra, imprimir-se-ia considerável instabilidade na prática contratual com a inserção do princípio da precaução

na medida em que pode transfigurar-se em uma subversiva e inconveniente intrusão e até inviabilização do exercício de inúmeras atividades não apenas consentidas juridicamente, como necessárias ao pleno desenvolvimento econômico, com evidentes repercussões individuais e sociais⁷⁶.

⁷⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

⁷⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

⁷⁶ Ob. Cit., p. 207.

Assim, não deve ele ser utilizado de maneira indiscriminada⁷⁷, sendo melhor acertada a sua inaplicabilidade, salvo melhor juízo, junto ao âmbito contratual, por se consubstanciar em uma fonte de implementação de mecanismos de defesa que não se amolda aos direitos patrimoniais envolvidos nas relações contratuais; sendo que a sua adoção representaria um provável risco à realização e desenvolvimento de sua prática ao nela introduzir mais um fator de incerteza ao entrar em discussão o que poderia ou não ser considerado como medida precaucional cabível em um campo tão aberto quanto o da precaução; o que denota clara incompatibilidade com o objetivo orientador do princípio da precaução na forma da antecipação de riscos.

2.3.2 A antecipação de danos pelo princípio da prevenção

Embora também integrante da função preventiva em sentido amplo, o princípio da prevenção não se confunde com o princípio da precaução, pois ele não possui o mesmo grau de abstração desse, tendo lugar somente quando o risco de dano é concreto e real, isto é, o perigo é concreto, conhecido. Apesar de ambos visarem a adoção de comportamento que devem ser adotados no futuro, isto é, comportamentos prospectivos, Kourilsky e Viney buscam identificar o traço distintivo de cada um dos princípios, sistematizando o seguinte:

A distinção entre risco potencial e risco comprovado fundamenta a distinção paralela entre precaução e prevenção. A precaução é relativa a riscos potenciais e a prevenção a riscos conhecidos. Confundem-se frequentemente precaução e prevenção. Pensa-se geralmente que os riscos potenciais são pouco prováveis e se os assimila inconscientemente a riscos comprovados cuja probabilidade é tão menor que eles estão bem controlados. Isso é duplamente inexato. Primeiro, as probabilidades não são da mesma natureza (no caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese seja exata; no caso de prevenção, a periculosidade é estabelecida se trata da probabilidade de acidente). Além disso, e sobretudo, os riscos potenciais, apesar do seu carácter hipotético, podem ter uma alta probabilidade de ocorrência. Na prática, contudo, a precaução pode ser compreendida como uma extensão dos métodos de prevenção aplicado a riscos incertos⁷⁸.

⁷⁷ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar sobre a aplicação do princípio da precaução no julgamento do Recurso Extraordinário nº 627.189/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, concluindo que ela deve ser feita com prudência, exigindo-se a análise dos riscos, avaliação dos custos das medidas de prevenção e, ao final, a execução das ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

⁷⁸ KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 18, *apud* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros. 2014.

A possibilidade e segurança acerca da imputação de responsabilidade a determinada pessoa, então, pode ser melhor visualizada a partir do princípio da prevenção porque ela incidirá, como entende G. Marton⁷⁹, sobre o sujeito em condições favoráveis para controlar e reduzir os riscos de dano ou pelo menos reduzir a extensão do dano já produzido pelo inadimplemento, o que ocorreria a partir da tomada de certas condutas, as quais serão devidamente trabalhadas no próximo capítulo deste trabalho. Nessa perspectiva, destaca-se os questionamentos realizados por María Isabel Troncoso, extremamente pertinentes na construção da responsabilidade civil a partir do dever de prevenção de danos:

Sabemos que la responsabilidad civil tiene como objetivo la reparación de los daños causados por un tercero, ¿pero es éste su único objetivo? ¿Podría la responsabilidad civil además sancionar a una persona por estar en posición de causar un daño, o por el hecho de haber estado en posición de evitarlo y no haberlo hecho (daño evitable)?⁸⁰

Henrique Herkenhoff⁸¹, por sua vez, ao analisar o tema da responsabilidade pressuposta, entende que o que se deve levar em consideração para a estipulação da responsabilidade é a conjugação entre a dignidade do lesado (devedor) e o dever de solidariedade imposto ao credor, cuja dignidade deve ser igualmente preservada. Tal construção em muito decorre pela renovada visão acerca da obrigação contemporânea construída de forma mais equilibrada, composta por direitos e deveres recíprocos dirigidos a um fim comum, não mais sendo vista como um vínculo de submissão do devedor ao credor, como verdadeiro apossamento da liberdade do devedor⁸².

Os fatos que concretizam o dever de indenizar, portanto, não são os danos ilícitos, mas todas e quaisquer perdas injustas, das quais nenhuma deve deixar de ser recuperada quando não puder ser prevenida, sendo que a responsabilidade antecede a lesão, que só torna concreta o dever de indenizar a ser imputado ao responsável identificado, o qual possui o dever de prevenção a partir da não concretização ou minoração das consequências do fato potencialmente prejudicial; sob pena de abuso de um direito.

⁷⁹ MARTON, George. *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris: Recueil Sirey, 1938. p. 178.

⁸⁰ TRONCOSO, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, p. 206.

⁸¹ HERKENHOFF, Henrique. Responsabilidade pressuposta. In: *Direito civil: direito existencial e direito patrimonial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006, p. 228.

⁸² Valendo-se da doutrina de Hans Hattenhauer, Anderson Schreiber explica que a ideia do vínculo obrigacional, influenciada pela filosofia kantiana, assume a conotação de apossamento da parte da liberdade do devedor. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013.

Assim, quando se fala em antecipação de danos a partir do princípio da prevenção, não mais se esbarra no problema da colisão que ocorre entre o princípio da precaução e a confiança negocial, pois não se trabalha a antecipação de riscos incertos e meramente potenciais, mas sim com danos eminentes na forma do inadimplemento e que pairam sobre a execução contratual no caminhar para o adimplemento.

Nestes termos, tem-se que o princípio da prevenção atua colaborando para o efetivo dever de ambas as partes diligenciarem pela utilidade da prestação em razão da possibilidade de serem responsabilizadas quando não corresponderem ao dever de prevenção, o que faz com que a sua aplicação seja útil no campo contratual, atuando para a efetivação dos interesses ali envolvidos ao mesmo tempo em que atende a funcionalização deles à dignidade tanto do credor quanto do devedor. Adota-se, portanto, a prevenção a partir do conteúdo identificado para o princípio da prevenção, não sendo trabalhada a sua noção a partir do princípio da precaução pelas razões já explicitadas.

3 A BUSCA POR UM INSTRUMENTO CONTRATUAL PARA A EFETIVAÇÃO DA PREVENÇÃO: DA BOA-FÉ OBJETIVA ÀS CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS

3.1 A importância do tratamento da *obrigação como processo* e o papel da boa-fé objetiva no campo obrigacional

O direito das obrigações é tradicionalmente considerado como estático e pouco influenciado por fatores externos ao ser comparado com os demais ramos do direito privado em razão da manutenção de grande parte da sua estruturação inicial baseada em categorias e conceitos abstratos, o que se deve principalmente a sua sólida tradição de base romanista e orientação pela autonomia da vontade, que também lhe conferiram certa uniformidade em relação a diferentes sistemas e ordenamentos jurídicos justamente pela sua estabilidade.⁸³ Contudo, a ele vem sendo imposta uma releitura com apoio na nova ordem constitucional e nos seus princípios informadores.

Aludindo à crise da obrigação como categoria a-histórica, Pietro Perlingieri tece a seguinte crítica a respeito da postura hermética até então predominante no campo obrigacional:

Não obstante a difundida consciência da historicidade e da conseqüente relativização das categorias jurídicas, a obrigação, ou seja, a relação obrigacional, se mostra no mais das vezes, ainda hoje, como categoria a-histórica, «sempre igual em si mesma», neutra, construída colhendo o mínimo denominador comum às diversas obrigações e reduzindo as diversidades a perfis descritivos e externos ao conceito, espúrios em relação a ele. No esforço de individualizar uma noção de obrigação no singular, frequentemente se é levado a concebê-la como um puro esquema conceitual, excluindo de seu âmbito aquelas variáveis destinadas a influir sobre uma diversificação. Disso deriva a preferência por classificações inspiradas na estrutura: a obrigação se configura como relação entre credor e devedor, entre crédito e débito, de conteúdos inevitavelmente variáveis, mas na realidade não influentes sobre a pureza da noção⁸⁴.

⁸³ Acerca do tema, Varela desenvolve o seguinte raciocínio: “O facto de no domínio das obrigações prevalecer desde há muito o princípio da autonomia privada, de serem relativamente constantes ao longo dos séculos os interesses e as conveniências das partes, e de as relações creditórias, pela sua natureza intrínseca, sofrerem muito menos que as relações familiares ou sucessórias e do que a organização da propriedade, a influência de factores políticos, morais, sociais e religiosos que marcam cada época da história da humanidade, aliado ao aperfeiçoamento notável que os juriconsultos romanos clássicos imprimiram ao direito das obrigações, deram como resultado que este, além da sua vastidão e intensa projecção prática, acusa ainda agora duas notas particulares, que cumpre realçar: a sua relativa uniformidade nas diferentes áreas do globo e a sua notória estabilidade ou a sua mais lenta evolução no tempo”. VARELA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. vol. 1. Coimbra: Almedina. 2000. p. 25 In: SCHREIBER, Anderson. A tríplce transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013. p. 3.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 901-902.

A idealização da relação obrigacional a partir de uma forma estritamente lógico-conceitual baseada em uma perspectiva formal e abstrata é insuficiente, tanto ao se considerar que “*a ciência do direito, mercê de sua exata natureza, tem de orientar-se pelo primado da vida e não partindo de um puro logicismo*”⁸⁵, quanto pelo fato que ela fornece à relação jurídica obrigacional um vínculo estático que polariza os sujeitos da relação contratual firmada, desprezando o seu aspecto externo e, conseqüentemente, a multiplicidade de deveres que podem decorrer das peculiaridades do caso fático, justificando-se, assim, a referência ao direito das obrigações como verdadeiro “estatuto do credor”. Entretanto, essa postura não serve à atual dinamicidade e complexidade das relações sociais que propagam o agravamento dos riscos contratuais.

Buscando superar essa visão ultrapassada, destaca-se no cenário brasileiro a doutrina de Clóvis V. do Couto e Silva⁸⁶, a partir da qual o papel do adimplemento é fundamental, não podendo ser ele considerado tão somente um modo de extinção das obrigações, até porque o adimplemento de um determinado crédito pode não implicar necessariamente na extinção ou modificação da relação jurídica, pois essa deve ser visualizada sob ângulo da totalidade, conferindo-se ao vínculo obrigacional um sentido próprio que não se confunde com aquele que se teria na hipótese da simples soma das partes e seu conjunto de direitos, deveres, pretensões, obrigações, etc.

Compreender a obrigação como um processo pressupõe o tratamento da relação obrigacional como um todo, isto é, entendendo-a não somente a partir tanto de um sentido estrito consubstanciado nos elementos que compõem o crédito e o débito, mas também em sentido amplo, incluindo-se aí direitos, ações, pretensões, ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), bem como obrigações, exceções e posições jurídicas. Neste aspecto, a finalidade com a qual os atos são praticados pelo credor e pelo devedor e que repercutem no mundo jurídico é que determina a concepção da obrigação como processo⁸⁷, sendo imprescindível também a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento; pois o primeiro diz respeito ao estabelecimento de um vínculo procedimental com a parte contrária e o segundo no plano do direito das coisas⁸⁸:

⁸⁵ ALMEIDA Costa, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina. 2009. p. 61.

⁸⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

⁸⁷ Conclui o autor que a “obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor”. Ob. cit., p. 19-21 e 168.

⁸⁸ Ob. cit., p. 43.

Como efeito da apreensão da totalidade concreta da relação obrigacional, percebe-se ser a mesma um vínculo dinâmico – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, “os casos” e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimenta processualmente, porto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento do vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento⁸⁹.

Como se vê, no desenvolvimento deste tema, mencionar a colaboração de Judith Martins-Costa é fundamental por ser ela extremamente agregadora por partir de uma visão contemporânea e alinhada aos valores constitucionais, orientada na busca da construção e reconstrução do direito privado no campo obrigacional:

(...) a concepção da obrigação como um processo e como totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva⁹⁰.

A clássica bipartição dos elementos da obrigação através da visão germânica na forma dos elementos *schuld* (débito) e *haftung* (responsabilidade), agora serve apenas como ponto de partida para o entendimento da complexidade envolta ao plano obrigacional. Adimplir uma obrigação vai muito além da satisfação pura e simples da prestação principal, havendo, também, deveres anexos e de conduta a serem respeitados. Entender a obrigação é atentar para o caso concreto que se delinea, enxergar as partes em sua singularidade, como detentoras de pretensões legítimas a serem satisfeitas e deveres a serem cumpridos⁹¹, cabendo deixar para trás o esquema rígido do qual se valia o direito das obrigações para o desenvolvimento das relações operadas dentro de sua abrangência:

Mais do que a soma de seus elementos principais (o crédito e o débito), a relação configura, quando visualizada internamente uma totalidade de direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes formativos, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções que não são, de modo algum, fixo e imutáveis, podendo vir a sofrer os reflexos da ação do tempo e das circunstâncias que conformam concretamente o entorno no qual desenvolvida a relação⁹².

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394

⁹⁰ Ob. cit., p. 394

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Revista Trimestral de Direito Civil. Editora Padma. Volume 32. Rio de Janeiro, 2013.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código civil, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

Tal reflexão aqui posta em evidência se demonstra como de extrema importância para o alcance dos fins traçados para este trabalho, pois tendo-se em conta a realidade fática enfrentada pelas relações obrigacionais, é possível nelas verificar a ocorrência do inadimplemento, patologia que afeta correntemente as relações contratuais, principal fonte das relações de cunho obrigacional. Permite-se constantemente que o credor atinja o status de vítima, experimentando os prejuízos ocasionados pelo inadimplemento e que, em verdade, na maioria das vezes poderia ser evitado.

O exercício legítimo da liberdade contratual e a sua amplitude possuem novos fundamentos e delimitações em razão da repaginada noção da autonomia da vontade na forma da autonomia privada, que também incide sobre os princípios da intangibilidade do pacto e da relatividade de seus efeitos, pois “*o direito dos contratos não está à parte do projeto social articulado pela ordem jurídica do país*”⁹³. Para Antônio Junqueira de Azevedo, diante do momento de hipercomplexidade das relações, não é possível simplesmente opor novos princípios e descartar os anteriores, pois eles não se excluem reciprocamente, mas sim se complementam, possibilitando a formação do modelo contemporâneo do contrato:

(...) os [princípios] anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. *Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato*⁹⁴.

Reforçando esse entendimento, Teresa Negreiros⁹⁵ alerta para a necessária conciliação entre os princípios clássicos e de índole liberal com os princípios de índole social e tutelar, pois ao mesmo tempo em que não se pode aceitar o exercício da autonomia privada como antigamente se fazia, também não se pode negar as estruturas do contrato; caso contrário tal tarefa estaria fadada ao fracasso.

Com isso, pode-se verificar a busca pela inserção paulatina de preocupações valorativas para que seja possível repensar o direito das obrigações e dos contratos, sobretudo a partir da renovada teoria das cláusulas gerais, técnica legislativa que vem sendo utilizada com certa frequência pelo legislador brasileiro por fornecer modelos jurídicos abertos que permitem

⁹³ NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 107.

⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113-120, 1998, *apud* NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 110.

⁹⁵ NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

melhor integrar o ordenamento e imprimir um maior grau de justiça ao caso concreto⁹⁶. Dentre os novos princípios acima mencionados, o da boa-fé objetiva assumirá neste momento especial relevo no caminho que ainda precisa ser percorrido neste capítulo, pois é a partir das considerações acerca dele que mais adiante será possível fornecer o fundamento do *duty to mitigate the loss*, objetivo esse que se pretende alcançar no próximo item deste capítulo.

O desenvolvimento da boa-fé objetiva ganhou força principalmente no direito alemão por conta da sua previsão expressa no *BGB*⁹⁷, visando coibir abusos decorrentes do exercício desregrado da autonomia privada a partir da imposição de determinados padrões de conduta socialmente recomendados, regados por valores como lealdade, correção e veracidade no trato das relações privadas; não se confundindo com o seu sentido subjetivo até então empregado e de difícil verificação por se caracterizar como uma situação ou fato psicológico.

De fato, apesar de o elemento confiança ser tutelado pelas duas boas-fés, Fernando Noronha as distingue a partir do fundamento de cada uma, pois em sua acepção subjetiva acredita-se na existência da titularidade de um direito que só existe na aparência, produto de um estado de ignorância sobre a situação jurídica em questão, sendo também designada como boa-fé crença; enquanto que pela sua acepção objetiva, a confiança baseia-se na expectativa da parte no dever objetivo de conduta a ser respeitado pela parte contrária, presumindo-se que ela atua e atuará de forma leal, não frustrando a legítima confiança que lhe fora depositada⁹⁸.

Assim, enquanto a boa-fé subjetiva é um estado daquele que ignora uma real situação jurídica, a boa-fé objetiva consubstancia-se em um princípio e que corresponde à boa-fé à noção utilizada no campo contratual, sendo adequado fixar o seu conceito a partir daquilo que entende Cláudia Lima Marques, nos seguintes termos:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses

⁹⁶ Em estudo sobre as cláusulas gerais, Judith Martins-Costa afirma que elas são “mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes, constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo”. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado “como um sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1998, nº 139, p 5-6.

⁹⁷ Conforme se vê no texto do BGB: §157. “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos bons costumes do tráfico” e §242. “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes pelo tráfico”.

⁹⁸ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 132-133.

legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causa lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses da parte⁹⁹.

De acordo com Pietro Perlingieri, “*a cooperação (...) substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor*”¹⁰⁰. De fato, o dever de cooperação entre as partes envolvidas na relação jurídica é inegavelmente de suma importância para a operação do conceito de boa-fé e na sua visualização concreta, chegando-se a afirmar inclusive que

o avanço que permitiu a compreensão da relação obrigacional como um todo origina-se da concepção do referido vínculo (obrigacional) como relação de cooperação, por força da qual devedor e credor não mais possuem posições antagônicas, formando, em verdade, uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem¹⁰¹.

Em assim sendo, na investigação de seu fundamento constitucional no ordenamento brasileiro, Teresa Negreiros o identifica, em consonância com a ideia acima exposta, por meio da cláusula geral de tutela da pessoa humana, mais precisamente no dever de construção de uma sociedade solidária dentro da qual o respeito pelo próximo é um elemento essencial e que permeia toda e qualquer relação jurídica, sendo as relações obrigacionais encaradas como “*um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana*”¹⁰².

Quando se atribui tal fundamento à boa-fé objetiva, alarga-se ainda mais a sua incidência sobre a prática contratual, pois em análise à função social do contrato, Paulo Nalin a divide em duas dimensões, uma primeira ligada à relação interna entre os contratantes e o seu regramento específico pelos princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva, e uma segunda dimensão manifestada externamente a esse vínculo e que leva em consideração a repercussão dos efeitos contratuais junto ao meio social, ressaltando o valor solidariedade¹⁰³.

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. cit. p. 107.

¹⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 1ª Ed. revista e ampliada. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 212.

¹⁰¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, cit. p. 33.

¹⁰² NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p. 282.

¹⁰³ NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31.

¹⁰³ Ob. cit., p. 37.

Contudo, para que se possa verificar se determinada conduta está ou não de acordo com a boa-fé objetiva, na relação jurídica que liga as partes e que impõe deveres recíprocos ou ao menos de uma parte em relação a outra, devem estar presentes as condições mínimas para gerar na contraparte um estado de confiança na estabilidade e execução do pacto firmado, pois é essa expectativa de confiança que imputa à outra parte o dever de lealdade na execução do contrato; o qual, portanto, só é exigido quando a confiança se faz presente, sendo ambos indispensáveis ao tráfego jurídico.

Como se percebe, além do papel desempenhado pela boa-fé objetiva enquanto conformadora da autonomia privada ao condicionar a determinação do conteúdo contratual, atua ela concomitantemente como fonte de oxigenação de valores éticos aos modelos obrigacional e contratual, influenciando em conceitos até então tomados de maneira rígida e um tanto quanto abstrata, como prestação, vínculo obrigacional e (in) adimplemento. Tudo isso ocorre sem prejuízo de sua influência sobre as demais relações jurídicas, pois nelas e sobre os demais princípios ela também incide, pois, “*afinal, trata-se de princípio fundamental, sem o qual, de resto, ficariam incompreensíveis os preceitos esparsos que no próprio Código se reportam à necessidade de pautar condutas de acordo com a boa-fé objetiva*”¹⁰⁴.

3.2 A opção pela designação da boa-fé objetiva como fundamento do *duty to mitigate the loss* no sistema brasileiro

À primeira vista, dada a amplitude que a boa-fé objetiva pode alcançar por penetrar nas mais diversas relações jurídicas provenientes de relações sociais ainda mais diversas, poder-se-ia criticar a generalidade com a qual ela é concebida e que implicaria em destiná-la ao desuso em razão da potencial insegurança que a sua aplicação resultaria. Analisando a problemática, José de Oliveira Ascensão pontua e propõe o seguinte:

O grande inconveniente da boa-fé, tal como tem sido desenvolvida, é o oposto da sua virtude: a sua excessiva extensão. Se se aplica a todos os setores do direito e em todas as circunstâncias, perde compreensão. Por isso dizemos que a boa-fé, se é tudo, passa a não ser nada. Passa a ser um rótulo com pouca explicatividade.

¹⁰⁴ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 128.

Contra esta excessiva diluição há que reagir, distinguindo figuras que concretizem o critério geral. (...) Dá-se assim maior precisão e segurança a uma típica incidência desta categoria¹⁰⁵.

Contudo, conforme já dito, a lealdade oriunda da boa-fé objetiva exigida na interpretação e execução contratual corresponde à tutela da confiança legítima da parte contrária, sendo observados critérios para identificá-la como tal. Ademais, ao se levar em consideração que tanto a lei quanto as partes não podem e aquela também não deve prever e regular de maneira pormenorizada todo o procedimento estabelecido para a consecução contratual, até mesmo porque tal missão seria dificilmente atendida de maneira satisfatória e a sua realização pela via legal aniquilaria a autonomia privada,

em cada negócio jurídico da via real fica sempre em aberto um campo mais ou menos largo em que a conduta a que os interessados estão obrigados só pode ser determinada com recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, fundada na confiança – e dizer isto é o mesmo que afirmar que a conduta das partes, nestes casos, deve pautar-se pela boa-fé. A confiança entre as pessoas, assim como a lealdade, cujo pressuposto necessário é a confiança, são valores ético-jurídicos que, assim, fundamentam o princípio da boa-fé¹⁰⁶.

Constroem-se, então, os “campos funcionais”¹⁰⁷ da boa-fé objetiva para que se possa contornar a sua abrangência com base na tríplice função por ela exercida, quais sejam, a interpretativa, a limitadora e a integrativa¹⁰⁸. A primeira impõe que a interpretação contratual ocorra de acordo com o seu sentido aparente - salvo na hipótese em que o destinatário da declaração tenha conhecimento da vontade real do declarante ou devesse conhecê-la de acordo com padrões razoáveis de diligência; e, no caso da presença de cláusulas ambíguas que gerem dúvida em torno desse sentido objetivo, deve-se emprestar o sentido que a boa-fé apontar como mais razoável. Já a segunda função, a limitadora, atua no controle do exercício discricionário de direitos subjetivos pelas partes, estabelecendo limites que por elas não podem ser ultrapassados, sob pena de caracterização de um ato ilícito ou, pelos menos, antijurídico.

Por fim, a função integrativa revela-se também como de extrema importância no trato das relações contratuais ao conectar-se de forma mais contundente com a noção da *obrigação*

¹⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figeirêdo. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Série grandes temas de direito privado, Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 71-74.

¹⁰⁶ Ob. cit., p. 148.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 437.

¹⁰⁸ Tal sistematização também é acolhida no campo jurisprudencial, como se vê: “(...) O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. (...)”. (Recurso Especial 953.389/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010).

como processo, impondo a observância de deveres de conduta que, não obstante não terem sido combinados expressamente pelas partes, são imprescindíveis para a análise obrigacional a partir de sua perspectiva sistêmica¹⁰⁹. Ou seja, cria-se deveres de uma fonte “a-voluntária” por não decorrerem necessariamente das disposições das partes, mas que, paradoxalmente, servem de reforço à autonomia privada.

Tais deveres, ditos como secundários, anexos, instrumentais ou laterais, enfim, diferenciam-se dos deveres primários na medida em que estes são considerados típicos por se referirem diretamente à prestação principal fixada, enquanto que os deveres secundários, além de incluírem os deveres acessórios da prestação principal, comportam também os deveres concernentes às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal:

Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda de cooperação, de assistência¹¹⁰.

Karl Larenz, a seu turno, indica que tais deveres “*desempenham, à evidência, um papel designadamente funcional, voltado a obstaculizar as consequências indesejáveis e a criar condições para a satisfação como um todo dos interesses das partes*”¹¹¹.

Assim, eles apenas se manifestam quando se mostram necessários para a obtenção da finalidade anteriormente estabelecida no bojo da relação contratual, garantindo a realização do fim contratual, como atenta Teresa Negreiros¹¹², não sendo possível identificá-los antecipadamente, pois somente o caso concreto poderá esclarecer as medidas precisas para ordenar o procedimento segundo a boa-fé, doutrinariamente identificadas como deveres de (i) proteção, para que no âmbito do fenômeno contratual não sejam infligidos danos mútuos nas pessoas e nos seus patrimônios; (ii) esclarecimento, a partir do dever de informação recíproco acerca de todos os fatores atinentes ao vínculo e que possam intervir na relação e; (iii) lealdade,

¹⁰⁹ A título de curiosidade, Fernando Noronha entende como mais adequadas as expressões relação obrigacional complexa, sistêmica ou sistema obrigacional, pois “segundo a moderna teoria dos sistemas, um sistema é um conjunto de elementos que se comportam como uma unanimidade; os elementos estão inter-relacionados de tal forma que modificações em um deles provocam alterações, maiores ou menores, em outros”. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 159.

¹¹⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 93.

¹¹¹ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. Cit. p.22.

¹¹² NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p. 150.

obrigando-se as partes a absterem-se de comportamentos contrários ao objetivo do negócio ou que ensejem o desequilíbrio das prestações firmadas¹¹³.

Pois bem, diante do exposto e pela clara enunciação de uma ordem de cooperação imposta pela tripartição do deveres oriundos da função integrativa da boa-fé, traduzida da exigência de que ambos os obrigados atuem em prol da finalidade que inicialmente justificou o nascimento do vínculo jurídico entre eles, pode-se extrair do preceito correspondente à boa-fé objetiva constante no artigo 422 do Código Civil de 2002 o *duty to mitigate the loss*.

Trata-se o *duty to mitigate the loss* de um instituto oriundo de países de tradição da *common law*¹¹⁴, sobretudo no direito anglo-saxão na forma da *mitigation doctrine*, e, ainda que os seus precedentes históricos apontem para a sua aplicação relacionada às noções de causalidade e de eliminação das perdas evitáveis, não se pode negar que a sua utilização em determinados casos proporciona resultados semelhantes ou até mesmo idênticos àqueles que seriam obtidos pela boa-fé objetiva, o que não implicar em dizer que eles não possuem diferenças entre si ou que possa ser considerados um integrante do outro¹¹⁵.

Nota-se uma íntima associação entre o *duty* e a boa-fé objetiva forjada pela doutrina brasileira, posteriormente seguida pela jurisprudência sem maiores divergências, entendimento esse que resultou na Justificativa elaborada por Véra Maria Jacob de Fradera, utilizada como embasamento para o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, cujo texto determina que o “*princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”, entendendo que

(...) o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação.

¹¹³ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994, p. 160-163.

¹¹⁴ Apesar de sua origem ser normalmente atribuída pelos tribunais brasileiros ao sistema norte-americano, Comino aponta que: “O primeiro precedente envolvendo a aplicação do instituto ocorreu num pitoresco caso Britânico, de 1677 (FARNSWORTH E. A., 2004, p. 778). O caso envolvia a compra e venda de mercadorias a serem entregues na cidade de Ipswich, em local a ser indicado pelo comprador, por ocasião da chegada do vendedor à cidadezinha. O vendedor, já em Ipswich, aguardou por seis horas a chegada do comprador, a fim de que lhe fosse informado o local para a entrega das mercadorias. Nesse período, os cavalos do vendedor, cansados e “*standing in aperto aire*”, morreram. No intuito de ver-se ressarcido dos danos decorrentes da perda de seus cavalos, o vendedor ajuizou ação indenizatória em face do comprador. O pedido foi negado, ao fundamento de que “*it was the plaintiff’s folly to let the horses stand*”, na medida em que ele “*might have taken his horses out of the cart or laid down the [goods] any where in Ipswich*”. COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

¹¹⁵ Ob. cit., p. 29.

(...) o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 422, aproxima-se da ideia do legislador da Convenção de Viena de 1980, ao impor certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, *Os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*¹¹⁶.

Baseando-se, então, na redação do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias (*Convention of International Sales of Goods – CISG*), cujo redação é análoga àquela conferida ao artigo 88¹¹⁷ da *Uniform Law on the International Sale of Goods – ULIS*, entende a autora que o texto do dispositivo em questão impõe à parte que invoca a quebra contratual o dever de tomar as medidas razoáveis diante das circunstâncias para minimizar as consequências do inadimplemento e suas perdas, sob pena de redução do montante da indenização a que teria direito.

Apesar desta construção ser alvo de críticas em razão de uma suposta impropriedade técnica que, somada a um ambiente propício pela carência de critérios quantitativos e o alto grau de adaptabilidade do *duty*, teriam permitido a importação do instituto para o sistema brasileiro, mas de forma desfigurada¹¹⁸, prevalece na doutrina majoritária a crença de que o *duty to mitigate the loss* como um desdobramento da boa-fé objetiva, até mesmo por uma certa razão de identidade de objetivos almejados entre ambos¹¹⁹ e, outrossim, pela caráter de cláusula geral da boa-fé objetiva:

Se o Direito das Obrigações implica *colaboração intersubjetiva*, implica, dada a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração: uma colaboração informada pelos valores próprios da Ordem considerada.
*O sentido da boa-fé é, pelo menos, este: nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva do ordenamento jurídico, especialmente no Direito das Obrigações*¹²⁰.

De tal forma seria possível conferir maior relevância ao já reconhecido dever de cooperação ao trata-lo como autêntico dever de mitigação de danos, nos termos da

¹¹⁶ FRADERA, Véra Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? RTDC, v. 19, jul/set. 2004. p. 110 e 119.

¹¹⁷ Artigo 88, ULIS – *The party who relies on a breach of the contract shall adopt reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages.* Em tradução livre: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá adotar as medidas razoáveis para mitigar as perdas resultantes do inadimplemento. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos.

¹¹⁸ A crítica é de Tomas Barros Martins Comino, para quem “o *duty to mitigate the loss* ingressou no ordenamento jurídico brasileiro desamparado de uma análise minuciosa, a ele rapidamente se adaptou e nele se expandiu, instalando-se, talvez permanentemente, como uma *alien invasive specie*”. Ob. cit., p. 45.

¹¹⁹ “*It has rightly been pointed out that the rules on mitigation reflect a requirement of good faith*”. FRIEDMAN, Daniel. *Good faith and remedies for breach of contract.* In: BEATSON, Jack, FRIEDMAN, Daniel. *Good faith and fault in contract law.* Oxford: Clarendon, 2001. p. 408.

¹²⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. Vol. 1. Lisboa: Almedina, 1984, p. 143. Itálicos no original.

esquemática elaborada por Clóvis V. do Couto e Silva¹²¹, na forma de um dever secundário derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes, ainda que ela distancie o *duty* de sua acepção inicial:

Quando o *duty to mitigate the loss* desempenhar a função de dever de colaboração, configurará um desdobramento da boa-fé objetiva. Neste cenário, é possível que a parte que deixe de observá-lo sofra sanções, podendo haver condenação por perdas e danos, sendo igualmente possível falar em culpa, tudo a depender da existência de danos efetivos e das circunstâncias do caso concreto. Esta modalidade de *duty to mitigate the loss* não guarda semelhança com o instituto homônimo dos países da common law e tampouco se aproxima da disposição constante do artigo 77 da CISG¹²².

O entendimento ora sintetizado não obsta que o *duty to mitigate the loss* desempenhe outras funções além daquela ligada à cooperação, como a função de instrumento de combate ao abuso de direito ou de critério apto a influir no *quantum* indenizatório quando estiver ligado à noção de causalidade; sendo esta função trabalhada mais adiante, inclusive.

Portanto, encarando-se o *duty to mitigate the loss* enquanto oriundo da boa-fé objetiva por ter ele sido assim justificado pela doutrina e chancelado pela jurisprudência nacionais, ao se considerar a obrigação em sua perspectiva funcional, o dever do credor de mitigar o próprio dano é transportado para dentro do objeto obrigacional. Dessa forma, torna-se plenamente defensável a caracterização de um ilícito contratual pela sua violação por qualquer uma das partes contratantes, na medida em que influi no objeto prestacional como um todo, ainda que não seja suficiente por si próprio para fundamentar uma ação judicial, conforme se verificará no próximo item.

3.3 O *duty to mitigate the loss* no Brasil e seus contornos gerais

A ideia original concebida a partir da Convenção de Viena atribui ao dever de mitigar o papel de fornecer, ao lado da previsibilidade, um critério limitador ao princípio da compensação total (*full compensation*), segundo o qual a parte prejudicada tem direito a ser ressarcida em consequência da violação do contrato¹²³. Nesse sentido, a mitigação atua como

¹²¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

¹²² COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado*. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015, cit. p. 101.

¹²³ WINKLER, Vanessa. *O dever de mitigação de danos na Convenção das Nações Unidas para compra e venda internacional de mercadorias (CISG)*. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2014.

um princípio de viés marcadamente preventivo com o intuito de evitar que a parte prejudicada se mantenha inerte, apenas esperando ser recompensada por sua perda, a qual poderia ter sido reduzida ou até mesmo evitada, o que é fundamental quando se trabalha com a prevenção de danos; e, também, que ela pratique atos irrazoáveis que, no lugar de limitar as suas perdas, apenas ampliariam a sua extensão.

Assim, não obstante a Convenção tenha por escopo a uniformização de regras atinentes a atividade de compra e venda internacional de mercadorias e forneça parâmetros específicos para se verificar o cumprimento ou não do mencionado dever de mitigar¹²⁴, o raciocínio por detrás de suas disposições, atrelado às noções de boa-fé e cooperação recíproca entre as partes, é válido na recepção do *duty to mitigate the loss* no ordenamento brasileiro para o tratamento de relações privadas em seu âmbito interno.

Pode-se dizer, então, que o chamado dever de mitigar apresenta duas “frentes”, que se traduzem em condutas positivas e negativas, quais sejam, o dever do credor de minimizar suas perdas quando possível (*minimising loss*) e de se abster de praticar atos que agravem a situação já instaurada (*augmentation loss*). Sobre a questão, vale a pena destacar o pensamento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem, na análise da resolução contratual em razão do inadimplemento com base no grau de ofensa à economia do contrato,

deve ser lembrada a doutrina da mitigação (*‘doctrine of mitigation’*), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento: “O lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão”.¹²⁵

Da fixação dessa perspectiva inicial, optando-se pelas condutas ligadas ao *minimising loss* em razão da temática deste trabalho, surgem inevitavelmente outras questões a ela relacionadas e que dizem respeito, essencialmente, ao grau de exigência a partir daquilo que se poderia considerar como medidas razoáveis nesse contexto e, sobretudo, o meio pelo qual elas poderiam ser realizadas na prática contratual, questões essas que perpassam necessariamente pela análise da natureza jurídica do dever de mitigação dos danos.

¹²⁴ O Brasil recentemente aderiu à Convenção, tendo o seu texto sido recepcionado através do Decreto nº 8.327/2014, após de mais de 3 décadas de sua elaboração e já contando com cerca de 80 Estados que, juntos, representam quase 75% do total de transações do comércio internacional de bens. Os dados são extraídos do sítio das Nações Unidas no Brasil, disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>

¹²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2004. p. 136.

Isso porque em razão dos debates doutrinários acerca da verificação da mitigação dos danos como um dever jurídico ou um ônus, deve-se considerar que vocábulos como obrigação, dever e ônus são termos de conceitos técnicos-jurídicos, o que impõe à sua aplicação um maior rigor para a definição da questão. Segundo Eros Grau, a palavra *obliegenheit*¹²⁶, utilizada na Justificativa que embasou o já referido Enunciado nº 169, corresponde à noção de ônus, faculdade cujo exercício é condição necessária ou pelo menos relevante para não sofrer um prejuízo¹²⁷. Por outro lado, para o jurista italiano Emilio Betti, “*non è soltanto un onere, mas è anche un dovere di correttezza verso la controparte*”¹²⁸.

Neste ponto, entre um ônus ou um dever de correção atribuído à parte prejudicada, a razoabilidade apresenta especial relevo, haja vista que, numa relação contratual pode e deve o contratante buscar a obtenção de uma posição jurídica mais favorável à realização de seus interesses dentro dos ditames da boa-fé, o que representa a essência das relações negociais, não sendo lícito impor-lhe uma atuação antagônica a tais interesses ou mais onerosa, situação em que a mitigação consubstanciará um ônus, uma faculdade, pois “*a boa-fé objetiva não se confunde, em definitivo, com a atribuição de função abnegatória*”¹²⁹.

Já nas hipóteses em que a conduta mitigadora relevar-se como factível, razoável e legitimamente esperada à luz do caso concreto ou pelos ajustes contratuais, ter-se-á um dever jurídico de correção imposto ao credor; sendo sentido pertinente recorrer mais uma vez à doutrina de Clóvis V. do Couto e Silva, afirmando-se que:

Il y a dans la doctrine une discussion si le devoir de la victime d'éviter le dommage constitue une obligation ou un simple 'onus', ou charge, c'est-à-dire, un 'devoir d'intensité mineure' ou même un 'devoir en bénéfice propre'. Il y a des situations dans

¹²⁶ Analisando a questão, Fradera sintetiza o seguinte: “a) a noção de *obliegenheit* tem sua fonte no direito alemão de seguros, tendo Reimer SCHMIDT buscado realizar a sua sistematização, a partir da construção de um sistema geral de obrigações, onde seriam incluídas todas as obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo. Segundo afirmou Clóvis do COUTO e SILVA, esta tentativa não teve maior êxito. Contudo, o mesmo autor esclarece permanecerem atuais os estudos de Reimer SCHMIDT relativamente a certos deveres anexas, v.g., a descoberta de deveres anexas de menor intensidade de coação ou deveres de grau menor; b) Já os autores suíços cunharam a expressão *incombance* para designar este tipo de dever. O termo provém do verbo latino *incumbere*, cujo sentido é o de pesar, onerar. Sendo o Código suíço redigido em língua francesa, seu legislador adotou o substantivo *incombance*. A possibilidade de reduzir as perdas e danos ou mesmo não concedê-las, está prevista em seu artigo 44. c) Em França, apesar de o direito francês não utilizar esta terminologia, a jurisprudência vem aplicando esse conceito, com fulcro no princípio da boa-fé objetiva e na noção de abuso de direito”. Assim, as noções de *obliegenheit* e *incombance* poderiam ser conduzidas à ideia de ônus. In: FRADERA, Véra Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? RTDC, v. 19, jul/set. 2004, p. 114.

¹²⁷ COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 76.

¹²⁸ “... não é somente um ônus, mas é também um dever de correção direcionado à parte contrária”. Ob. cit., p. 78.

¹²⁹ TERRA, Aline Valverde. Autonomia contratual: da estrutura à função. Arquivo Jurídico. Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí. Vol. 2. P. 85-102, 2015, cit. p. 90.

*lesquelles les modèles juridiques se manifestent d'une forme mixte: ils se ressemblent aux devoirs et aux charges d'après la position avec laquelle on les regarde*¹³⁰.

Essa conclusão vai de encontro ao tratamento do dever de mitigar e a sua relação ao dever anexo de cooperação fundado na boa-fé objetiva, prevista especialmente no artigo 422 do Código Civil, sendo até preferível essa opção mais branda em torno de sua categorização em razão da advertência realizada por Clóvis Beviláqua¹³¹ e; com isso, pode-se perquirir aquilo que se poderia considerar como medida razoável nesse contexto.

Mais uma vez, nos deparamos diante de um conceito aberto, não sendo definido de forma *a priori* aquilo que se poderia entender como razoável, o que, em verdade, se demonstra como um acerto. Não se trata de uma questão legal, mas sim fática, devendo ser analisado caso a caso aquilo que poderia ser entendido como tal, levando-se em conta fatores como o momento em que a medida foi tomada, o interesse das partes e os costumes comerciais, de modo a ordenar o processo obrigacional àquilo que prega a boa-fé objetiva. Assim, é útil a redação do artigo 1:302, previsto nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL):

Sob esses princípios de razoabilidade deve ser entendido como o que as pessoas agindo de boa fé e na mesma situação das partes considerariam ser razoável. Em particular, ao avaliar o que é razoável, devem ser levadas em consideração a natureza e o propósito do contrato, circunstâncias do caso, e os usos e práticas do comércio ou das profissões envolvidas.

Lado outro, é certo que apesar de o “dever de mitigar” ser normalmente direcionado tão somente ao credor, descartando-se a possibilidade do compartilhamento de providências mitigadoras entre as partes, deve ele recair sobre a parte que estiver em melhores condições de colocá-las em prática, segundo o que um “*reasonable creditor acting in good faith would take under the circumstances*”¹³².

Por fim, tendo em conta que o tema predominante deste trabalho relaciona-se ao campo contratual, nada mais coerente do que lançar mão de um instrumento de natureza contratual

¹³⁰ Há na doutrina uma discussão se o dever da vítima de evitar o dano constitui uma obrigação ou um simples ‘ônus’, ou encargo, ou seja, um ‘dever de intensidade menor’ ou mesmo um ‘dever em benefício próprio’. Há situações em que os modelos jurídicos se manifestam de uma forma mista: são semelhantes aos deveres e aos encargos, de acordo com a posição com a qual são vistos. SILVA, Clóvis do Couto e. *Principes Fondamentaux de la Responsabilite Civile en Droit Bresilien et Compare*, 1988, pp. 111-112. In: Ob. cit. p. 78.

¹³¹ Adverte o autor que qualificar uma “exigência de mitigar danos” como um “dever” seria inadequado, porquanto, nesta hipótese, não seria possível admitir o ressarcimento das despesas incorridas nas providências mitigatórias. Haveria enriquecimento ilícito da parte inadimplente/ofensora. In: ALVIM: Agostinho. *Da inexecução das obrigações e as suas consequências*. São Paulo: Saraiva. 1990.

¹³² Clout n° 176. COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado*. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015, p. 43.

para que se possa materializar o “dever de mitigação” e, efetivamente, prevenir ou minimizar os danos oriundos da patologia do inadimplemento, já devidamente contextualizada ao tema. Portanto, dentre as medidas já consideradas como adequadas para tanto¹³³, focar-se-á na figura da contratação de compra e venda substitutiva.

Uma vez respondidas as indagações acima realizadas, tornando-se possível traçar os contornos gerais do regime jurídico do *duty to mitigate the loss* para sua aplicação no Brasil, caberá analisar no capítulo 3 a aplicação do instrumento escolhido, delimitando o campo de incidência da mitigação a ser operado através da sua utilização em razão do inadimplemento e funcionalizada à prevenção, justificando-se, assim, a opção por ele.

¹³³ Comino enumera exemplificativamente as seguintes medidas: “a revenda, pelo vendedor, das mercadorias para terceiro, em curto espaço de tempo; a revenda, pelo vendedor, das mercadorias, pelo mesmo valor do contrato celebrado com o comprador inadimplente, apesar da prova de que estavam abaixo do valor de mercado; as necessárias para a preservação e posterior revenda de mercadorias perecíveis (STOLL & GRUBER, 2005, p. 790); 141 a desmontagem, pelo comprador, de uma máquina e a revenda de suas peças, haja vista a dificuldade de encontrar um comprador interessado na aquisição da própria máquina, ou no seu uso”. COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.cit. p. 43.

4 A PRÁTICA DAS CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS E O FORNECIMENTO DE UM INSTRUMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

4.1 A defesa de interesses privados a partir da autotutela contratual

Segundo dados do relatório fornecido pelo “Justiça em Números 2015”¹³⁴, com ano-base 2014, pela análise da litigiosidade no âmbito da Justiça Estadual, onde se concentra o maior nível de demandas, constata-se que ela iniciou o ano de 2014 com um estoque de 57,2 milhões de processos e estimando o seu crescimento em 0,5% em razão ao déficit entre processos baixados e ingressados naquele ano, correspondendo a 19,9 e 20,1 milhões, respectivamente; sendo que apenas 35,2% dos casos novos ingressaram eletronicamente. De todo esse acervo, 52% se encontrava na fase de execução, com taxa de congestionamento em 1º grau de 87%.

Já entre as demandas mais recorrentes, o tema obrigações/espécies de contratos aparece em 1º lugar na Justiça Estadual com 2.646.751 processos (8,16%) e na Justiça de 2º Grau com 416.358 processos (12,07%), na Justiça de 1º Grau com 1.845.503 (8,36%) e em 3º lugar nas Turmas Recursais com 41.095 (6,29%) e nos Juizados Especiais com 343.795 (5,49%). Seguindo esse volume, o tema responsabilidade civil/indenização por dano material aparece em 9º lugar na Justiça Estadual de 1º Grau com 641.715 processos (1,98%), em 11º lugar na Justiça de 2º Grau com 51.459 (1,49%), em 12º lugar na Justiça de 1º Grau com 414.047 processos (1,88%), em 11º lugar nas Turmas Recursais com 18.441 processos (2,83%) e em 5º lugar nos Juizados Especiais com 306.749 processos (4,90%). “Contratos” é o assunto mais recorrente em 1º e 2º Graus, sendo que a pesquisa também contemplou temas como obrigações/atos unilaterais, obrigações/inadimplemento e direito do consumidor, diferenciando responsabilidade civil do fornecedor e contratos de financiamento de produto, fornecimento de energia elétrica, telefonia e bancários.

Tais dados servem para corroborar a chamada crise da funcionalidade dos processos judiciais e, principalmente, nos de execução forçada, o que sem dúvidas se pode ser utilizado como ponto favorável para que se possa permitir a abertura de espaço para a legitimação de

¹³⁴ Trata-se da principal fonte de estatísticas oficiais do Poder Judiciário, anualmente produzido desde o ano de 2004, não tendo sido disponibilizado ainda o “Justiça em Número 2016”, com ano-base 2015. Todos os relatórios encontram-se disponíveis no sítio no Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 27/06/2016.

medidas extrajudiciais para a defesa dos interesses subjacentes às relações contratuais, destacando-se o tema da autotutela contratual, o qual padece de uma necessária revitalização:

A crise está indiscutivelmente evidente. A inadequação e a insuficiência dos códigos estão certamente expostas. Os danos produzem-se em velocidade cada vez maior e em relação estreita com o avanço das tecnologias. Os prejuízos avolumam-se e o foro onde são reclamados incha-se de pleitos que serão decididos por viesses o mais diferentes e disparatados. A desarmonia das decisões, ao se tentar aplicar o direito, é resultado claro da confusão que perdura por força da profusão de soluções a *latere*, que tentam minorar a insuficiência da ordem jurídica em vigor. É tempo de reformar, de revolucionar, de superar limites. De repensar e de reescrever o sistema, enfim¹³⁵.

Assim, é essencial a superação de sua noção pejorativa atrelada a um exercício arbitrário das próprias razões a partir da qual ela é tradicionalmente referida para que se possa concebê-la de maneira limitada e controlada, como um meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos, na medida em que

no contexto do Estado Democrático de Direito, a noção de autotutela não se confunde com a de vingança privada (“olho por olho, dente por dente”) ou com o exercício arbitrário das próprias razões e nem deve ser compreendida sob a ótica voluntarista e individualista que inspirou o liberalismo clássico, a qual permitiria uma autotutela sem limites e sem controle, voltada a satisfazer interesses possivelmente indignos de proteção e esmagadores da esfera jurídica alheia¹³⁶.

À autotutela é possível conferir, inclusive, fundamento constitucional na forma da autonomia privada a partir de uma perspectiva renovada no bojo de sua vertente contratual intrinsecamente limitada pelos demais princípios constitucionais, considerada a igualdade como pressuposto e princípio limitador da liberdade. A autonomia negocial é, assim, uma expressão da liberdade e também um dos meios pelos quais a livre iniciativa, constitucionalmente assegurada, pode ser exercida na busca da realização de interesses, sobretudo patrimoniais.

Os demais princípios de índole constitucional também servem de amparo à legitimação da autotutela ao serem devidamente observados quando da sua aplicação, abrangendo tanto os que dão fundamento à sua utilização, bem como os que têm por escopo promover sua limitação, podendo-se citar neste aspecto a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a liberdade; tendo sempre em vista os interesses envolvidos em cada relação jurídica. Rechaça-se, com isso,

¹³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belho Horizonte: Del Rey, 2005, p.3.

¹³⁶ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. cit. p. 45.

a ideia de vedação da autotutela e busca-se demonstrar que ela é tão fundamentada quanto limitada pelos princípios e valores informadores da ordem normativa constitucional.

Em trabalho sobre o tema, buscando romper o dogma entre a autotutela proibida para a obtenção da autotutela em versão constitucionalizada e controlada para compor um modelo de integração entre hetero e autotutela, Raquel Bellini de Oliveira Salles expõe que

o seu pretendido revigoramento e expansão, portanto, não significa um retrocesso, mas inegável avanço na direção de uma ordem jurídica apta a reconhecer e fortalecer a capacidade dos sujeitos contratantes tanto para autoregulamentarem quanto para autotutelarem os seus próprios interesses, viabilizando soluções mais efetivas e céleres, e não menos justas do que as soluções obtidas por meio da tutela estatal¹³⁷.

Ainda segundo a autora, não se trata da defesa da exclusão da apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Judiciário, mas, sim, apontar que, ainda na esfera extrajudicial, há mecanismos, especialmente de autotutela, que podem ser igualmente efetivos para a solução de conflitos no âmbito contratual, com base na própria autonomia privada. Ao Poder Judiciário incumbiria, quando provocado, realizar o controle acerca da utilização da autotutela, aferindo se o emprego de um de seus instrumentos se desenvolveu na forma de um exercício legítimo, adequado e proporcional, seja ele proveniente de fonte legal ou convencional¹³⁸.

Assim, ao se considerar que “a autotutela não é uma exceção em derrogação de uma tal proibição, mas é, ao contrário, parte da ordem geral de tutela dos direitos”¹³⁹, a sua utilização apresenta caráter expansivo na realidade contratual brasileira, especialmente frente a patologia do inadimplemento contratual. Os seus instrumentos são estudados com a pretensão de dar maior celeridade e efetividade à solução do inadimplemento, de maneira a viabilizar remédios satisfatórios para as situações que demandem reações imediatas, como apontado por Mauro Capelletti¹⁴⁰.

O seu potencial é perceptível diante da possibilidade de utilização instrumentos já previstos no ordenamento brasileiro e também pela admissibilidade de outros instrumentos não expressamente previstos no ordenamento brasileiro¹⁴¹, mas que possam ser repensados ou

¹³⁷ Ob. cit. p. 48.

¹³⁸ Ob. cit., p. 51.

¹³⁹ SCHÜNEMMAN, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, *apud* BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, *Aggiornamento*, 2000, cit., p. 143. *apud* Ob. cit. p. 48.

¹⁴⁰ CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, nº 74, 1994. p. 82-97.

¹⁴¹ “(...) l'autonomia privata è libera di foggjarsi gli assetti più convenienti; pertanto una tutela diretta del próprio interesse in via extragiudiziaría è configurabile al di là di specifiche previsioné legislative, quando una norma non la vieti, ovvero la consenta implicitamente (...)”. BONGIORNO, Girolamo. *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela. Rivista trimestale di diritto e procedura civile*. Milado: Giuffrè, anno XLII. 1998. p. 481, *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações

concebidos à luz do princípio da autonomia e de outros princípios constitucionais e contratuais. Podem eles ser divididos em categorias conforme as funções que desempenham, quais sejam, conservativo-cautelar, resolutiva ou satisfativa.

A função satisfativa, que mais no interessa por ser ela desempenhada pelas contratações substitutivas, confere à parte lesada a possibilidade de satisfazer seus interesses e alcançar o resultado útil programado no contrato ou, alternativamente, a reparação das perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Contudo, não se pode olvidar que o remédio da mitigação do próprio dano pode traduzir-se em medidas diversas, podendo desempenhar tanto a função satisfativa quanto a função cautelar, estando presente, nesta segunda hipótese, na figura da exceção de contrato não cumprido¹⁴².

Revela-se, assim, a sua atuação na prevenção ou reação a lesões de interesses, sendo esse o seu ponto de interseção com a *mitigation doctrine* desde que a conduta mitigadora seja razoável e legitimamente esperada à luz da boa-fé objetiva, critérios esses que deverão ser aferidos diante do caso concreto, ou, então, por razão de disposição contratual ou legal.

Quando se permite que a parte prejudicada atue de tal forma, a sua opção pela utilização do instrumento em questão representa a deliberação pela tutela específica e, conseqüentemente, a sua admissão pela preservação de seu interesse objetivo na prestação. Assim, a função satisfativa privilegia a execução específica das obrigações e previne ou minimiza danos, quando o que se tem atualmente é a preponderância pela tutela reparatória de danos através da via indenizatória, sendo a sua utilização excessiva criticada por Luiz Guilherme Marinoni:

Como está claro, a universalização da tutela pelo equivalente e da indenização em dinheiro reflete um ordenamento jurídico neutro em relação aos direitos e à realidade social. A tutela específica, por supor uma consideração articulada e diferenciada dos interesses e das necessidades pelos quais se pede a tutela, não se conciliava com os princípios da abstração dos sujeitos e da equivalência dos valores, próprios do direito liberal¹⁴³.

contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. cit. p.

¹⁴² “Partindo de tais características gerais, infere-se, em suma, que o dever de mitigar, inclusive nas hipóteses de inadimplemento antecipado, pode implicar a necessidade de o credor tomar prontas medidas em face do próprio devedor, tal como a suspensão da execução de sua prestação mediante exceção de contrato não cumprido, a cobrança, a execução da dívida, a reintegração na posse de coisa, a resolução judicial ou extrajudicial, com a liquidação das perdas e danos em quaisquer casos. Em tais casos, o dever de mitigar serve a orientar o controle judicial acerca da justa mensuração das perdas e estabelece ponto de contato com a autotutela contratual especialmente no tocante ao exercício da exceção de contrato não cumprido (função conservativo-cautelar) e da resolução extrajudicial (função resolutiva)”. Ob. cit. p. 234.

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Revista dos Tribunais, v. 93, p. 34-60, jun. 2004.

Segundo o autor, tal tratamento acaba por não diferenciar os bens e as necessidades pessoais das partes e, com isso, a tutela pecuniária se mantém neutra diante dos indivíduos, privilegiando, na realidade, o mecanismo do mercado atual, o qual não se preocupa com questões sociais ou com a qualidade de seu funcionamento, apontando também que, se todas as tutelas se resumirem a prestação em pecúnia, não haveria razão para se criar tutelas específicas para diferentes necessidades.

Assim, a pretensão à tutela inibitória material satisfativa manifestada pela prática das contratações substitutivas é conferida pelo próprio direito material e deve ser entendida enquanto inerente ao próprio direito subjetivo, cuja proteção pelo ordenamento jurídico nasce consigo e, por isso, permite a ideia de responsabilidade civil preventiva contra a sua violação, independentemente da via processual. Por isso, o ordenamento jurídico, muito antes e independentemente de qualquer intervenção jurisdicional, deveria implementar mecanismos mais adequados e eficazes que objetivassem a prevenção contra a violação dos direitos subjetivos.¹⁴⁴

Nessa perspectiva, evidenciando-se que a vontade das partes contratantes deu conteúdo ao negócio jurídico por elas celebrado para que por meio dele pudessem atingir os direitos e interesses almejados, a própria autonomia seria o fundamento para a proteção destes, permitindo o exercício da tutela material inibitória. Ora, se as partes tiveram liberdade para formar o negócio jurídico, nada mais justo do que deixá-las resolver eventual ameaça de lesão aos seus interesses.

Entretanto, em pleno século XXI, a autotutela remanesce diante de situações excepcionais, quando se está diante de valores altamente relevantes ou da impossibilidade de o Estado agir efetivamente, retirando dos indivíduos, sujeitos pensantes dotados de liberdade e responsabilidade, o poder de agir sem que, em contrapartida, demonstre eficácia e satisfatoriedade nessa substituição de papéis, quando, em verdade,

a consideração da pessoa humana como um todo, a prevalência do valor da personalidade sobre as situações patrimoniais, o respeito dos deveres inderrogáveis de solidariedade permitem tecer um sistema jurídico-econômico-social que não dá espaço nem para uma intervenção forte do Estado, com um dirigismo exasperado das atividades da empresa, nem para uma absoluta liberdade de mercado. A intervenção do Estado é necessária para assegurar a ética no mercado ou do mercado, dependendo

¹⁴⁴ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, cit. p. 51.

do ponto de vista. Uma intervenção que possa conjugar eficiência econômica e direitos fundamentais. Portanto, que conjugue mercado e solidariedade¹⁴⁵.

O exercício da autotutela contratual em sua versão constitucionalizada é característica de uma sociedade evoluída, cujo grau de liberdade conferido à esfera privada não culmina em abusividades e descontrole que implicariam em perdas no aspecto social ou em problemas de segurança jurídica, e é nesse sentido que se deve caminhar.

4.2 O campo de incidência das contratações substitutivas ante a disciplina da prevenção e minimização de danos

As considerações realizadas no item 2.2 acerca da dinamicidade presente nas relações obrigacionais a partir do entendimento da *obrigação como processo* repercutem também naquilo que se pode entender como inadimplemento pela ruptura estrutural e formal do termo, direcionando-se a atenção para a função do vínculo obrigacional e para os interesses presentes em cada relação singularmente compreendida.

Anderson Schreiber identifica três aspectos essenciais na releitura da teoria do inadimplemento com base na complexidade obrigacional, sendo eles os aspectos conceitual, consequencial e temporal, modificando-se o momento de verificação do inadimplemento¹⁴⁶, não sendo permitido que os contratantes mantenham-se inertes, apenas aguardando passivamente a exigibilidade da obrigação.

Assim, diante da chamada tríplice transformação do adimplemento mencionada pelo autor, torna-se nítida a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento, devendo-se compreender que o lapso temporal entre o nascimento e a exigibilidade da prestação é composto por uma atividade preparatória dirigida finalisticamente ao cumprimento pontual e perfeito da obrigação¹⁴⁷, pois quando dois contratantes se aproximam e celebram um acordo de vontades pelo qual estabelecem entre si uma relação jurídica de cunho

¹⁴⁵ CICCIO, Maria Cristina de. A pessoa e o mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), Direito civil contemporâneo, São Paulo, Atlas, 2008. cit. p. 114.

¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013. p. 7.

¹⁴⁷ “Para além disso, a relação jurídica não se limita a dois momentos dispersos no tempo (formação e desempenho da prestação), e deve vista como um processo, uma relação viva e dinâmica⁴¹ que necessita percorrer uma longa via em busca de seu fim esperado: o cumprimento, com o que concorda Mário Delgado, ao frisar que a relação jurídica deve ser sempre lida como uma relação complexa”. CATALAN, Marcos Jorge. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. Diritto & Diritti, 2008.

obrigacional, em um legítimo exercício de sua liberdade contratual, o objetivo comum a eles é a execução das obrigações então estabelecidas, visto que o adimplemento é o fim último do processo obrigacional. Dessa forma, para que haja o dever de mitigar danos, não é necessário que já tenha ocorrido o dano, sendo suficiente que ele seja ao menos previsível segundo critérios objetivos, pois,

a configuração da ‘quebra antecipada’ não se subordina à certeza absoluta quanto ao inadimplemento, e tampouco é suficiente a caracterizá-lo mero risco de descumprimento. Exige-se, para tanto, probabilidade substancial de inadimplemento¹⁴⁸.

Com isso, traz-se à tona a questão do inadimplemento antecipado, construção oriunda da doutrina anglo-saxã a partir da expressão *anticipated breach of contract* a partir da qual, ainda que o vencimento da obrigação não tenha ocorrido, entende-se que a recusa do devedor no cumprimento futuro da prestação equivale ao seu inadimplemento, autorizando ao credor a colocar em prática medidas para a defesa de seus interesses em perigo; pois ele “*não tem o direito, mas o dever de agir contra a recusa antecipada do devedor, mitigando os danos*”¹⁴⁹:

Resta ululante que nas obrigações instantâneas o fenômeno não é observado com facilidade em razão da aparente coincidência de boa parte das fases do processo obrigacional, outrossim, naquelas que hão de ser adimplidas ao longo do tempo, como nas hipóteses de execução sucessiva ou diferida, torna-se patente a noção orgânica da relação jurídica obrigacional na medida em que, ao lado do dever principal entre as partes ajustado, surge, por certo, deveres outros que se impõem às partes no sentido de colaborar com o adimplemento, em cada fase obrigacional¹⁵⁰.

Sobre o tema, destaca-se a noção de inadimplemento anterior ao termo para que se possa fixar o campo de incidência do dever de mitigação através das contratações substitutivas ante à prevenção de danos oriundos do inadimplemento antecipado, o qual deve ser entendido como *atual*¹⁵¹ e que não se confunde com meras situações de risco de descumprimento ou de vencimento antecipado, pois a partir dele se tem efetivamente

¹⁴⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. Cit. p. 135, *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

¹⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013. p. 9.

¹⁵⁰ CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005. p. 114

¹⁵¹ Ob. cit. p. 94.

a violação de direito que desde o nascimento da relação obrigacional tem o credor de tê-la mantida firme, presumindo que o devedor manter-se-á sempre pronto, hábil e querendo adimplir, exigível durante toda a vida da relação e, portanto, violável, passível de ocasionar um verdadeiro inadimplemento que, em relação ao termo do contrato, seria antecipado¹⁵².

O estabelecimento do termo se consubstancia em um verdadeiro benefício concedido ao devedor, sendo presumido em seu favor pelo artigo 133 do Código Civil (*favor debitoris*), tornando a prestação inexigível enquanto a sua ocorrência não sobrevier e quando ainda se justifique, tendo em vista a busca pelo adimplemento; resguardado o seu direito de a ele renunciar caso preferir proceder ao cumprimento da obrigação antes de sua ocorrência.

Contudo, nada impede que ele seja estipulado em prol de ambas as partes contratantes, hipótese em que a sua renúncia só poderá ocorrer de comum acordo ou; por outro lado, seja ele estipulado em prol somente do credor, o qual poderá exigir a prestação no seu interesse após o advento do termo a qualquer tempo, não sendo obrigado a aceitá-la a critério do devedor. Nessa última possibilidade, há que se atentar para o chamado “termo essencial”, cuja inobservância implica necessariamente na impossibilidade definitiva da prestação, sendo a essencialidade aferida a partir do interesse concreto do credor ou pela natureza da prestação.

Seguindo no tema, de acordo com Aline de Miranda Valverde Terra, para que se possa identificar o inadimplemento anterior ao termo deve-se buscar a verificação de seus suportes fáticos, sendo que o seu suporte subjetivo se caracteriza pela imputação da responsabilidade ao devedor em razão de ele ter agido com culpa, pois caso contrário, isto é, não sendo a impossibilidade de cumprimento a ele imputável, não se terá inadimplemento, mas sim extinção *ipso iure* da relação obrigacional¹⁵³.

Já quanto ao suporte objetivo, é útil a sua visualização segundo a sistematização proposta pela mencionada autora, diante da (i) manifestação expressa ou tácita de não querer adimplir; da (ii) manifestação expressa ou tácita de não poder adimplir; e pelo (iii) comportamento comissivo ou omissivo do devedor que inviabiliza o adimplemento no termo ajustado, a ensejar a perda de utilidade da prestação para o credor¹⁵⁴. Entendimento a esse

¹⁵² BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 77-78, 1994. Outrossim, para a configuração do risco de inadimplemento, pode esse ser objetivamente perquirido diante da situação de risco, dispensando-se a análise da culpa da parte devedora.

¹⁵³ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. Cit. p. 270 e ss. *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. p. 91.

¹⁵⁴ Ob. cit., p. 91.

semelhante pode ser extraído a partir da doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao expor que:

É possível o inadimplemento antes do tempo se o devedor pratica atos nitidamente contrários ao cumprimento ou faz declarações expressas nesse sentido, acompanhadas de comportamento efetivo contra a prestação, de tal sorte que se possa deduzir conclusivamente, dos dados objetivos existentes, que não haverá o cumprimento. Se essa situação se verificar, o autor pode propor a ação de resolução. O descumprimento antecipado ocorrerá sempre que o devedor, beneficiado com um prazo, durante ele praticar atos que, por força da natureza ou da lei, faça impossível o futuro cumprimento¹⁵⁵.

No primeiro caso, deve a manifestação ser séria, fundada em uma probabilidade próxima à certeza e dotada de notável grau de definitividade no sentido de que o devedor não irá adimplir, mas que, justamente por não se tratar de uma certeza absoluta, não vincularia o devedor que, em razão da possibilidade superveniente de cumprimento, pudesse fazê-lo, na medida em que a insistência no cumprimento da obrigação promove o princípio da conservação do contrato para que este possa cumprir a sua função social e alcançar o fim traçado pelas partes¹⁵⁶. Com isso, tem-se a possibilidade tanto da configuração da mora no caso de prestação fungível e de termo não essencial, podendo ocorrer a contratação substitutiva nesse caso; quanto do inadimplemento absoluto em razão de prestação com caráter personalíssimo ou cujo termo seja essencial, não restando alternativa a não ser a extinção contratual, sem prejuízo de perdas e danos.

Lado outro, a partir do segundo suporte fático possível, exige-se um comportamento expresso do devedor, seja ele comissivo ou omissivo, que retarde a execução de atos necessários ao cumprimento do objeto prestacional ou viole deveres de conduta a ele intimamente conectados, resultando na impossibilidade definitiva do cumprimento da prestação. Sendo a conduta tácita, a consequência é a mesma, eis que também afetaria o núcleo da prestação, ainda que por via reflexa. Por fim, pelo último suporte fornecido, pelo fato da mora também interferir na utilidade da prestação ou então no próprio equilíbrio contratual em contratos bilaterais, aniquilado o interesse no seu cumprimento, ela se converte em inadimplemento absoluto pela completa perda no interesse da perseguição do objeto contratual.

Desta forma, uma vez presente o suporte fático subjetivo, passa-se para a análise de seu aspecto objetivo, cabendo verificar se aquilo que se configura no caso concreto se trata de

¹⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2003. cit. p. 126-127.

¹⁵⁶ KHOURI, Paulo R. Roque. A crise do inadimplemento, purgação da mora e conservação do contrato. Responsabilidade Civil e Inadimplemento do Direito Brasileiro, p. 207-218, Editora Atlas, 2014.

inadimplemento absoluto ou mora, isto é, se a conduta do contratante anterior ao termo impossibilita ou inutiliza a prestação para o credor, pois diante de manifestação expressa ou tácita do devedor de não querer adimplir pode ainda persistir o interesse pela prestação nos termos acima fixados, motivo pelo qual se demonstra viável lançar mão do instrumento de contratação substitutiva para que ele seja alcançado com a devida satisfação da pretensão inicialmente pretendida por ele. Contudo, nos demais suportes fáticos objetivos enumerados, em razão a perda de utilidade da prestação para o credor, tal atuação não se apresenta como factível, sendo o caminho da resolução contratual a opção restante.

Portanto, ao se fixar o campo de incidência inicialmente aqui pretendido na hipótese de manifestação expressa ou tácita de não querer adimplir, quando não convertida a mora em inadimplemento absoluto, somada a imputação da responsabilidade ao devedor em razão de ele ter agido com culpa na violação contratual, buscou-se demonstrar que é possível estabelecer um campo para a aplicação das contratações substitutivas em que seria possível prevenir ou minimizar danos decorrentes do inadimplemento a partir de “um prognóstico de não cumprimento da obrigação”¹⁵⁷, tendo em vista a atualização da teoria do inadimplemento; o que não exclui a utilização da contratação substitutiva em outras hipóteses, mas assim se delimita em função da busca pela disciplina ex ante de danos.

4.3 Consequências do cumprimento e da violação do dever de mitigar danos

O dever de atuar para que o dano não se verifique ou que a sua extensão não se amplie também incumbe à parte prejudicada, na medida do possível, ainda que não tenha ela contribuído para a causação do evento danoso, conforme entende Antunes Varela¹⁵⁸. Não pode ela omitir-se visando qualquer forma de especulação de mercado diante de situações de demanda maior do que a oferta, hipótese em que seria razoável dela exigir a realização de contratação substitutiva pela preservação da utilidade da prestação, não se justificando a postergação da resolução contratual, quando for o caso:

Se o lesado dispõe de recursos para o conserto ou a substituição, o período a incluir na indenização será apenas o que se fizer necessário para isso. Porém, se o prejudicado

¹⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2002. Cit. p. 197.

¹⁵⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. p. 228.

não tem meios para qualquer dessas providências, uma alternativa seria estender o tempo até quando o responsável efetivasse a reparação do dano. Mas essa solução pode permitir indenização de valor desproporcionado ao dano à coisa, e induziria o lesado a omitir-se de qualquer providência destinada a encontrar alguma solução, confiando na reparação judicial. Por isso, parece razoável que se exija do lesado a adoção de providência ao seu alcance, de acordo com as condições do mercado e nas circunstâncias do contrato, para fazer cessar a perda que lhe decorre do descumprimento (...). Somente quando isso não se mostrar possível, poder-se-á estender por mais tempo o período a considerar para a avaliação do prejuízo¹⁵⁹.

De tal forma, “*o lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão*”¹⁶⁰. Impende verificar, então, a responsabilidade subjetiva da parte tendo por base a noção de culpa normativa, a qual

tem sua razão de ser na exigência de balizar o dever de respeito aos outros, nos limites da razoabilidade, a partir da possibilidade idônea de se oferecer modelos de conduta (de diligência), relacionados àqueles limites. Evidentemente, tais modelos serão variáveis, porque devem sempre ser compatíveis com a atividade desempenhada¹⁶¹.

Assim, a primeira consequência decorrente do cumprimento do dever de mitigar danos seria a manutenção da indenização relativamente aos danos que, uma vez configurados, não puderam ser evitados pela parte, ainda que tenha ela realizado a conduta mitigadora, desempenhando o papel que dela era legitimamente esperado. Contudo, sendo a conduta bem sucedida, os seus efeitos influenciam na redução da indenização devida, a qual não se configura inicialmente em razão de sua culpa contratual, pois esta não existe; ocorrendo a redução do montante em razão de o prejuízo já ter sido minimizado. Nesse sentido, Pontes de Miranda explica que

tem-se de considerar o prejuízo que o ofendido sofreu e ainda vai sofrer, e o que pode haver lucrado o ofensor, bem como a sua participação nas causas do dano ou no aumento desse. A base do dever de indenizar está no interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofreu o dano¹⁶².

A outra consequência identificada reside na possibilidade de reembolso da parte pelos valores por ela empregados na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento, desde que eles se mostrem razoáveis e que possuam nexos causal com a lesão

¹⁵⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2004. p. 271.

¹⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2004. p. 156.

¹⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Cit. p. 213.

¹⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito civil. São Paulo: Borsoi. 1968. cit. p. 206.

provocada pelo inadimplemento, isto é, desde que elas possam ser entendidas como originadas pela violação contratual da parte contrária, uma *consequential loss*:

Desde que se revelem razoáveis, todas as despesas realizadas pelo lesado para impedir o evento danoso ou minimizar suas consequências devem ser ressarcidas pelo agente causador do dano. Até porque, se é reconhecido à vítima o dever de mitigar os prejuízos, é evidente que ela deve ser ressarcida de todas as despesas efetuadas nesse sentido, bem como daquelas que foram realizadas, preventivamente, para evitar o dano, contanto (i) que não sejam consideradas medidas desproporcionais e (ii) que haja, de fato, uma ameaça de dano¹⁶³.

Como se observa, o tratamento das *preventive expenses incurred before the damaging event* prescinde de um risco real e iminente de dano, não se admitindo riscos infundados e que não se prestam a legitimar a conduta proativa da parte prejudicada, o que poderia resultar, em verdade, em uma violação contratual por parte dela. Assim,

ao se qualificar as despesas com a prevenção contra o risco razoável de violação dos direitos como autênticos “*danos preventivos*”, cria-se ambiente propício não apenas para incentivar a autotutela como, ao mesmo tempo, para aumentar o nível de cuidado geral relativamente aos deveres de não violação dos direitos, na medida em que a criação de riscos ou ameaças injustificadas de violação a direitos alheios pode vir a gerar o dever de reparar gastos preventivos.¹⁶⁴

No direito comunitário europeu, inclusive, a questão já se encontra melhor trabalhada, prevista nos princípios do *European Group on Tort Law*¹⁶⁵ e na Diretiva nº 35/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia¹⁶⁶, por exemplo.

Desta feita, as despesas preventivas despendidas no intuito de que seja reduzido o prejuízo da parte prejudicada e contra um risco específico com grande probabilidade de concretização serão indenizáveis pela parte que deu causa ao dano em favor da parte que as realizou. Ressalta-se que desta não se exige as medidas relacionadas à contratação substitutiva tomadas em ambos os casos surtem necessariamente no efeito pretendido, bastando que elas se mostrem razoáveis no caso fático, agindo a parte de acordo com os ditames da boa-fé,

¹⁶³ CRUZ, Gisela Sampaio da, A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro, 2008. 329 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. cit., p. 121

¹⁶⁴ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, cit. p. 243.

¹⁶⁵ Artigo 2:104. Despesas preventivas: As despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável.

¹⁶⁶ Artigo 8º: Custos de prevenção e de reparação. 1 – O operador suporta os custos das ações de prevenção e de reparação executadas por força da presente diretiva.

permanecendo indenizáveis as despesas na tentativa de mitigar os prejuízos ou a sua efetiva mitigação¹⁶⁷.

Já quando se trata da violação do dever de mitigar, as consequências são outras, influenciando na redução do *quantum* indenizatório equivalente aos valores das perdas que poderiam ter sido impedidas ou evitadas e, por conseguinte, na perda de possíveis lucros cessantes. Nesse mesmo sentido é a posição de Paulo Nalin, fundamentando-a também a partir da própria noção de causalidade na definição do dever de indenizar:

Assim, com relação ao nexu causal, é possível determinar, sob o âmbito da teoria da causalidade adequada, que tanto credor quanto devedor são responsáveis por uma parte determinada do dano total, pelo que se tornaria injustificada a condenação integral ao devedor do ressarcimento por prejuízos causados em conjunto¹⁶⁸

Assim, pela violação ao dever de mitigar, Gisela Sampaio da Cruz, discorrendo sobre o sistema do nexu causal, aponta que

(...) cada um dos agentes deve suportar o dano na medida em que o tenha produzido, isto é, na proporção em que sua conduta interferiu no evento danoso. Toma-se por base aqui não a gravidade da culpa de cada agente, mas a eficácia causal das condutas que concorreram para a produção do prejuízo. Isto porque, conforme já se explicitou, tem sempre o agente que atuou com maior grau de culpa foi o que teve maior participação no resultado nocivo¹⁶⁹.

Outrossim, a redução também operará em razão dos ganhos obtidos com o emprego da contratação e que não seriam auferidos se não fosse o inadimplemento (*compensatio lucri cum damno*). Na análise dos ganhos a serem sopesados no cálculo dos danos, Raquel Bellini de Oliveira Salles, a partir do sistema da Common Law, observa que “*só podem ser levados em conta os ganhos da parte prejudicada quando, ao se imaginar a ausência do inadimplemento, os ganhos também desaparecessem*”¹⁷⁰. Retoma-se, com isso, o *duty* pelas contratações

¹⁶⁷ COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do *duty to mitigate the loss no Brasil*: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 34.

¹⁶⁸ NALIN, Paulo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*, RTDC, v. 49, jan/mar 2012. p. 153.

¹⁶⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do nexu de causalidade na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. Cit. p. 333-334.

¹⁷⁰ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011. p. 233. Para a autora, esse entendimento deve ser visto com cautela, contudo, pois “se existem muitos compradores e o vendedor possui quantidade limitada de mercadorias, teria o mesmo lucro em qualquer das vendas e facilmente substituiria o comprador inadimplente. Mas, Mas, se o estoque do vendedor excede a demanda, pelo que o vendedor, facilmente, poderia ter abastecido ambos os compradores (o original e o substituto), não se tratará de genuína compra e venda substitutiva, decorrente da quebra do contrato original. Logo, não se considerará as vantagens do

substitutivas a partir das hipóteses de sua aplicação nos países do sistema da Common Law e das hipóteses previstas da Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias (*Convention of International Sales of Goods – CISG*), pois

quando o duty to mitigate the loss estiver associado à causalidade ou à culpabilidade, terá a natureza jurídica de ônus³³² e por efeito a redução, ou afastamento, da indenização. Neste cenário, a parte que não se desonerar do “duty” não poderá sofrer sanções, tampouco poderá ser condenada ao pagamento de perdas e danos, não sendo o caso de se falar em culpa delitual, ou vizinha a ela¹⁷¹.

O ônus da prova acerca do cumprimento do dever de mitigar incumbe à parte prejudicada, pois é seu o interesse em ser indenizada sobre os montantes despendidos no caso de despesas preventivas e pela pretensão de indenização pelos danos oriundos do inadimplemento, restando à outra parte provar que as medidas tomadas não foram razoáveis dentro das circunstâncias. Ele recairá sobre a parte que violou o contrato quando a conduta da parte contrária efetivamente prevenir ou mitigar os danos, pois lhe será útil a redução da indenização que deve arcar junto àquela.

Uma vez delineadas as consequências tanto do cumprimento quanto da violação do dever de mitigar, resta por fim analisar a previsão do tratamento legal das hipóteses de contratação substitutiva no ordenamento brasileiro, pois com o advento do Código Civil em 2002, pode-se perceber uma abertura, ainda que tímida, à autodefesa no campo privado devido à inserção de dispositivos que, interpretados de maneira sistemática e teleológica, viabilizariam a tutela inibitória dos direitos.

Pode-se apontar, por exemplo, os artigos 249 e 251, que implicam em casos de autotutela, ainda que de maneira excepcional e urgente. No bojo de tais dispositivos é possível resguardar em perspectiva preventiva uma multiplicidade de direitos a partir de uma interpretação extensiva, abarcando tanto aqueles de cunho obrigacional ou não, derivados de fontes obrigacionais ou deveres jurídicos:

segundo contrato a mitigarem as perdas decorrentes do primeiro, porque, de fato, não decorreram, necessariamente, daquele inadimplemento”. cit. p. 233.

¹⁷¹ COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015, cit. p. 103. Defende o autor que: “se se pretendesse prestigiar o exemplo alemão, a providência mais adequada seria associar o duty to mitigate the loss ao dispositivo do Código Civil de 2002 que trata da culpa concorrente, a saber, o artigo 945, segundo o qual se “a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”, até porque, nos termos do artigo 186 do mesmo diploma, aquele que, por omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem comete ato ilícito”. cit. p. 65-66.

Essas hipóteses legais bem servem a demonstrar que a inserção da autotutela como instrumento de prevenção na espacialidade da responsabilidade civil, para além de estar obstada como instrumento de uso geral, pode ser melhor alocada, atendendo igualmente bem à função preventiva, de modo esparso pelo Direito Civil, seja no campo das obrigações, seja no campo dos direitos reais, sem que seja necessário cogitar dos requisitos da responsabilidade civil, como se confirma pela citada hipótese do art. 249, parágrafo único, que sequer exige uma conduta antijurídica do devedor (inadimplemento)¹⁷².

Tais dispositivos, no entanto, ainda são pouco utilizados na prática, sendo que, sobre o primeiro, comenta Sílvio Venosa:

É interessante notar que, no parágrafo único, a novel lei introduz a possibilidade de procedimento de justiça de mão própria, no que andou muito bem. Imagine-se a hipótese de contratação de empresa para fazer a laje de concreto de um prédio, procedimento que requer tempo e época precisos. Caracterizada a recusa e a mora, bem como a urgência, aguardar uma decisão judicial, ainda que liminar, no caso concreto, poderá causar prejuízo de difícil reparação¹⁷³.

Tendo em vista o paradigma da operabilidade ou concretude estabelecido pelo Código Civil de 2002, ao lado dos paradigmas da socialidade e da eticidade, busca-se formas mais céleres para a solução das pretensões, evitando-se a eternização de incertezas e conflitos no campo das relações sociais ao se afastar toda forma de conceituação estéril que não alcança a pessoa como destinatária da norma. Ao abandonar a perspectiva patrimonialista sem qualquer possibilidade de relativização característica do Código Civil de 1916, o novo código, inspirado nos valores constitucionais, visa a proteção da pessoa humana nas relações privadas.

Ao se permitir que o credor autotutele o seu interesse contratual em perigo, efetiva-se o paradigma da operabilidade, podendo ele perseguir o adimplemento através da atuação de um terceiro e, ao dispor de obrigação de fazer de natureza fungível, o meio pelo qual essa conduta se exterioriza será o das contratações substitutivas.

Frisa-se que permanece resguardada eventual pretensão futura da parte prejudicada em ser ressarcida pelos prejuízos causados pelo inadimplemento, incluindo-se aí tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Contudo, tal pretensão não poderá ser perseguida pela via da autotutela, mas sim pela heterotutela fornecida pelo Estado através do Poder Judiciário, veiculada através do exercício de ação, observando-se todas as garantias processuais constitucionais. Assim, o exercício da autotutela contratual colabora para a efetivação do direito

¹⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. In: COSTA, Judith Martins; FRADERA, Vera Jacob de (Org.). Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 193.

¹⁷³ VENOSA, Sílvio. Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

material e não implicaria em prejuízos de ordem processual, não sendo obstado o acesso à jurisdição, também possível em sede de controle do exercício da autotutela, integrando-se ambos os sistemas em prol de uma tutela efetiva de direitos:

A pedido do devedor, em ação própria indenizatória por perdas e danos, ou em outro tipo de demanda, conforme o caso, o juiz aferirá não somente se no caso concreto efetivamente se caracterizou a *urgência*, mas ainda se a encomenda do fato ou a execução pelo próprio credor não representou custo excessivo, dentro dos princípios da *boa fé* e da *eticidade*, punindo o eventual *abuso do direito*. Decorre logicamente do que se disse a afirmação de que os parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do CC não afrontam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Como visto, sobra espaço para a autotutela, expressamente prevista em lei, nos sistemas jurídicos modernos. E, de qualquer modo, a via judicial fica aberta ao devedor que não se conforme com o exercício ou a forma da autotutela no caso concreto. Do mesmo modo, decorre de tudo isso a afirmação de que os dispositivos mencionados não ferem o princípio do contraditório e da ampla defesa. Evidentemente, essas são garantias processuais que não se aplicam à autotutela. Mas trata-se somente de diferir o momento do contraditório e da ampla defesa para o eventual momento processual sucessivo, quando o devedor insatisfeito poderá ajuizar a ação própria, cercado de todas as garantias do devido processo legal. Pode-se afirmar, assim, que a nova previsão de autotutela de que trata esse estudo representa uma modalidade congruente com as demais formas de autotutela autorizadas pela lei, que seus requisitos (explícito e implícitos) representam uma baliza segura e eficaz para a conduta do credor, que o exercício da autotutela corre por conta e risco de quem dela se utiliza e que o sistema abre ao devedor insatisfeito o acesso à justiça para a aferição dos pressupostos da autotutela, mediante as vias processuais próprias, podendo o credor ser condenado à reparação pelo abuso de direito eventualmente cometido. Em conclusão, a nova modalidade de autotutela não afronta o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e as garantias do devido processo legal, que ficam simplesmente diferidas para o eventual processo posterior, marcando a oportunidade sempre benfazeja de que as forças espontâneas do direito material se demonstrem suficientes para solucionar o conflito e para evitar o processo¹⁷⁴.

No campo jurisprudencial, a seu turno, ainda que os tribunais brasileiros sinalizem de maneira favorável à aplicação do *duty*, normalmente não o tratam como instrumento de autotutela contratual com função satisfativa na forma da contratação substitutiva¹⁷⁵. Neste

¹⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). Revista brasileira de direito constitucional – *RBDC*, n. 10 – jul./dez. 2007, p. 18-19.

¹⁷⁵ Em caso enfrentado pelo Tribunal de Justiça do Piauí, o Posto Ladeira do Uruguai Ltda propôs Ação de Rescisão Contratual com pedido de indenização em face de Texaco Brasil S/A, incorporado por Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, pois através de laudo técnico, fora constatado um período de vazamento de combustível no total de 36.987 litros em razão de deficiência no momento da montagem dos equipamentos, provocando a sua descapitalização pela necessidade de acionamento de instituições bancárias e, por tal dificuldade financeira, teve o fornecimento de combustível negado por diversas vezes. Ainda que comprovado que tais prejuízos se deram em razão da conduta da requerida, o julgador acolheu a sua alegação de que apenas dois anos após a constatação dos vazamentos a requerente noticiou o fato à requerida, não tomando qualquer medida reparadora, sendo o quantum indenizatório a título de danos materiais reduzidos. Ao invés de limitar-se apenas em torno da possibilidade de notificação da recorrida pela recorrente noticiando os vazamentos de combustível, poderia o tribunal ter trabalhado a questão da inoccorrência de contratação substitutiva para que o problema fosse de pronto solucionado e, assim, diminuísse consideravelmente os danos sofridos. Assim, além de mitigar a própria perda, obteria o recorrente de modo direto e imediato o objeto prestacional, sem prejuízo das despesas realizadas por conta da contratação caso em momento posterior restasse comprovada a responsabilidade do dano pela recorrida (Tribunal de Justiça do

sentido, o exercício do dever de mitigar as próprias perdas pode implicar tanto a tomada de medidas positivas do credor para diminuir o seu prejuízo, mediante a celebração de contratações substitutivas, quanto medidas negativas, devendo ele abster-se de práticas que não seriam objeto de discussão diante do fiel cumprimento da avença, sendo que ambas voltam-se ao não agravamento da extensão das consequências do inadimplemento experimentado pelo devedor.

Portanto, apesar de a jurisprudência brasileira se posicionar de maneira favorável à aplicação do dever de mitigar e o Código Civil brasileiro possuir dispositivos pelos quais é possível inferi-lo, a utilização das contratações substitutivas como meio de autotutela para a mitigação do próprio prejuízo pelo credor e para a satisfação mais imediata de seus interesses lesados pelo inadimplemento, a questão se mostra ainda incipiente; apesar de se constatar a possibilidade de aplicação de tal instrumento, com base na própria autonomia privada, tanto no âmbito de contratos típicos quanto atípicos, paritários e não paritários, efetivando-se em maior grau os interesse envolvidos nas relações contratuais.

Piauí - Apelação Cível nº 2012.0001.002277-0, Relator (a): Desembargador Raimundo Eufrásio Alves Filho, 1ª Câmara Cível, julgamento em 28/11/2012).

Exemplo claro em que a postura inerte do credor foi determinante para o posicionamento do Tribunal no tocante a fixação do *quantum debeatur* é o caso no qual se chegou ao ponto de se desconsiderar a existência do débito em razão da conduta abusiva do credor. Tal julgado versa sobre situação na qual uma instituição de ensino ajuizou contra uma ex-aluna, que abandonou o colégio no meio do ano letivo, ação de cobrança de todas as mensalidades não pagas referentes ao segundo semestre. Contudo, o fez apenas no final do ano letivo, em evidente conduta abusiva, como entendido, acertadamente, pelo Tribunal. Dessa maneira, o Tribunal se posicionou no sentido de que o ajuizamento da ação deveria ter sido realizado de maneira mais célere possível, tendo em vista o dever de mitigação do próprio prejuízo pela instituição financeira, não sendo cabível o pagamento das parcelas exigidas. (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Classe: Agravo, 24060084241, Relator: Catharina Maria Novaes Barcellos, Órgão julgador: 4ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/08/2009, Data da Publicação no Diário: 30/09/2009).

5. CONCLUSÃO

Com o auxílio da metodologia utilizada e do marco teórico fixado para servir de base para a realização deste trabalho, acredita-se ter alcançado de maneira satisfatória os objetivos traçados no sentido de contribuir para o resgate da função preventiva da responsabilidade civil, apontando para a imprescindibilidade do desenvolvimento da prevenção no campo dos danos contratuais decorrentes da patologia do inadimplemento.

Em um primeiro momento, priorizou-se contextualizar a questão central, destacando-se que o enfoque tradicional do estudo da responsabilidade civil sobre a sua função reparatória não é suficiente, podendo ela ser trabalhada de maneira mais ampla e em consonância com a afirmação da proteção dos direitos da pessoa a partir de uma perspectiva eminentemente preventiva. A própria designação da responsabilidade civil na pós-modernidade como “Direito de Danos” também abre caminho para a necessidade em se disciplinar *ex ante* os próprios eventos danosos, de forma a preveni-los e não apenas a ressarcir-los, tendo sempre em vista que as formas e fundamentos da responsabilidade civil devem acompanhar as dinâmicas sociais e os interesses envolvidos em cada relação jurídica. Especificou-se que, quando se menciona a prevenção no âmbito contratual, quer-se referir ao seu princípio da prevenção por ser ele trabalhado a partir da questão do risco de dano concreto e real, rechaçando-se a aplicação do princípio da precaução pela incompatibilidade do seu objetivo orientador na forma da antecipação de riscos com os interesses envolvidos nas relações contratuais.

Já no segundo capítulo, traçou-se um breve panorama histórico acerca do direito obrigacional para, a partir de sua releitura à luz dos valores constitucionais e da concepção da *obrigação como processo*, ressaltar o papel desempenhado pela boa-fé objetiva enquanto conformadora da autonomia privada e fonte de oxigenação de valores éticos aos modelos obrigacional e contratual. Desta forma, pode-se identificar uma íntima associação entre o *duty to mitigate the loss* e a boa-fé objetiva forjada pela doutrina brasileira e assim chancelada pela jurisprudência, fundada na enunciação de uma ordem de cooperação imposta pela tripartição dos deveres oriundos da função integrativa da boa-fé. Ao se considerar a obrigação em sua perspectiva funcional, o dever da parte de mitigar o próprio dano é transportado para dentro do objeto obrigacional, tornando-se defensável a caracterização de um ilícito contratual pela sua violação por qualquer uma das partes contratantes, na medida em que ele influi no objeto prestacional como um todo.

Por fim, reservou-se o terceiro capítulo para indicar a necessária superação da noção pejorativa da autotutela atrelada a um exercício arbitrário das próprias razões para que se possa

concebê-la de maneira limitada e controlada, como um meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos; resguardando-se a busca *a posteriori* pelo Estado-Juiz na hipótese de possível caracterização de abuso de direito pela parte que realizou a conduta mitigadora. Ultrapassada essa questão, forneceu-se um instrumento de autotutela contratual com função satisfativa na forma das contratações substitutiva para que se pudesse efetivar a função preventiva da responsabilidade civil, evidenciada no primeiro capítulo.

Atentando-se para os efeitos práticos de sua aplicação na seara contratual, fixou-se como campo de incidência em que a contratação substitutiva seria exigível como o inadimplemento antecipado na modalidade do inadimplemento anterior ao termo, mais precisamente na hipótese de manifestação expressa ou tácita do devedor de não querer adimplir, quando não convertida a mora em inadimplemento absoluto, somada a imputação da responsabilidade ao devedor em razão de ele ter agido com culpa na violação contratual.

Analisou-se as consequências decorrentes tanto do cumprimento do dever de mitigar com a (i) manutenção da indenização relativamente aos danos que, uma vez configurados, não puderam ser evitados pela parte, ainda que tenha ela realizado a conduta mitigadora; e a (ii) possibilidade de reembolso pelos valores empregados na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento, desde que eles se mostrem razoáveis e que possuam nexo causal com a lesão provocada pelo inadimplemento; quanto em função do descumprimento do dever de mitigar pela redução do *quantum* indenizatório (i) equivalente a perda que poderia ter sido evitada e, por conseguinte, a perda de possíveis lucros cessantes; e, também (ii) em razão dos ganhos obtidos com o emprego da contratação e que não seriam auferidos se não fosse o inadimplemento. Derradeiramente, identificou-se uma tímida abertura para a realização das contratações substitutivas promovida através do parágrafo único dos artigos 249 e 251 do Código Civil, limitada a casos excepcionais e urgentes, colhendo-se também a posição jurisprudencial acerca da temática, o que permitiu concluir pela utilização restrita e inconsciente do instrumento.

Dito isso, então, conclui-se que a atuação da responsabilidade civil no intuito de não só reparar o dano já ocorrido, mas também interessada na busca por uma atuação direcionada à proteção das pessoas contra o dano na forma do inadimplemento e não em função dele, apresenta-se plenamente coerente com a cláusula geral de promoção e tutela da pessoa humana considerada em sua concretude, instrumentalizando os valores e anseios consagrados pela Constituição de 1988 ao evitar a ocorrência do dano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora. 2004.
- ALMEIDA Costa, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 12ª ed. Coimbra: Almedina. 2009.
- ALVIM: Agostinho. Da inexecução das obrigações e as suas consequências. São Paulo: Saraiva. 1990.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz, ALVES, Jones Figeirêdo. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. Série grandes temas de direito privado, Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1981.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 750, p. 113-120, 1998, *apud* NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.
- BEATSON, Jack, FRIEDMAN, Daniel. *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon, 2001.
- BECKER, Anelise. Inadimplemento antecipado do contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 12, p. 77-78, 1994.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONGIORNO, Girolamo. *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*. Rivista trimestale di diritto e procedura civile. Milado: Giuffrè, anno XLII. 1998. p. 481, *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.
- CATALAN, Carlos. A confiança como fator de imputação do dever de reparar os danos contratuais. A morte da culpa na responsabilidade contratual, p 259-271. Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- CATALAN, Marcos Jorge. Considerações iniciais sobre a quebra antecipada do contrato e sua recepção pelo direito brasileiro. *Diritto & Diritti*, 2008.

_____. Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2005.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. Responsabilidade civil sem danos. Limites epistêmicos a responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, nº 74, 1994.

CICCO, Maria Cristina de. A pessoa e o mercado. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.), *Direito civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2008.

COMINO, Tomas Barros Martins. Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocado. 2015. 113 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

CRUZ, Gisela Sampaio da, A reparação dos lucros cessantes no direito brasileiro, 2008. 329 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

_____. O problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 24, 2006.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10ª Ed Revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*. In: DONNINI, Rogério & NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. 2009.

_____. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANNA, Rui Geraldo Camargo, NERY, Rosa Maria de Andrade (Organizadores). *Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. In: *Revista dos Tribunais*, v. 903, 903, 2011.

_____. O *Aggiornamento* do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 1/3, p. 14-40, 1999.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo, A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 35, jul/set de 2008.
- FRADERA, Véra Maria Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? RTDC, v. 19, jul/set. 2004.
- GABURRI, Fernando. Indenização de danos por atividades perigosas lícitas. 2008. 256 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.
- GALGANO, Francesco. *Il contratto*. 2ª. Ed. Cedam, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 5ª Ed. vol. 4. São Paulo: Saraiva. 2010.
- GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). Revista brasileira de direito constitucional – RBDC, n. 10 – jul./dez. 2007.
- HABERMAS, Jünger. Uma outra saída da filosofia do sujeito: Razão comunicativa *versus* Razão centrada no sujeito, In: O discurso filosófico da Modernidade, Lisboa: Don Quixote, 1988, p. 291. *apud* DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Investigando o argumento civil-constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 24, 2006.
- HERKENHOFF, Henrique. Responsabilidade pressuposta. In: Direito civil: direito existencial e direito patrimonial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belho Horizonte: Del Rey, 2005.
- KHOURI, Paulo R. Roque. A crise do inadimplemento, purgação da mora e conservação do contrato. Responsabilidade Civil e Inadimplemento do Direito Brasileiro, p. 207-218, Editora Atlas, 2014.
- KOURILSKY, Philippe e VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*, Paris, Editions Odile Jacob, 2000, p. 18, *apud* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros. 2014.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959.

- LEWICK, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Organizadora). Princípios do direito civil contemporâneo. 1ª Ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto et alii (Coordenador). A teoria do contrato e o novo código civil. Recife: Nossa Livraria, 2003 *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 105, 2010.
- _____. Princípio da precaução e responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. Comércio eletrônico. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Revista dos Tribunais, v. 93, p. 34-60, jun. 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (Organizador). São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Comentários ao novo Código civil, vol. V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. O direito privado “como um sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, nº 139. 1998.
- _____. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. In: COSTA, Judith Martins; FRADERA, Vera Jacob de (Organizadora). Estudos de Direito Privado e Processual Civil em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.
- _____. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, Revista Cidadania e Justiça, Ano 03, n. 6, Rio de Janeiro, AMB, 1999.
- MARTON, George. *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris: Recueil Sirey, 1938.
- MAZEAUD, Hénri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 2ª ed.t. 3. Paris: Montchristien. 1963.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. Vol. 1. Lisboa: Almedina, 1984.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à cláusula patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade, v. 29, 2006.

_____. O Princípio da Solidariedade. In: M. M. Peixinho; I. F. Guerra; F. Nascimento Filho. (Organizadores). Os Princípios da Constituição de 1988. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*, RTDC, v. 49, jan/mar 2012.

NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos. Novos paradigmas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Fundamentos para a interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva. 1994.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 1ª Ed. revista e ampliada. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Napoli, Jovene, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito civil. São Paulo: Borsoi. 1968.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20ª Ed. vol. 4 São Paulo: Saraiva, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A teoria crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Os Princípios Contratuais: Da Formação Liberal à Noção Contemporânea. In: Carmem Lucia Silveira Ramos. (Org.). Direito Civil-Constitucional: Situações Jurídicas Patrimoniais. Curitiba - PR: Juruá, 2002.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

SARLET, Ingo. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013.

SCHÜNEMMAN, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, *apud* BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, *Aggiornamento*, 2000. *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

_____. *Principes Fondamentaux de la Responsabilite Civile en Droit Bresilien et Compare*, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e Contramarchas da constitucionalização do Direito Civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. In: (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v.5, nº 1, 2012.

_____. O futuro da responsabilidade civil. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 24. Rio de Janeiro: Padma, 2005.

TERRA, Aline Valverde. Autonomia contratual: da estrutura à função. Arquivo Jurídico. Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí. Vol. 2. P. 85-102, 2015.

_____. Inadimplemento anterior ao termo. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. Cit. p. 135, *apud* SALLES, Raquel Bellini de Oliveira Salles. A autotutela pelo inadimplemento nas relações

contratuais. 2011. 243 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2011.

THIBIERGE, Catherine. *Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n° 3, jul./set. 1999.

TRONCOSO, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia Revista de Derecho Privado, n.º 18, 2010.

URCIUOLI, M. A. *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*. Napoli, 2000. *apud*. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

VARELA, João de Mattos Antunes. Das obrigações em geral. vol. 1. Coimbra: Almedina. 2000. p. 25 *apud* SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma. vol. 32. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2002.

VINEY, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil. In: Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade civil. 12ª Ed. v.4. São Paulo: Atlas. 2012.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WINKLER, Vanessa. O dever de mitigação de danos na Convenção das Nações Unidas para compra e venda internacional de mercadorias (CISG). Universidade Estadual do Rio de Janeiro. 2014.