

A NATUREZA DA INDENIZAÇÃO PREVENTIVA

THE NATURE OF PREVENTIVE DAMAGES

Nelson Rosenvald¹

Resumo: Nas extremas da responsabilidade civil localizamos hipóteses em que será justa a fixação de uma indenização, não por um dano propriamente dito e sim pela necessidade de restituição ao demandante do valor correspondente às despesas realizadas para impedir que um dano se consume. Em tais situações, cabe à doutrina explicitar se a função compensatória do direito de danos pode ser ampliada para fundamentar a referida indenização ou, se no plano funcional da responsabilidade civil será possível encontrar uma alternativa metodologicamente viável que alicerce a condenação do demandado à restituição dos gastos que alguém suportou como consequência de um ato ilícito.

Palavras-chave: responsabilidade civil, indenização preventiva, ilicitude, restituição de despesas

¹ Pós-Doutor em Direito Civil pela Universidade Roma-tre (IT); Pós-Doutor em Direito Societário pela Universidade de Coimbra (PO); Professor da Faculdade de Direito do IDP/DF (BR); Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais (BR). ORCID: 0000-0002-4123-0158; <http://lattes.cnpq.br/9825456802517927>; E-mail: nelson.rosenvald@me.com

Summary: In some cases of tort law, we find hypotheses in which it will be fair to set an indemnity, not for the damage itself, but for the need to reimburse the plaintiff the amount corresponding to the expenses incurred to prevent a harm. In such events, it is up to the doctrine to evaluate whether the compensatory function of tort law can be extended to justify the award or, if it is possible to achieve a viable methodologically alternative within the aims of non-contractual liability, that is able to support the redress of preventive expenses incurred by the plaintiff as a result of an unlawful act committed by the defendant.

Keywords: tort law, preventive damages, unlawfulness, restitution of expenses

Sumário: 1. Introdução; 2. Conclusões; 3. Bibliografia

1. Introdução

Desde há algum tempo que os estudiosos do direito civil questionam se nos confins da responsabilidade extracontratual há espaço para uma indenização apartada da função compensatória de danos, nas hipóteses em que não se manifesta um prejuízo propriamente dito, porém alguém realiza despesas com o objetivo de impedir que um dano alcance um interesse digno de tutela. Neste contexto, a doutrina necessita encontrar uma justificativa para a ampliação do conceito de dano ou, alternativamente, promover uma via metodologicamente sustentável, apta a fundamentar uma indenização que abarque gastos preventivos de danos consequentes à prática de um ato ilícito.

Em trabalho dedicado ao tema sob o viés da *English Private Law*, intitulado “Preventive damages” – indenização preventiva – Donal Nolan utiliza um exemplo para explorar o instigante assunto. O autor se socorre do caso do “incêndio na floresta de pinhos”: B negligentemente permite que o fogo que se iniciou em sua propriedade, alastre-se e fuja ao controle, ameaçando alcançar a propriedade vizinha de A e destruir a sua valiosa floresta de pinhos. Alertado do perigo, A contrata uma esquadra especializada de bombeiros que enfrentam as chamas no limite das duas propriedades e, com êxito,

impedem que o fogo entre em sua propriedade e cause prejuízos. Pelo fato de que o fogo jamais entrou na terra de A, B não cometeu um ilícito convencional – como o de *negligence* ou *nuisance*. Todavia, as despesas incorridas por A podem ser recuperadas em face de B?² Ou melhor, uma regra que permite a recuperação de despesas preventivas pode ser conciliada com as regras gerais da responsabilidade civil? E caso as despesas preventivas possam ser recuperadas, isto se dará a que título?

Talvez, o caminho seja desviar o foco da compensação pelos prejuízos causados pelo demandado e mirarmos para o ilícito sofrido pelo demandante, vislumbrando uma ampliação dos espaços da responsabilidade extracontratual na qual a indenização não servirá primordialmente para conter danos, porém para prevenir comportamentos antijurídicos, remover lucros ilícitos ou restituir despesas decorrentes de um fato contrário ao direito.

2. Primeira opção: A função preventiva da responsabilidade civil

O exemplo do incêndio na floresta não se relaciona a uma omissão ilícita pura e simples, mas um ilícito comissivo por omissão. Vale dizer, a própria omissão provocou o processo causal e o proprietário do solo de onde o fogo se alastra se abstém de adotar medidas necessárias para que a sua atividade não cause danos contribuindo para a situação de perigo. Neste evento, a causa adequada do resultado é justamente a omissão em si. A omissão não é apenas uma concausa para os danos. Via de consequência, as despesas preventivas se voltam face àquele que se absteve de adotar precauções necessárias para que a sua atividade não causasse danos.

Há uma natural tendência de se justificar a indenização ao proprietário do terreno contíguo com base na função preventiva da responsabilidade civil. Este é o caminho adotado pelas jurisdições da *common law*, onde ilícitos convencionais

² NOLAN, Donal. *Preventive damages*, p. 132. *Law Quarterly Review* 68-95. Exemplo extraído do caso *New Zealand Forest Products v O'Sullivan*, [1974] 2 N.Z.L.R. 80. O autor também ilustra com o exemplo com os custos incorridos pelo demandante em esforços razoáveis para evitar que raízes de uma árvore do demandante causassem danos estruturais ao seu prédio. O proprietário tem direito a reaver os custos com o reforço de sustentação do prédio para evitar danos. Ou então, se uma embarcação por negligência se arrasta para outra, e se é uma consequência natural que a outra embarcação seja obrigada a adotar uma medida que envolva em alguma despesa, a primeira embarcação será responsável pelo reembolso dos gastos.

demandam dano para que se convertam em *torts* e permitam a atuação da função compensatória da responsabilidade civil. A recíproca é admissível: alguns ilícitos como *trespass to land* ou *private nuisance* – ambas interferências desproporcionais sobre a fruição da propriedade alheia – dispensam a constatação do dano, pois a violação a esfera do demandante acarreta o ilícito de *per se*. Ocorre que no exemplo da floresta de pinhos não houve o ilícito de violação da propriedade e as despesas que razoavelmente foram antecipadas para evitar a iminência da intromissão ao direito alheio correspondem a uma espécie de extensão de uma *injunction*.³

Não por outra razão, o §919 do *Second Restatement of Torts* do American Law Institute dispõe que: “ao determinar se as despesas incorridas para evitar danos foram razoáveis, há de se observar a gravidade do dano iminente, o grau de probabilidade que ocorra e a provável despesa assumida pela pessoa ameaçada são elementos que devem ser considerados”

O mérito deste raciocínio consiste em uma admissão da funcionalização da responsabilidade civil: de modelo exclusivamente direcionado à contenção de danos para um mecanismo de contenção de comportamentos antijurídicos, desestimulando o agente à prática de ilícitos e, simultaneamente, reconhecendo o mérito da conduta daquele que mitiga o próprio dano mediante a antecipação de despesas. A compensação não é o único objetivo da *tort law*, o que aconselha um dinâmico balanceamento entre aquela e a função de desestímulo, cada vez mais considerada em uma noção mais ampla do impacto instrumental da responsabilidade civil. Em acréscimo, o recurso ao *preventive damages* seria menos oneroso do que à *preventive injunction*, enquanto aquelas estão disponíveis antes do dano ocorrer e demandam certo comportamento, a indenização preventiva é apenas concedida quando o autor se engaja em uma conduta que causa danos e tal como as injunções são concebidas para evitar futuras incursões em direitos protegidos.⁴

³ No tocante às injunções positivas (*mandatory injunction*) no direito inglês, constrange-se o demandado a praticar determinado comportamento. Por se tratar de uma *injunction* mais drástica em seus efeitos do que a “prohibitory injunction”, a concessão da ordem se dará com moderação, observando quatro requisitos: “the plaintiff must show a very Strong probability that grave damage will accrue to him in the future; damages will not be a sufficient or adequate remedy if some damage does accrue; the possible damage to the plaintiff must be balanced against the cost to the defendant of doing works to prevent its occurrence or lessen its likelihood; and the terms of the injunction must be stated clearly so that the defendant is made aware of precisely what he has to do”. OLIPHANT, Ken. *Basic questions of tort law from the perspective of England and the commonwealth*, in KOZIOL, Helmut (ed), *basic questions of tort law*, p. 373.

⁴ GREEN, Michael; CARDI, W. Jonathan. *Basic questions of tort law from the perspective of USA*, in KOZIOL, Helmut (ed), *basic questions of tort law*, p. 448.

Não teríamos dificuldade de lidar com esta ideia em uma acepção ampla da tutela preventiva, como um efeito colateral de qualquer indenização, haja vista que a ideia de desestímulo especial (ao autor do ilícito) e desestímulo geral (em face de potenciais agentes) perpassa qualquer condenação, mesmo aquelas puramente compensatórias, despidas de um acréscimo por *punitive/exemplary damages*.

Nada obstante, no sentido estrito da função preventiva, materializado pela tutela inibitória e de remoção do ilícito, a proteção se dirige, respectivamente, contra a probabilidade de ilícito e o ilícito praticado, pois a probabilidade de dano e o dano se encontram fora de seu nexo de imputação. O dano é requisito da tutela ressarcitória, seja na forma específica, seja pelo equivalente ao valor do dano.⁵ O desiderato de A no exemplo referido não foi o de impedir a prática ou a reiteração do ilícito de B, porém o de evitar o fato danoso temido, questão que não compõe o mérito de uma tutela genuinamente preventiva. Na realidade brasileira, enuncia o parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. Se este é o mérito da tutela genuinamente preventiva, não há espaço para a discussão respeitante às despesas realizadas pelo demandante para evitar ou mitigar o dano temido.⁶

Se a nossa opção consiste em recusar a natureza compensatória ou puramente inibitória do remédio da “indenização preventiva”, urge identificar uma resposta alternativa. A nosso viso, o modelo jurídico dos “preventive damages” se amolda a uma espécie de remédio restitutivo. Não se trata de uma pretensão voltada à compensação de um dano, porém de uma pretensão hábil a reintegrar o patrimônio do demandante ao estado pré-ilícito, em função de critérios objetivos que afirmam a razoabilidade das despesas realizadas pela violação de um direito diante da probabilidade de um dano, independentemente de sua constatação. Assumimos aqui um conceito ampliado do

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado, p. 504. São Paulo, 2017, Revista dos Tribunais.

⁶ Igualmente não se afeiçoa a um remédio restitutivo a situação em que o demandante pleiteia uma tutela inibitória do ilícito e, ao invés de ordenar que o próprio demandado atue (tutela específica), o juiz determina que o próprio demandante seja indenizado pelos custos estimados de despesa de prevenção (técnica de sub-rogação). Assim, se o demandado escava uma pista em uma encosta íngreme de sua propriedade, ameaçando a estabilidade do terreno vizinho e o magistrado determina que ao invés de obrigar o demandado a restaurar a situação anterior, antecipe o demandante as despesas preventivas, não estaremos diante de uma pretensão de restituição por despesas antecipadas.

princípio da reparação integral, que não se resume à transferência dos danos do patrimônio do ofensor ao do ofendido, mas sim o de reequilíbrio patrimonial entre as partes – em um âmbito de justiça corretiva – que também se dará pela via da restituição de ganhos obtidos pelo demandado com a prática do ilícito ou, ainda, com a restituição de despesas não por ele assumidas quando da intromissão em um direito alheio, incluindo-se aí os gastos que o demandante razoavelmente antecipou para evitar a referida intromissão.⁷

A nosso visto a indenização das despesas preventivas pelo incêndio na floresta é uma condenação pecuniária que atua como tutela restitutória do ilícito. O modelo da *common law* dos *preventive damages* abrange um conjunto de casos em que o escopo do demandante é o de recuperar despesas por ele realizadas para evitar que um ilícito convencional seja praticado pelo demandado.

Caso B seja condenado a restituir as despesas enfrentadas pelo proprietário A, como podemos definir o fundamento da referida indenização? Não se trata de um dano no conceito estrito da função compensatória, haja vista que a propriedade de A não foi consumida pelo fogo, sequer parcialmente. Todavia, houve uma lesão a um interesse patrimonial merecedor de tutela do demandante que lhe defere uma pretensão em face de B. Consequentemente, cabe invocar um remédio que transcenda à epiderme do dano e possa ser aplicado nos limites da responsabilidade civil.

Ainda no que diz respeito às interferências no direito de propriedade, especificamente no capítulo do direito de vizinhança o Código Civil, dispõe o art. 1283 que “As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido”. Assim, se as raízes da árvore de um vizinho ameaçam causar dano estrutural ao prédio vizinho, há a previsão de autotutela, independentemente de prejuízo ou nocividade para o vizinho, autorizando-se o proprietário invadido a atuar fundado no princípio da liberdade.⁸ Contudo, nada menciona o dispositivo sobre uma eventual pretensão a ser exercitada

⁷ De acordo com o *US Restatement, Second, Torts*, §919: “ao determinar se as despesas incorridas para evitar danos foram razoáveis, há de se observar a gravidade do dano iminente, o grau de probabilidade que ocorra e a provável despesa assumida pela pessoa ameaçada são elementos que devem ser considerados”

⁸ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 20 ed, p. 213. São Paulo, Editora Saraiva, 2018.

judicialmente, na qual o vizinho afetado pela intromissão postulará a restituição pelas despesas preventivas.

Na discussão sobre as despesas preventivas, para além das referências às opções adotadas pelas jurisdições da *common law* e Europa continental, cabe acrescentar o ingrediente brasileiro da excepcional “autotutela das obrigações de fazer”. De acordo com o art. 249 do Código Civil de 2002: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”. Em princípio, vislumbra-se imediata incidência do dispositivo na tutela preventiva do inadimplemento de obrigações com fonte contratual. Ilustramos a sua incidência, com a hipótese da contratação de uma firma para demolição de prédio em risco iminente de desabamento, que se abstém injustificadamente do cumprimento da obrigação de fazer. Poderá o próprio credor (proprietário do prédio) determinar que outra empresa pratique a conduta omitida, sem que, para tanto, seja necessária a obtenção da autorização judicial, como originariamente exigir-se-ia nessas hipóteses. Apenas a *posteriori* o credor demandará o ressarcimento pelos danos decorrentes do descumprimento e dos valores pagos para a execução do fato, convertendo-se a originária obrigação de fazer em obrigação de restituir o valor correspondente.

Para além do termo “credor” a hermenêutica do parágrafo único admite extensão ao campo do ilícito extracontratual, repercutindo nas situações de provável risco de dano para terceiros. Prosseguindo no mesmo exemplo, o vizinho ao prédio que ameaça cair também ostenta legitimidade para efetuar despesas preventivas diante da inação do proprietário vizinho em espontaneamente realizar as obras de contenção estruturais. O Código Civil presume a premência da realização de despesas preventivas perante a inação daquele sobre o qual deveriam recair tais gastos. Bem explica Paulo Lôbo que o devedor poderá provar em juízo que não houve a urgência e, portanto, descabe a obrigação de reembolsar as despesas preventivas.⁹ De qualquer forma o equívoco da redação consiste

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*, Saraiva, São Paulo, p. 117. atento aos fins sociais da norma, favorável ao credor, entende-se que a urgência para este é presumida, invertendo-se o ônus da prova para o devedor. Se ao credor fosse exigida a prova da urgência, para o ajuizamento do pedido de ressarcimento, estar-se-ia beneficiando o devedor com sua própria conduta, contrária ao direito”

no uso da palavra “ressarcido” ao invés de “restituído”, pois não se trata de tutela contra o dano, mas de indenização restitutória de despesas.

3. Segunda opção: A função compensatória da responsabilidade civil

Seria possível abandonar o viés preventivo da responsabilidade civil para compreendermos que a indenização preventiva se insere no interno da clássica função compensatória da responsabilidade civil?

Para facilitarmos o exame abandonaremos provisoriamente o exemplo do incêndio da floresta de pinhos, para abordarmos um evento em que a restituição de despesas preventivas não resultou de uma ilícita intromissão na propriedade de outrem, porém de interferência ilícita na esfera existencial da vítima, impondo-lhe um desembolso econômico na iminência de um provável dano. Com efeito, referenciamos situações envolvendo invasão na esfera de direitos da personalidade, sendo os gastos realizados para prevenir danos psicofísicos. Em 2006, a Suprema Corte da Noruega (*Høyesterett*) tratou de um precedente conhecido como “Damage to the gas”. Um acidente de trem na cidade de Lillestrøm gerou alto risco de que gás propano escapasse de dois vagões, fazendo com que, por vários dias, vários residentes nas imediações fossem forçados a evacuar suas residências e permanecer em hotéis situados em um perímetro seguro até que a situação voltasse ao controle. O Tribunal condenou a empresa ferroviária responsável pelo acidente (NSB – *Norge statsbaner*) a indenizar os demandantes pela recuperação dos custos de acomodação temporária.¹⁰ Nada obstante, na ausência de uma base legislativa para a indenização preventiva, os magistrados se serviram da lógica compensatória de danos, tendo em vista que na perspectiva europeia nada remete as despesas preventivas ao campo da tutela restitutória.

No DCFR – Projeto de Código Europeu do Direito das Obrigações – há, no Livro VI (responsabilidade extracontratual), o dispositivo 6:302, com o seguinte teor: “Responsabilidade por perdas na prevenção de danos: aquele que tenha incorrido em despesas razoáveis para prevenir um dano iminente, ou para limitar a extensão ou

¹⁰ Julgado extraído do livro *Digest of European tort law - Essential cases on damage*, editado por Benedict Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann, p. 1060.

severidade do dano sofrido tem o direito de compensação em face da pessoa que seria responsável pela causação do dano”. Na mesma linha, o PETL – *Principles of European tort law* (art. 2104) se refere aos “gastos preventivos” e expõe que “Os gastos realizados para evitar um dano que ameaça se produzir constituem um dano ressarcível, na medida em que sejam razoáveis”¹¹

Em comum às duas referidas fontes europeias, o que se infere é que o perigo, por si, cria uma compensação de danos quando o risco é substancial. Assim, as despesas antecipadas para objetivamente enfrentar um dano iminente (sejam elas custos financeiros ou trabalho humano) são normativamente consideradas como uma espécie de dano. Adota-se então uma perspectiva do dano abstrato – ou dano normativo –, pela qual o “direito de danos” extrapola a função compensatória, sempre que as medidas preventivas sejam aquelas que razoavelmente poderiam evitar os danos.¹²

A perspectiva de adoção de um dano abstrato/normativo se identifica com os sistemas jurídicos que radicam da matriz francesa, e que possuem um conceito objetivo de culpa – que se confunde com a ilicitude e onde há um conceito jurídico de dano maleável.¹³ Nesses sistemas, não existe uma lista fechada de interesses protegidos e qualquer lesão a um interesse lícito pode ser o ponto de partida para uma ação de responsabilidade extracontratual. Por outro lado, nesses sistemas, não existem abordagens muito claras em relação à indenização do chamado dano abstrato e, além disso, o amplo reconhecimento da compensabilidade do dano moral adiciona novas doses de flexibilidade. O projeto de reforma do Código Civil Francês dispõe em seu Art. 1344 que

¹¹ A indenização de despesas preventivas surge com certa frequência nos sistemas europeus continentais. O art.249 do Código Civil Alemão tem sido interpretado de forma a permitir a recuperação dos custos incorridos na prevenção de um dano iminente, se a compensação em si fosse recuperável caso o dano fosse produzido. “Section 249: Nature and extent of damages

(1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred”. No mesmo sentido, o art.419 do Código Civil da República Tcheca declara que: “Uma pessoa que evite ameaça de danos tem direito à compensação das despesas úteis e danos até então sofridos”.

¹² Nos comentários aos *Principles of European Tort Law*, Ulrich Magnus enfatiza que o art. 2.104 cobre uma subcategoria de dano ressarcível, também sendo aplicável para indenizar os gastos preventivos se o dano não ocorre em razão das precauções ou o se o risco de dano não se materializou, pois em retrospectiva se revela que as precauções adotadas eram desnecessárias. Sem embargo, deve-se avaliar este caso de forma meticulosa, em uma perspectiva *ex ante*, se as precauções tomadas e os gastos realizados se adequam a um standard de razoabilidade. In: *Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil*, p. 69.

¹³ Nesta linha se situa o Código Civil da Holanda: Artigo 6:96 Dano Material: “1. O dano material inclui as perdas sofridas bem como os lucros cessantes. 2. As seguintes indenizações também se qualificam para compensação como dano material: A. Custos razoáveis para prevenir ou limitar o dano que seria esperado como resultado de um evento que torna alguém responsável”.

“Os gastos incorridos para evitar a ocorrência iminente de danos ou para prevenir o seu agravamento, assim como para reduzir as suas consequências, constituem uma perda reparável, desde que tenham sido incorridos de forma razoável”.

No Código Civil brasileiro não seria censurável se alcançar idêntica conclusão. Embora não tenhamos dispositivos que individualizem a indenização preventiva, a porosidade dos conceitos de ilicitude e dano é extraída da leitura do art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tal ductilidade, em princípio, conferiria ao aplicador da norma a confiança de possuir um bom instrumento para a solução de casos problemáticos. De fato, nada impede teoricamente que se considere que a violação de um direito alheio propicie uma indenização por danos cuja explicação em última instância não exista. Porém, elevar uma situação de perigo de dano à condição de elemento deflagrador de uma compensação implica em converter em dano aquilo que não é um dano, porém uma violação de um direito.

4. Em busca de uma terceira via

A terceira via consiste em uma discussão remedial, ampliando as consequências de um ato ilícito, para transcender a epiderme do dano e encontrar outros efeitos antijurídicos como a obtenção de um lucro indevido pelo agente, alternativamente, uma economia de despesas ou, naquilo que nos interessa neste ensaio, uma realização de despesas pelo demandante decorrente da violação de um direito por parte do demandado

Para evitar uma ainda maior flexibilização do sistema de responsabilidade civil, com reflexos sobre a segurança jurídica, a atitude correta do ordenamento jurídico consiste em propor medidas que não apenas coloquem ao alcance das mãos do demandante remédios que sirvam para reparar os danos causados como, coordenadamente, também coloquem a seu dispor remédios que sirvam para restituir-lhe o valor das despesas realizadas pela prática de um ilícito ou, por vezes aquilo que foi usurpado injustamente pelo demandado. O direito à restituição independe do sucesso das medidas profiláticas adotadas pelo demandante, sendo suficiente que as despesas tenham

sido razoáveis naquele contexto. Assim, baldados os esforços do demandante e o desembolso preventivo, se os danos sobrevieram de qualquer maneira, acreditamos que aquele poderá cumular a restituição de despesas com a indenização por danos, afinal, “tort must not pay”.

Se não nos propusermos a adaptar a responsabilidade civil a estes diferentes cenários podemos simplesmente adotar o pragmatismo do art. 5.176 do *Avant-projet de réforme du droit des obligations* da Bélgica: Custos de medidas de prevenção: “O custo das medidas urgentes e razoáveis tomadas para evitar a ocorrência de um dano iminente ou para prevenir um dano maior, correrá a cargo da pessoa responsável ou da pessoa que havia sido responsável se o dano houvera ocorrido”. Defere-se uma indenização ao demandante, sem que se especifique a sua natureza, algo que não condiz com o desafio do jurista de justificar a adoção de uma nova regra de forma coerente às demais regras e princípios que iluminam a matéria.

Enfatizamos as pragmáticas soluções remediais adotadas prevalentemente pela Inglaterra e Estados Unidos, pois as ideologias, filosófica e política que formaram as bases jurídicas da família anglo-saxônica colocam o indivíduo como importante agente de transformação social, em sentido contrário à ainda imponente distinção entre público e privado, sempre pronunciada na família romano-germânica. A abertura das jurisdições da *common law* para evolução social pode explicar a criatividade de suas soluções jurídicas. A sua proximidade ao cotidiano, metodologia e sistema de fontes é mais propícia à dinâmica da globalização, como percebemos nos contratos internacionais e na arbitragem transnacional. Daí a importância do “private enforcement” também no âmbito da responsabilidade civil, remetendo-se remédios privados para a esfera de decisão dos particulares afetados por um ilícito, ao invés do socorro a sanções administrativas e penais sob a justificativa de que o direito privado reduz o seu campo de atuação ao “direito de danos”.¹⁴ O *private enforcement* passa, então, a ser visto como um mecanismo que

¹⁴ Como bem coloca Henrique Souza Antunes, “em um tempo em que ações danosas possuem repercussão global, a exposição a práticas ilegais e a necessidade de prevenção geral e especial a comportamentos repreensíveis é um caminho mais adequado a ser percorrido pela própria vítima, chamada a exercer uma importante função social. Considerar o direito por uma perspectiva transnacional significa rever o alcance da soberania, adaptando-se a dispersa natureza geográfica dos interesses envolvidos e também a essência individual dos danos causados”. In: *Comentários ao Código Civil – Direito das obrigações*, p. 185.

garante não só a compensação dos lesados, como também um aumento da eficácia das normas.¹⁵

4.1 O enriquecimento injustificado

Relativamente à natureza das despesas efetuadas para evitar danos, há doutrinadores que adotam perspectiva diversa no vasto campo do direito das obrigações. Robert Stevens¹⁶ comenta caso em que uma construção se coloca na proximidade aos limites do prédio vizinho, sendo que o proprietário deste descobre um grave defeito na construção, cujo desabamento (total ou parcial) ameaça causar danos aos moradores e à propriedade, bem como aos que circulam pela estrada vizinha. Caso o vizinho, ciente dos defeitos de construção, realize despesas para evitar o colapso, acaba por evitar que o construtor negligente seja responsabilizado por terceiros. A justificativa, segundo o doutrinador, não se encontra na responsabilidade civil, porém no enriquecimento injustificado do construtor negligente, beneficiado pela atuação do vizinho ao se exonerar do risco de processos de responsabilidade civil. A condenação será restringida ao montante mínimo necessário para restaurar a habitação vizinha em iminente ruína, em uma condição em que não mais represente risco para o vizinho ou terceiros.

Da mesma forma que não conseguimos racionalizar o fundamento das despesas preventivas nas funções compensatória e preventiva da responsabilidade civil, nem por isso julgamos adequado sair da esfera da responsabilidade extracontratual para respaldar a indenização preventiva na seara do enriquecimento injustificado. A principal resistência à tese do enriquecimento injustificado advém da compreensão do vocábulo “injustificado”. O reembolso de despesas preventivas se justifica na prática de um ilícito. Apesar da ausência de um dano atual contra uma pessoa ou um bem (o que em tese remeteria o demandante ao setor do enriquecimento sem causa), os custos com medidas preventivas, representam uma perda que inevitavelmente resultou do esforço de evitar ou mitigar a materialização de danos decorrentes da interferência indevida na esfera jurídica daquele que realizou as despesas. O demandante deve colocar a pretensão de indenização preventiva no interno da responsabilidade civil, pois atuou no sentido de excluir o

¹⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. *Da responsabilidade civil por violação de normas da concorrência ao novo regime do private enforcement da concorrência: disrupção ou continuidade em relação ao modelo delitual português?* In Revista IBERC, v. 2, n. 2 (2019).

¹⁶ STEVENS, Robert. *Torts and rights*, p. 31.

demandado de uma violação sobre a sua órbita patrimonial (como reflexo de seu direito de usar e fruir) ou existencial (como reflexo da intangibilidade dos atributos pessoais).

Originariamente no direito francês - tal como sucede no direito brasileiro - a “causa” se configurou como elemento essencial do contrato. A ausência de causa no contrato supunha a sua nulidade, pelo que não era necessário recorrer ao sistema originário do direito romano das *condictiones* para obter a restituição de um deslocamento patrimonial produzido, tal como sucede no direito alemão.¹⁷ Isto fez com que o enriquecimento injustificado seja considerado nos países de tradição francesa uma ação de caráter subsidiário com importância residual, um modo de fechamento do sistema, podendo ser exercitada quando o empobrecido não disponha de outra ação que lhe permita obter a restituição. Em contrapartida, nos países de tradição germanista, o enriquecimento injustificado foi dotado de um regime geral a partir de sua configuração como fonte de obrigações. Precursor de uma regulação geral desta figura, o BGB contempla o enriquecimento injustificado como um remédio que permite reduzir o desequilíbrio produzido como consequência de uma transferência patrimonial em um sistema de deslocamento da propriedade com abstração da causa.¹⁸

¹⁷ GIL, Laura Zumaquero. *El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo*, Dret Revista para el Análisis del Derecho. Abril, 2017, p. 7/8. A influência romana chega aos distintos ordenamentos europeus, de maneira bem distinta nos países germânicos e nos países de origem latina, apesar da generalização que sofre a figura do enriquecimento injustificado no direito comum, onde aparece como única ação para a repetição de tudo aquilo que tenha sido pago sem causa. Este processo de pré-codificação culmina no século XIX com os trabalhos da pandectística da Alemanha, que elabora toda uma doutrina geral do enriquecimento injustificado, identificando os elementos que em todos os casos teriam em comum e seus efeitos. A partir de então, cada um dos países recepcionou a figura de maneira diferente, em atenção, basicamente, a que os seus ordenamentos seguissem um sistema causalista ou um sistema de abstração da causa. Nos países regidos pela abstração da causa houve a transcrição das *condictiones* romanas e a sua configuração como fonte de obrigações; enquanto que no caso dos países receptores do sistema causalista se regulou a figura a partir das regras dos quase-contratos, sem que se elaborassem normas próprias do enriquecimento injustificado

¹⁸ A teoria do enriquecimento injustificado apresenta uma importância vital no direito alemão devido à falta de regulação por parte do legislador da causa como elemento constitutivo de uma obrigação, devendo suprir-se a nulidade por falta de causa com a ação de enriquecimento, pois a lei deixa que se produzam os efeitos de um ato jurídico ainda quando não sejam conforme a verdadeira situação que tenha existido entre as partes, o que obriga a idear um mecanismo de restabelecimento dos patrimônios produzidos pelas atribuições carentes de causa o fundamento. Como bem coloca Pedro del Olmo Garcia: “Es muy conocida la idea de que el Derecho de enriquecimiento injustificado no puede tener el mismo significado en Derecho alemán, en el que la propiedad se transmite de forma abstracta y es el enriquecimiento injustificado el que tiene la función de corregir algunos excesos que provoca ese tipo de transmisión, que en los Derechos en los que la transmisión de la propiedad es causal y en los que muchas veces se solucionan los problemas en el nivel de los derechos reales y en el de los contratos, sin tener que recurrir necesariamente a acciones derivadas del enriquecimiento injustificado. En estos últimos, pues, el Derecho del enriquecimiento injustificado tiene una dimensión mucho menor que en los primeros. Su tarea ya no es necesaria o bien ha sido trasvasada al funcionamiento del Derecho de los contratos”. In Introdução a obra: ROSENVALD, Nelson *A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo*, p. 10.

4.2 Nosso posicionamento: A indenização preventiva como remédio restitutório na responsabilidade civil

A nossa posição quanto às despesas preventivas assumidas pelo demandante tem como premissa a noção de que a justiça corretiva transcende a tarefa de compensar danos, exigindo por vezes um trabalho mais amplo, consistente na reintegração do patrimônio da vítima ao estado pré-ilícito. Isto ocorre quando danos não são identificados, mas o comportamento antijurídico acarreta lucros indevidos ao infrator, ou ele se beneficia de uma economia de despesas, ou mesmo, a necessidade de se repelir um dano iminente impõe a realização de despesas preventivas por parte daquele exposto a uma lesão econômica e/ou a sua integridade psicofísica.

O importante é que exista um critério objetivo que afirme a razoabilidade das despesas realizadas, solução esta alcançada pelo Código Civil da Eslováquia no § 419: “Qualquer pessoa que tenha custeado o dano iminente terá direito ao reembolso dos custos incorridos razoavelmente e a os danos que tenha sofrido, inclusive contra a pessoa em cujo interesse tenha atuado, em particular e na medida em que se evitou o dano”. O dispositivo corretamente aparta a função restitutória da responsabilidade civil (reembolso dos custos) da cumulação com a compensação dos eventuais danos sofridos, deixando claro que a restituição independe do sucesso das medidas profiláticas.

É certo que não podemos generalizar, a ponto de afirmar que todo o custo de prevenir interferências danosas em face da pessoa ou propriedade do demandante se conecta a um remédio restitutório. Excluímos, *prima facie*, aqueles casos em que as despesas enfrentadas pelo demandante concernem à mitigação de danos posteriores à ocorrência do fato lesivo, a fim de evitar que as lesões iniciais se agravem (v.g. gastos com procedimento cirúrgico para atenuar as consequências de uma agressão física). Aquilo que se nomeia como *mitigation damages*¹⁹ não nos interessa, haja vista que opera em um contexto posterior à violação de um interesse patrimonial ou existencial do

¹⁹ Medidas que reduzam a probabilidade de um acidente em geral, são medidas de cuidado “care measures”. Elas não são compensáveis pois implicam apenas em transferência de dinheiro, sem reduzir o total dos custos de acidentes. Medidas que reduzem o montante das perdas podem ser, simultaneamente, medidas de cuidado ou medidas mitigatórias “mitigation measures”. Se elas se limitam ao montante das perdas ao tempo do acidente, são tidas como medidas de cuidado incompensáveis, como as de utilizar cinto de segurança ou ter airbag instalado. Medidas que limitam o montante das perdas após as perdas iniciais terem sido materializadas, como utilizar extintor de incêndio depois do acidente, são medidas mitigatórias que devem ser compensadas pois reduziram o custo total do acidente. In: *Tort damages*. Louis Visscher, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) *Working Paper Series* No. 2008/02, p. 18.

demandado no qual o ofensor terá que arcar não apenas com as perdas, mas também com os custos de mitigação.

Reconhecemos a importância de regras redigidas de forma a apartar os remédios restitutivo e compensatório no setor da responsabilidade civil. Nada obstante, cremos que a melhor alternativa é sistêmica. Com efeito, para instalarmos a indenização preventiva como remédio autônomo na responsabilidade civil não basta apartarmos esse modelo jurídico das alternativas das respostas compensatória (pelo recurso ao dano abstrato) ou preventiva (como uma variação da tutela inibitória). É necessário encontrar um apoio legislativo e isto somente será possível mediante uma ressignificação do princípio da *reparação integral*. Requer-se uma funcionalização do conceito de indenização, no sentido de que possa atender da melhor forma a dimensão relacional que inspira o princípio da reparação integral. O objetivo de “reconstituição” hipotética das partes ao estado anterior ao ilícito demanda uma análise bilateral, que, para além do ofensor, compreenda a posição do agente.²⁰ Na medida em que o ofensor obteve um lucro ilícito, economizou despesas com a violação de uma certa posição jurídica, ou então o demandante incorreu em despesas que não assumiria se não houvesse o ilícito, naturalmente a “melhor indenização” terá que incluir dentre os seus critérios alternativos a restituição de gastos ou o resgate de benefícios econômicos, sob pena de violentarmos a justiça corretiva que anima a *restitutio in integro*. Seja o foco nas perdas como nas despesas preventivas, a restauração da situação existente encontra acolhimento na dimensão relacional da obrigação de indenizar, restrita à bilateralidade das razões correlatas às partes.

A essência da filosofia Aristotélica se traduz na necessidade de restauração do equilíbrio em uma relação comprometida uma ação injusta. As duas partes, em suas perdas e ganhos são conectadas pelo conceito de *synallagma*, e ofensor e ofendido formam uma relação jurídica decorrente do ilícito, da qual todos os demais membros da sociedade estão excluídos, pois em razão de uma injustiça, apenas o ofendido tem um vínculo com os lucros do infrator. Todavia, até os tempos atuais mantemos uma perspectiva unilateral do problema, pois a justiça corretiva foi examinada por uma

²⁰ Neste sentido, o Artigo 562.º do Código Civil de Portugal: “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

perspectiva Tomística, centrada na neutralização de perdas em detrimento da abordagem Aristotélica.

A vertente instrumentalista da responsabilidade civil se enriquece se virarmos o foco do dano para o ilícito e o associarmos aos remédios. Os remédios da responsabilidade civil são o resultado de um balanceamento de interesses em ambos os lados e não apenas uma resposta reflexa a um negativo rumo dos acontecimentos. Destarte, ampliando a acepção das ações indenizatórias, agora como condenações pecuniárias a obrigações extracontratuais que perfaçam a finalidade de recomposição do sinalagma entre demandante e demandado, poderemos enfrentar o fenômeno da ilicitude por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação anterior ao ilícito por meio do remédio da fixação de um preço razoável ou pela restituição das despesas assumidos pelo demandante diante da intervenção inconstitida em sua esfera patrimonial ou existencial; c) restituição do demandado à situação anterior ao ganho ilícito por meio da remoção dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante.

5. Conclusão

A responsabilidade civil clássica não reconhece uma pretensão de indenização preventiva. Primeiro, pelo fato de a prevenção não ser considerada como o único objetivo da responsabilidade civil, mas apenas como um subproduto da compensação de danos, este sim o objetivo primordial da responsabilidade extracontratual.

Contudo, já não podemos aceitar que a compensação seja o único objetivo da responsabilidade civil, pois se assim o fosse uma pessoa lesada poderia obter uma reparação em face do primeiro “deep pocket” que surgisse. Sabemos que não é assim. Muito pelo contrário o padrão é que as vítimas suportem as suas perdas e ocasionalmente consigam transferir seus danos a um culpado, um responsável (no caso da teoria objetiva), ou um terceiro, legal ou contratualmente vinculado ao causador do dano.

Creemos que a ideia de justiça corretiva como uma análise da relação bilateral entre vítima e infrator, dá ensejo a uma ampla função reconstitutiva da responsabilidade

civil na qual o papel da indenização não será a de restituir as partes à situação prévia ao dano, senão restitui-las à situação pré-ilícito. Por vezes, isto não sucederá como uma condenação baseada nas perdas consequenciais ao dano, mas com a restituição de ganhos ilícitos do ofensor, por vezes pelo pago de um preço de mercado pelo desfrute de um ativo de outra e, excepcionalmente, pela indenização por despesas preventivas realizadas para que os danos fossem evitados ou, ao menos, mitigados.