

**RESSARCIBILIDADE DE DESPESAS PREVENTIVAS OU MITIGATÓRIAS DO DANO:  
REFLEXÕES A PARTIR DO DIREITO COMPARADO**

*RECOVERY OF PREVENTIVE EXPENSES OR EXPENSES INCURRED IN MITIGATION THE  
LOSS: REFLECTIONS FROM COMPARATIVE LAW*

**Marcelo L. F. de Macedo Bürger**<sup>1</sup>

**RESUMO:** Partindo da constatação de um verdadeiro renascer da prevenção no campo da responsabilidade civil brasileira, bem assim da carência de instrumentos que permitam concretizar tal função, o texto busca responder, por meio do direito comparado, como outras jurisdições trabalham especificamente com a ressarcibilidade das despesas preventivas despendidas pela vítima para evitar ou mitigar os danos. Para tanto, analisa decisões de oito jurisdições europeias, bem assim dois projetos de unificação do direito europeu que abordaram o tema das despesas preventivas, concluindo, ao final, que o ressarcimento de tais despesas é amplamente admitido e pode ser feito por meio da responsabilidade civil.

**ABSTRACT:** Based on the revival of prevention in the field of Brazilian civil liability, as well as the lack of instruments to fulfil this function, the text seeks to answer, through comparative law, how other jurisdictions work specifically with the recovery of preventive expenses, spent by the victim to prevent or mitigate the damage. To this end, it analyses decisions of eight European jurisdictions, as well as two projects for the unification of European Law that dealt with the issue of preventive expenses, concluding that compensation for such expenses is widely accepted and can be done through civil liability.

**Palavras-chave:** Prevenção. Despesas preventivas. Direito comparado.

**Keywords:** Prevention. Preventive expenses. Comparative law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Premissas metodológicas quanto ao direito comparado. 3. Ressarcimento pelas despesas preventivas no direito europeu: perspectivas a partir da jurisdição interna (*case law*). 3.1. Alemanha. 3.2. Áustria. 3.3. Suíça. 3.4. Bélgica. 3.5. Países Baixos. 3.6. Portugal. 3.7. Inglaterra. 3.8. Escócia. 4. As regras sobre o ressarcimento de despesas preventivas em projetos de uniformização do direito europeu. 5. Conclusão. Referências.

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Professor de Direito Civil no Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba; Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional Virada de Copérnico (PPGD/UFPR); Presidente da Comissão Nacional de Relações Acadêmicas do IBDFAM; Membro do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil – IBERC.

## 1. INTRODUÇÃO

“Quem sabe faz a hora, não espera acontecer”. É com este verso de Geraldo Vandré, fruto de uma mente aguçada guiada por um coração altruísta, que Nelson Rosenvald abre o capítulo intitulado “a prevenção como princípio” em sua já consagrada obra *As Funções da Responsabilidade Civil*<sup>2</sup>.

A prevenção não é novidade no campo da responsabilidade civil brasileira, afinal já era considerada como seu fundamento por Aguiar Dias<sup>3</sup> em 1944. Embora o tema tenha sido quase esquecido na segunda metade do século XX, hoje a responsabilidade civil observa um verdadeiro renascer da prevenção, seja em razão da superação do paradigma exclusivamente ressarcitório, seja pela compreensão de que nem sempre é possível, além de economicamente indesejável, ressarcir um dano quando seria possível evitá-lo. Em que pese o reconhecimento da função, a responsabilidade civil brasileira carece ainda de instrumentos que a permitam dar concreção a esta dimensão preventiva.

É nesta perspectiva que o tema das despesas preventivas, aqui tomadas como os valores despendidos para evitar um dano iminente ou mitigar seus resultados, passa a receber maior atenção da doutrina nacional<sup>4</sup>, mesmo diante do vazio normativo quanto a instrumentos que permitam a concreção da função preventiva no direito brasileiro. Seriam elas suficientes a cumprir a missão de evitar ou ao menos mitigar danos? Ainda que cumpram a função, poderia a vítima da conduta lesiva que realizou tais despesas exigir seu ressarcimento pelo causador do dano? Em caso positivo, seria por meio da estrutura da responsabilidade civil?

São questões como estas que terão de ser enfrentadas pelo jurista brasileiro ao (re)incorporar a função preventiva à responsabilidade civil. Mas nem por isso precisará construir suas respostas a partir do vazio, mormente quando pode se valer do direito comparado para compreender como outros sistemas jurídicos tratam a questão das despesas preventivas. Ou, mais especificamente, perquirir se outros sistemas admitem a ressarcibilidade de tais despesas e, em caso positivo, por meio de qual categoria jurídica. É esta a proposta do presente texto: pesquisar no direito comparado como se dá a admissão e instrumentalização das despesas preventivas.

Para tanto, o primeiro capítulo traçará os pressupostos metodológicos da comparação que se pretende levar a efeito, prestando contas ao leitor tanto dos caminhos tomados como dos critérios de escolha do material objeto da comparação. O segundo capítulo

---

<sup>2</sup> ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96.

<sup>3</sup> AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120. A primeira edição da obra data de 1944.

<sup>4</sup> Por todos, remete-se a: VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

apresentará como o direito jurisdicional (*case law*) tratou as despesas preventivas no direito europeu a partir de decisões oriundas de oito jurisdições nacionais. Por fim, o terceiro capítulo apresentará a forma como os projetos de unificação do direito europeu, especificamente os Princípios Europeus de Responsabilidade Civil e o Projeto de Quadro Comum de Referência regulamentaram a questão.

## 2. PREMISSAS METODOLÓGICAS QUANTO AO DIREITO COMPARADO

Apresentado o objetivo da pesquisa de buscar as respostas dadas por outros ordenamentos jurídicos para a ressarcibilidade das despesas preventivas, o primeiro múnus a ser arrostado é o de se afastar desde logo do tentador, posto que fácil, mas descompromissado caminho de tomar a o direito comparado como o simples cotejo entre o direito positivo de diferentes países, importando institutos e figuras de outros países sem as necessárias adaptações. Tal agir acarreta equívocos que posteriormente acabam entregando ao jurista mais dificuldades que esclarecimentos.

Tome-se por exemplo a “importação” da guarda compartilhada no Brasil, que embora tenha incorporado ao nosso sistema figura jurídica desenvolvida em outros países, não se atentou das complexidades que decorreriam das peculiaridades de cada sistema jurídico. No específico caso da guarda compartilhada, sua instituição em países como a Inglaterra e a França se justifica pois quando do rompimento do vínculo conjugal, é dado ao juiz atribuir a apenas *um* dos pais<sup>5</sup>, com exclusividade, o exercício da autoridade parental sobre os filhos. Assim, nestes ordenamentos serve a guarda compartilhada para equiparar tal exercício. O direito brasileiro, porém, não admite a cisão nem mesmo do exercício da autoridade familiar<sup>6</sup> (art. 1.634, Código Civil), o que trouxe enormes dificuldades à doutrina para elucidar qual o conteúdo desta figura no direito brasileiro, chegando a receber o rótulo de “instituto vazio, inútil e perigoso”<sup>7</sup>.

Justamente para evitar tais anacronismos quando da leitura do direito estrangeiro, a pesquisa jurídica que pretenda realizar a comparação entre sistemas jurídicos não pode limitar-se a cotejar enunciados normativos, seja pela necessidade de sua interpretação sistemática seja por somente revelar uma das faces do direito, notadamente o direito positivo, que nem sempre corresponde àquele efetivamente aplicado (*case law*): o jurista alemão que proceder a leitura do Código Civil brasileiro poderia afirmar, com convicção, que os bens adquiridos onerosamente por

---

<sup>5</sup> Assim dispõe o artigo 373-1-2 do Código Civil dos franceses: de acordo com o melhor interesse da criança, o juiz poderá conferir o exercício da autoridade parental a um ou a ambos os pais” (tradução livre de “Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents”).

<sup>6</sup> Código Civil brasileiro, artigo 1.634: compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos.

<sup>7</sup> SIMÃO, José Fernando. Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso. *Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, a. 1, n. 1, ago. 2016.

pessoas que se casaram após os 70 anos de idade são todos bens particulares, posto que o artigo 1.641 lhes impõem o regime da separação de bens. Ainda que apenas repise o direito positivo, a afirmação estaria equivocada, pois ignora a existência da súmula 377 do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>, amplamente aplicada pela jurisprudência, que torna tais bens comunicáveis entre os cônjuges.

A comparação, portanto, não pode se restringir aos enunciados de direito positivo, pois, como adverte Pierre Legrand, “o passo mais importante que o comparatista deve dar a esse respeito é o de rejeitar o ponto de vista positivista e hipomnésico segundo o qual a ideia de ‘Direito’ estaria limitada somente aos textos que são normativamente imperativos”<sup>9</sup>, visão compartilhada por André Luiz Arnt Ramos, para quem “ao contrário do que sugerem os diversos capítulos de trabalhos dedicados ao ‘direito comparado’, a mirada do estudioso deve buscar não a expressão formal dos textos normativos cotejados, mas a realidade concreta na qual seu conteúdo normativo se faz valer”<sup>10</sup>. Para tanto, cumpre ao comparatista, de acordo com o desiderato por ele perseguido, valer-se também de fontes que revelam o direito enquanto realidade complexa, sobretudo a doutrina, a quem compete “explicar o direito positivado, esclarecendo o significado dos textos”<sup>11</sup>, e a jurisprudência, responsável pela concreção do direito positivo por meio da solução de casos concretos.

Ciente de tais perigos, emerge a dúvida de como levar a efeito a pesquisa em direito comparado, pois além dos riscos já destacados, existe ainda uma pluralidade tanto de objetivos quanto de metodologias de direito comparado.

Em breve reconstrução histórica sobre a disciplina, Rodolfo Sacco narra que desde a metade do século XIX e por longo tempo, o objetivo do direito comparado era o de colocar em evidência os pontos comuns ou ao menos pontos de contato entre os diferentes ordenamentos jurídicos, buscando assim uma base unitária à “vida jurídica universal”. Em que pese essa busca pelo núcleo comum do direito ser ainda hoje legítima<sup>12</sup>, eleger os pontos comuns como objeto de estudo do direito comparado não resiste às críticas de Pierre Legrand. Partindo da premissa de que a comparação pressupõe a alteridade no reconhecimento do outro direito, como algo diferente do direito nacional, o jurista “necessariamente inscreve o estudo do Direito estrangeiro numa perspectiva diferencial, isto é, sua pesquisa se articula, inevitavelmente, em torno da diferença entre os direitos”<sup>13</sup>, de modo que o elemento cerne da comparação invariavelmente

---

<sup>8</sup> STF, Súmula nº 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

<sup>9</sup> LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 64.

<sup>10</sup> RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 30.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 14.

<sup>12</sup> SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

<sup>13</sup> LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Concorrente, 2018, p. 49.

será as distinções, não as semelhanças entre os sistemas. Se de um lado tais objetivos não parecem excludentes entre si, de outro pouco contribuem para o objetivo da presente pesquisa, nomeadamente de analisar se e como outros ordenamentos solucionam a ressarcibilidade das despesas preventivas.

A partir do encerramento dos conflitos que dividiram a Europa durante a primeira guerra mundial, o interesse dos comparatistas muda de foco, atraídos pelo recém (re)despertado ideal de unificação do direito<sup>14</sup>, objetivo que continua vivo e latente principalmente na espacialidade da Comunidade Europeia, em que foram empreendidos diversos projetos de unificação do direito privado, a exemplo dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PDEC), Princípios UNIDROIT e mais recentemente o DCFR - *Draft Common Frame of Reference* (Projeto de Quadro Comum de Referência), todos caracterizados pela ausência de pretensão (ao menos declarada) de alçar um *status* legislativo de norma cogente, mas de atuar como *soft law rule*<sup>15</sup>.

Em que pese a vitalidade de tal objetivo, Rodolfo Sacco aponta que a partir da segunda metade do século XX o direito comparado passa a ser defendido enquanto ciência, o que justifica nova alteração de seu objetivo, agora centrado no “melhor conhecimento dos modelos jurídicos” e no “estudo comparativo dos sistemas jurídicos”<sup>16</sup>. Parece esta a compreensão teleológica do direito comparado que melhor serve ao objetivo desta pesquisa, porém, cumpre ainda aclarar a escolha da metodologia de direito comparado eleita para instrumentalizar tal empreitada<sup>17</sup>. A escolha dentre os diversos métodos apresentados pela doutrina não depende de uma classificação hierarquizada que sobreponha qualitativamente uma metodologia sobre a outra, mas perpassa pela compreensão de que podem ser metaforicamente pensadas como instrumentos, ferramentas que devem ser escolhidas de acordo com o a função que desempenham. Noutras palavras, a opção pelo método se dá em razão do objetivo da pesquisa e o que ela pretende responder.

---

<sup>14</sup> “Em 1924 foi fundada a Academia internacional de direito comparado, que floresceu e que permanece atuante. Em seu estatuto consta como sua finalidade precípua a uniformização do direito. Em 1928 nascia em Roma, o UNIDROIT (*Institut international pour l'unification du droit privé*, integrante há cerca de algumas décadas da ONU), que promove a uniformização do direito privado” (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31).

<sup>15</sup> AFONSO, Ana Isabel. Apresentação: a relevância do DCFR. In: AFONSO, Ana Isabel (Coord.) *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015, p. 21. No mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, v. 2, p. 18-19.

<sup>16</sup> Segundo o autor, no início dos anos 1960 o direito comparado começa a ser defendido enquanto ciência por autores como Gino Gorla, Zweigert e H. Kötz, e como ciência teria por ‘objetivo essencial e primeiro’ o melhor conhecimento dos modelos jurídicos. Em 1974 tal posição tornou-se pacífica no IX Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, fazendo com que em 1991 esta instituição modificasse o seu estatuto reduzindo o seu objeto social ao ‘estudo comparativo dos sistemas jurídicos’, abandonando, portanto, o ideal primário de uniformização. (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36-37).

<sup>17</sup> A escolha e apresentação do método eleito serve, para além de prestar contas ao leitor, para superar a crítica de Mark Van Hoecke, para quem o “Direito Comparado tem sido reiteradamente criticado por não seguir qualquer método para a pesquisa comparativa. De fato, o comparatista frequentemente age como um turista que visita uma cidade estrangeira e vê que as coisas são diferentes, e em alguma medida também semelhantes, comparadas a sua cidade natal” (HOECKE, Mark Van. *Methodology of comparative legal research. Law and Method*. Boom: Boom Juridische Uitgevers, 2015, p. 1).

É nesta perspectiva que o método funcional de comparação se apresenta como mais adequado ao objetivo ora buscado, notadamente de analisar se outros ordenamentos admitem a ressarcibilidade de despesas preventivas e, em caso positivo, por meio de qual instrumento.

Trata-se de método que admite que regras e conceitos jurídicos podem ser diferentes entre os sistemas, mas que a maior parte deles resolve problemas de um modo similar. A ideia por trás do método funcional portanto não é comparar regras primárias ou de comportamento, mas sim as soluções encontradas para solucionar problemas concretos que geram conflitos de interesses (*case law*): qual a solução dada pelos países A, B e C ao problema jurídico X? Ou qual figura jurídica ou instituto do país A pode atingir a mesma solução de determinado instituto do país B? Focando em problemas concretos e suas soluções, o método revela também os diversos caminhos (institutos jurídicos) que permitem solver o conflito de interesses<sup>18</sup>.

Em que pese existir de fato uma pluralidade de “métodos funcionais”, Ralf Michaels, Diretor do Instituto Max-Planck para Direito Comparado e Internacional Privado (Hamburgo), logrou sistematizar ao menos três importantes premissas sobre esta categoria metodológica e sobre as quais há certa uniformidade doutrinária<sup>19</sup>: primeiro, seu foco factual, que portanto não se atenta especificamente a regras, mas em seus efeitos, e não tanto em trabalhos teóricos/doutrinários, mas em eventos. De consequência, seu objeto por excelência são as decisões judiciais (*case law*), que exprimem as respostas concretas dadas pelo direito de determinado país a conflitos da vida real. Segundo, seu objeto de estudo deve ser analisado de acordo com a função que desempenha, e não tanto por sua estrutura, e como consequência, e terceira premissa, institutos e figuras jurídicas diversas podem ser comparados pois, a despeito da disparidade de suas estruturas, podem desempenhar a mesma função em sistemas jurídicos diferentes.

Note-se que este método não permite a realização de uma macrocomparação, aqui tomada como aquela empreendida sobre elementos fundamentais ou estruturantes de cada *sistema* jurídico, como “as formas de revelação das normas que compõe o sistema (fontes de direito), a estrutura das próprias normas, os modos de constituição e funcionamento dos órgãos de aplicação do Direito, os métodos por que os juristas operam o ‘achamento’ do Direito”, etc. Pelo contrário, a metodologia funcional é inerente a um grau de microcomparação, em que “o ponto de referência de toda e qualquer comparação há de ser a função desempenhada pelos

---

<sup>18</sup> HOECKE, Mark Van. Methodology of comparative legal research. *Law and Method*. Boom: Boom Juridische Uitgevers, 2015, p. 9-11.

<sup>19</sup> MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 342.

institutos ou normas a comparar”, grau este próprio ao objetivo de “interrogar como é que esse Direito resolve o problema jurídico cuja solução no nosso Direito pretendemos comparar”<sup>20</sup>.

A exposição destas premissas se faz salutar para justificar a escolha do objeto de comparação predominantemente analisado no próximo capítulo, especificamente as decisões judiciais que se debruçaram sobre as pretensões de ressarcimento de despesas preventivas, com vista tanto a possibilidade de ressarcimento quanto aos institutos jurídicos adotado por cada país para atingir tal solução.

### **3. RESSARCIMENTO PELAS DESPESAS PREVENTIVAS NO DIREITO EUROPEU: PERSPECTIVAS A PARTIR DA JURISDIÇÃO INTERNA (CASE LAW).**

Seguindo a metodologia funcional exposta no capítulo anterior, o presente capítulo se propõe a analisar, em grau de microcomparação, como os tribunais de diversos países resolvem litígios sobre a atribuição de responsabilidade pelas despesas preventivas, notadamente se admitem seu ressarcimento pelo causador do dano e, em caso positivo, por meio de qual instituto jurídico.

Como o objetivo é a comparação entre as soluções e mecanismos dos diferentes sistemas jurídicos, deu-se preferência aos casos com maior similitude fática, sendo a situação com maior reincidência nos tribunais as ações promovidas por empresas de transporte público que, após ter um de seus veículos danificado por um terceiro, coloca um veículo reserva de sua propriedade para suprir a falta do veículo danificado, exigindo do causador do dano não só a reparação do dano material causado ao veículo, mas também os custos por manter um veículo reserva em sua frota.

Para evitar a desnecessária repetição das citações, os casos abaixo arrolados foram extraídos da compilação de decisões contida na obra *Digest of European Tort Law*, organizada por Bénédicte Winiger, Bernard Koch, Helmut Koziol e Reinhard Zimmermann e editada pela Unidade de Pesquisa para Responsabilidade Civil da Academia Austríaca de Ciências<sup>21</sup>, e alguns deles já foram abordados, sob outra perspectiva, em texto sobre a função preventiva na responsabilidade civil brasileira<sup>22</sup>, ao qual se remete.

---

<sup>20</sup> DUARTE, Rui Pinto. *Uma Introdução ao Direito Comparado*. Separata da Revista ‘O Direito IV’. Coimbra: Almedina, 2006, p. 777-780.

<sup>21</sup> WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*. Vienna: Springer Wien New York, 2007, v. 1, p. 169-192.

<sup>22</sup> BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, a. 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

### 3.1. ALEMANHA

Três casos elucidam de forma suficiente o modo como as despesas preventivas são solvidas pelo Direito Alemão.

O primeiro deles foi julgado pelo Tribunal Federal Alemão (BGH) em 10 de maio de 1960 (Bundesgerichtshof, 32, 280), e versa sobre acidente de trânsito causado por negligência de um motorista e que acarretou tamanho dano a um dos vagões de trem da companhia de transporte público que o referido veículo ficou 102 dias fora de uso até que fosse consertado. A empresa lesada ajuizou ação de ressarcimento, requerendo não só o valor do conserto do veículo (dano emergente) quanto também a parcela proporcional das despesas por ela despendida para manter o veículo reserva utilizado para substituí-lo nestes 102 dias.

Ainda que a empresa possuísse um bonde reserva, a corte entendeu que caberia ao autor do dano ressarcir os custos de manutenção desse veículo substituto, portanto, admitindo o dever de indenizar também em relação às despesas preventivas. Para tanto, valeu-se de dois argumentos centrais: em um, pois caberia ao réu disponibilizar um veículo semelhante à vítima pelo período de conserto do vagão danificado, ou compensar os custos de reposição de tal veículo, sendo irrelevante no caso que a vítima possuísse ela própria um bonde reserva<sup>23</sup>; em dois, pois tal obrigação estaria compreendida no dever de mitigar o prejuízo da vítima, insculpida no parágrafo 254 (2) do BGB<sup>24</sup>.

Quanto ao instrumento jurídico que permitiu tal conclusão, restou clara a escolha da Corte ao pontuar que o dever de indenizar decorre das regras de responsabilidade civil extracontratual, reforçadas pelo dever de mitigação de danos expressamente atribuído ao causador do dano pelo Código Civil Alemão (BGB)<sup>25</sup>.

Interessante questão emerge da fundamentação utilizada pelo BGH para estabelecer o nexo de causalidade entre o acidente e o custo da companhia para manter aquele veículo reserva: a Corte valeu-se de construção um tanto artificial ao afirmar que a causalidade se estabeleceu entre o acidente e o *uso* do veículo substituto, pois este sim, indubitavelmente,

---

<sup>23</sup> “However, it should make no legally significant difference whether the owner of a public transportation company rents a vehicle as a substitute for a tram-car damaged by someone else’s fault or whether he uses a vehicle which, in view of the difficulty of renting a tram-car at short notice, he bought and held in reserve specifically as a precaution for cases of this kind. Even if the costs for acquiring the spare vehicle have already been settled at the time of purchase, they were incurred only in order to be able to redress the anticipated consequences of negligent acts of others. [...] Hence it is justified, if a spare vehicle is used as a result of a tram-car having been damaged by the negligent act of another, to consider the expenses incurred, proportionate to the period of use, as having been caused by such use.” (WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*, cit., p. 169).

<sup>24</sup> “§254. (2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications”.

<sup>25</sup> Aplicando a mesma solução na Alemanha: BGH, 3 de fevereiro 1961, JZ 1961, 420; BGH, 14 de outubro de 1975, NJW 1976, 286.

decorreu do acidente. As despesas de manutenção, porém, independem do uso ou não do veículo, o que torna frágil o critério eleito para estabelecer a causalidade.

Porém, ainda maior relevância para esta pesquisa é o excerto em que a Corte consigna que tais despesas não poderiam ser ressarcidas por meio da gestão de negócios, espécie de ato unilateral de administração de negócios alheios, no interesse destes, por quem desprovido de mandato.

A segunda decisão paradigmática foi também proferida pelo Tribunal Federal Alemão (BGHZ, 75, 320), oportunidade em que se debruçou sobre ação em que o réu foi surpreendido pelo vendedor de uma loja de doces furtando a mercadoria dos expositores. O dono da loja, além dos 12 marcos alemães referentes ao valor dos doces, pleiteou a condenação do réu também ao pagamento do valor de 550 marcos alemães, correspondentes ao valor que a loja paga aos funcionários como recompensa quando evitam um furto.

A decisão da corte firmou duas conclusões: de um lado que, em regra, nenhuma indenização é devida em razão dos custos inerentes ao sistema de segurança utilizado pelas lojas, eis que tais ferramentas não têm por objetivo prevenir especificamente a infração cometida pelo réu, mas resguardar o estabelecimento como um todo e contra todos. Somente seria ressarcível, portanto, a despesa preventiva especificamente despendida para evitar o dano decorrente daquele ato ilícito, concreto, e não aquelas voltada a evitar riscos gerais e abstratos. Esta visão é hoje compartilhada pela doutrina, que reconhece a ausência de nexos de causalidade em tais hipóteses.

De outro lado, e dialogando especificamente com o caso analisado, assentou a Corte que sendo a recompensa paga pelo proprietário da loja ao vendedor decorreu direta e especificamente do furto em questão, de modo a justificar seu ressarcimento pelo autor do ilícito. Sopesou a corte, no entanto, que como a fiscalização dos funcionários, em certa medida destinasse a todos os possíveis furtos, e não apenas àquele objeto da ação, entendeu que o ressarcimento de 50 marcos seria suficiente – redução esta criticada por Zimmermann por estar estribada exclusivamente na equidade, sem qualquer supedâneo doutrinário.

Mais uma vez, a Corte se valeu dos elementos da responsabilidade civil extracontratual para apurar o dever de indenizar o valor despendido a título de despesas preventivas.

A terceira e derradeira decisão alemã ora analisada fora também proferida pelo Tribunal Federal Alemão (NJW 1992, 1043). Os fatos têm por origem um acidente ocorrido em uma indústria química, em que um funcionário acidentalmente liberou 200kg de determinada substância gasosa na atmosfera, e devido ao seu mal cheiro causou incômodo considerável a todos que viviam nos arredores daquela fábrica. Preocupado com o risco de outros acidentes como este, um dos moradores desta vizinhança instalou em sua casa uma porta a prova de gás e pleiteou o ressarcimento desta despesa pela indústria química.

O tribunal julgou improcedente o pedido de reparação, sob o argumento de que não havia nexo de causalidade. Para a decisão, a instalação da porta a prova de gás não tinha por finalidade evitar ou reduzir os danos provocados pelo acidente ocorrido, ou outro incidente que estivesse na iminência de ocorrer, mas sim para proteger o reclamante de um risco abstrato e futuro. Além de afastar a possibilidade de ressarcimento pela responsabilidade civil, por ausência de nexo causal, mais uma vez a Corte afastou também a possibilidade de ressarcimento pela gestão de negócios, consignando que o demandante tomou tais providências em interesse próprio, e não no interesse da indústria química.

A partir destas decisões, bem assim dos comentários doutrinários que a acompanham na obra de referência, é possível concluir que o Direito Alemão: (a) admite o ressarcimento de despesas preventivas, desde que direta e especificamente despendidas para evitar ou mitigar um dano concreto ou iminente; (b) submete tal reparação aos requisitos da responsabilidade civil; e (c) afasta a possibilidade de ressarcimento de tais despesas por meio da gestão de negócios.

### 3.2. ÁUSTRIA

O primeiro caso analisado novamente abordou a questão do ressarcimento pelo custo de manutenção de um veículo reserva. Aos 6 de junho de 1986, o Supremo Tribunal Austríaco (*Oberster Gerichtshof*) julgou pedido de ressarcimento formulado pela *Austrian Federal Post Administration* pelos danos causados por um indivíduo a um dos seus ônibus, bem assim pelo custo proporcional de manter um ônibus reserva apto a substituí-lo.

Valendo-se de precedente de 1973 que julgou procedente pedido semelhante, a Suprema Corte acolheu o pedido de ressarcimento tanto em relação aos danos emergentes quanto às despesas de manutenção do veículo reserva, porém, diversamente da decisão alemã, a Corte não chegou ao dever de indenizar por meio da responsabilidade civil, pois nesta hipótese não haveria o indispensável nexo de causalidade entre o acidente e as despesas preventivas, mas sim da gestão de negócios. A partir de fundamentação um tanto quanto consequencialista, a Corte consignou que é do interesse do causador do dano que a empresa de correios mantenha veículo reserva para o caso de acidentes, posto que o valor proporcional de manutenção a ser ressarcido pelo autor do acidente é inferior ao valor de mercado que o réu desembolsaria para locar um veículo substituto<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> “By taking precautionary measures for cases of possible business interruptions, the injured party effectively acts also in the interest of the tortfeasor as long as the latter’s share of the overall costs of such measures is lower than the amount required to procure a replacement ad hoc on the market” WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*, cit., p. 175).

O segundo caso, decidido pela mesma Corte, teve por objeto situação em que o acusado, em gravação deixada na secretária eletrônica, havia ameaçado o autor da ação e sua esposa. Os ameaçados, com medo de que a denúncia se cumprisse, instalaram alarmes e sistema de segurança em sua residência. O pedido de reparação pelas despesas com segurança foi negado pela Corte, sob o argumento de que as medidas tomadas pelos autores não eram necessárias a ponto de justificar uma reparação, eis que a ameaça não era iminente, mas apenas potencial. Aqui é possível extrair que a Corte, além de exigir um risco existente ou ao menos iminente, tomou como requisito também que se tratasse de uma despesa necessária ou ao menos razoável para evitar o dano, apurável por meio de um teste de adequação.

A partir destas decisões, que se tornaram precedentes na Áustria, é possível afirmar que o Direito Austríaco: (a) admite o ressarcimento de despesas preventivas, desde que direta e especificamente despendidas para evitar ou mitigar um dano concreto ou iminente; (b) não considera a responsabilidade civil como instrumento hábil a tutelar tais hipóteses, por reconhecer que o nexo de causalidade seria um óbice intransponível a tais pretensões; (c) admite o ressarcimento com base na gestão de negócios, reconhecendo especificamente que o responsável pelas despesas preventivas age no interesse do autor do dano sempre que tais despesas forem inferiores ao valor que teria de despendido para ressarcir o dano por ela evitado.

### **3.3. SUÍÇA**

O precedente suíço (ATF 119, II 411) julgado pelo Tribunal Federal aborda hipótese fática que permite extrair a distinção entre despesas especificamente voltadas a evitar um dano concreto e aquelas que previnem de riscos genéricos ou agregam utilidade que transcende a prevenção do dano concreto ou iminente.

O litígio teve início quando o Cantão de Basileia (ao norte da Suíça) instalou uma “*street-room*”, uma espécie de posto de atendimento público, em um terreno de sua propriedade, no qual usuários de drogas recebiam seringas esterilizadas a fim de evitar doenças transmissíveis pelo sangue. Em razão da implantação de tal unidade, a região passou a ser frequentada por usuários de drogas e traficantes, levando os proprietários dos imóveis vizinhos a instalar grades, interfones, sistemas de luz automática e de vigilância.

Os proprietários então recorreram à corte para pleitear o ressarcimento de tais despesas do Cantão da Basileia. Em 22 de dezembro de 1993 o Tribunal Federal, estribado na proteção contra intromissões injustas na propriedade dos autores, reconheceu o dever do Cantão de indenizar os autores pelos custos das grades e da vigilância, porém, por considerar que tanto o sistema de luz quanto o interfone tem utilidade geral e não apenas para proteção contra os usuários que passaram a frequentar a região, entendeu devido apenas metade do valor do sistema de luz e nada pela instalação de interfones.

Para além da segregação das despesas, o caso apresenta especial relevância pelo instrumento jurídico que permitiu à Corte chegar a tal conclusão. O Tribunal Federal valeu-se da regra do art. 679 do Código Civil Suíço, segundo a qual “quando uma pessoa sofre ou está em risco de sofrer danos porque um proprietário de terras age em abuso de seu direitos de propriedade, ele pode pleitear a redução dos danos, proteção contra danos iminentes ou seu ressarcimento”<sup>27</sup>. Trata-se de regra especial, de direito das coisas, que tem como suporte fático do dever de indenizar o exercício abusivo do direito de propriedade.

### 3.4. BÉLGICA

Há duas decisões da Suprema Corte da Bélgica que merecem destaque por sua peculiaridade e riscos de exagerada expansão a partir de sua *ratio decidendi*. Em ambos os casos, uma pessoa acidentalmente derrubou um poste pelo qual passavam cabos de eletricidade. A companhia pública proprietária destes postes e responsável pelo serviço de distribuição de energia elétrica processou o causador do acidente por danos referentes ao poste (cuja substituição se fez necessária), bem assim pelo custo da equipe responsável pelo serviço de substituição do poste, consistente em proporção do salário pago a estes funcionários pela companhia. Na Corte de Apelação, o causador do acidente foi condenado apenas ao pagamento do valor do poste, sendo indeferido o pedido de ressarcimento pelos custos da equipe de reparos, posto que (a) a equipe era responsável não apenas pelo reparo dos danos causados por aquele acidente, mas por todos os reparos necessários à manutenção da rede elétrica, e (b) o reparo realizado é parte das funções ordinárias daqueles funcionários, que já faziam parte do quadro de funcionários da empresa.

Insatisfeita, a companhia recorreu à Suprema Corte, cuja decisão admitiu o ressarcimento também pelas despesas com a equipe responsável pela reparação do dano, sob o argumento que não é possível fazer distinção entre a ressarcibilidade da despesa com base em critério temporal quanto ao momento da contratação da equipe de reparos. Se a contratação fosse posterior ao dano, seu custo seria devido pelo causador do acidente, de modo que o só fato dos funcionários terem sido contratados anteriormente não autoriza resposta diversa.

A decisão não escapa a apurada crítica de Reinhard Zimmermann de que embora a Corte usualmente declare valer-se do “*but-for test*” (equivalente a teoria da equivalência das condições) para apurar o nexo de causalidade, nestes casos deixou de aplicá-lo. É dizer: se não

---

<sup>27</sup> Tradução livre de “Where a person incurs or is at risk of damage because a landowner acts in excess of his or her ownership rights, he or she may sue for abatement of the damage or for protection against any imminent damage and for damages”. Disponível em <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201801010000/210.pdf>, acesso em 30 de outubro de 2019.

houvesse o ato danoso, a companhia teria as despesas com o salário de seus funcionários do mesmo modo. O acidente, portanto, não seria sequer condição para o dano que se pretende imputar.

Ao escopo da presente pesquisa, porém, as decisões demonstram que o Direito Belga (a) admite o ressarcimento por despesas preventivas, inclusive em maior extensão que os tribunais alemães e austríacos, e (b) o faz por meio da responsabilidade civil, conferindo relativa elasticidade ao nexos de causalidade.

### **3.5. PAÍSES BAIXOS**

O debate quanto às despesas preventivas chegou também à Suprema Corte dos Países Baixos (NJ 1950, 592), novamente por meio de caso envolvendo as despesas de frota reserva destinadas a substituir veículos impossibilitados de trafegar em razão de acidentes, mas envolvendo argumentos distintos daqueles já vistos.

No caso em tela, uma locomotiva da companhia de transportes de Rotterdam foi danificada em acidente envolvendo o caminhão do sr. Eijsbouts, levando-a a pleitear cumulativamente o ressarcimento pelos danos causados à locomotiva e o valor a título de lucros cessantes relativo aos quatro dias que a locomotiva ficou sem uso. Em sua defesa, o sr. Eijsbouts argumentou que não existira qualquer lucro cessante, posto que a locomotiva havia sido substituída por outra sobressalente pela própria companhia.

Firmando a premissa de que a utilização da locomotiva sobressalente serviu como forma de mitigar os danos causados à companhia de transportes (lucros cessantes), pois de fato a companhia foi obrigada a usar tal veículo para evitar maiores prejuízos, a Corte passou a analisar se as despesas de manutenção desta locomotiva sobressalente poderiam ser imputadas ao causador do dano. A Corte afirmou que se a decisão de manter uma locomotiva sobressalente estivesse desvinculada do risco de acidentes como o ocorrido, em que a necessidade de retirar a locomotiva de circulação para reparos implicaria paralização do serviço, não haveria espaço para o ressarcimento. Porém, com vista ao caso em apreço, considerou que a manutenção de veículos sobressalentes se dá ao menos em parte pelo risco de acidentes como o causado pelo caminhão do sr. Eijsbouts, este deveria indenizar proporcionalmente a companhia pelos custos de manutenção do veículo sobressalente, mesmo que a companhia de transporte tome tal medida preventiva em interesse próprio, e não no interesse do causador do dano.

Da decisão é possível extrair que no Direito Holandês (a) existe um dever de mitigar os danos direcionado ao próprio credor; (b) admite-se o ressarcimento de despesas preventivas; (c) a ferramenta utilizada para apurar tal dever é a responsabilidade civil, afastando-se do paradigma da ação realizada em interesse do causador do dano, próprio da gestão de negócios.

### 3.6. PORTUGAL

Em Portugal, o Tribunal da Relação de Lisboa proferiu duas decisões que revelam interessante mudança de posicionamento sobre o tema. A matéria fática levada à Corte novamente envolvia uma empresa de transporte público que processa a seguradora de um caminhão por colidir com um de seus ônibus, acidente este que implicou além de danos ao veículo sua retirada de circulação por 31 dias. A título de reparação, pleiteou o valor do conserto e indenização pela violação ao direito de uso do veículo danificado, calculada de acordo com o curso de manutenção do ônibus sobressalente utilizado em seu lugar, argumentando ainda que se não tivesse o ônibus sobressalente, teria de alugar outro, o que implicaria custos ainda maiores.

Em primeira instância, o ressarcimento pela privação do direito de uso do ônibus envolvido no acidente foi indeferida, por inexistirem provas de que a companhia de transporte teve de alugar outro ônibus ou teve qualquer outra despesa em razão do acidente. O Tribunal da Relação de Lisboa reformou tal decisão, considerando que as despesas inerentes às medidas preventivas, como a manutenção de veículo reserva, se enquadram no conceito de dano e devem ser proporcionalmente ressarcidas pelo causador do acidente, em atenção a teoria da diferença, insculpida no artigo 596 (2) do Código Civil Português<sup>28</sup> (que consagra o dever do causador do dano de restituir a vítima ao *status quo* anterior ao fato lesivo).

Note-se que mais uma vez não houve o enfrentamento do requisito da causalidade, que *prima facie*, parece inexistir entre o acidente e as despesas de manutenção, que seriam despendidas independentemente de sua ocorrência.

A mesma hipótese fática retornou ao Tribunal da Relação de Lisboa, que alterou seu posicionamento, negando o direito ao ressarcimento pelas despesas preventivas na manutenção de veículos reservas. O fez sob o argumento de que a companhia de transportes é obrigada por lei a manter uma frota reserva para substituir os veículos que se acidentem ou que necessitem de reparos, de modo que, com ou sem acidente, teria a obrigação – e os respectivos custos – inerentes ao veículo utilizado na substituição. Não haveria, assim, causalidade suficiente apta a deflagrar o dever de indenizar.

Em que pese a dualidade da conclusão dos julgados, é possível afirmar que ambos reconhecem o dever geral de reparar as despesas preventivas, porém, o segundo julgado o faz de forma mais restritiva, exigindo que tenham sido realizadas especificamente para evitar ou mitigar o dano em causa. Para além da ressarcibilidade de tais despesas, em ambas as decisões a Corte de Lisboa se valeu dos instrumentos da responsabilidade civil para chegar a suas conclusões, o que se evidencia tanto pelo recurso ao conceito de dano do artigo 596 (2) do

---

<sup>28</sup> Art. 596 (2): “Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”.

Código Civil português quanto pelo afastamento da responsabilidade ante a ausência de causalidade.

### 3.7. INGLATERRA

Preliminarmente a análise dos casos ingleses, é salutar retomar o capítulo anterior e rememorar que a comparação ora realizada se dá em grau de microcomparação, levando em consideração portanto apenas a função dos institutos e regras usados para solver os casos, e não as demais questões que aproximam ou afastam os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

O caso *Birmingham Corporation v. Sowsbery* versa, uma vez mais, sobre acidente de trânsito que retirou um dos veículos de circulação durante o período de reparos, sendo então substituído por outro de propriedade da vítima. O pleito de ressarcimento visava tanto o dano emergente quando o valor despendido como medida preventiva, notadamente o curso da manutenção do veículo substituto.

O pleito foi julgado procedente pela Câmara dos Lordes, admitindo o ressarcimento do dano pela privação do uso, ainda que a vítima pudesse substituir imediatamente o veículo danificado. A ressarcibilidade das despesas preventivas, portanto, se deu de modo indireto, ao delas se valer para quantificar o valor inerente à privação temporária do uso do veículo danificado.

Esta decisão invocou em sua fundamentação interessante precedente de 1900, no qual o *Earl of Galsbury* equiparou-a a seguinte situação: “supondo que uma pessoa pegue uma cadeira da minha sala e fique com ela por doze meses, alguém poderia sustentar que a condenação deveria ser reduzida por usar ordinariamente aquela cadeira, ou por ter outras em minha sala? A proposta me pareceria absurda”<sup>29</sup>.

Daí que também na Inglaterra é admissível o ressarcimento pelas despesas preventivas, mas diversamente da maioria das decisões analisadas, não o fez expressamente por meio dos mecanismos da responsabilidade civil, mas pela privação temporária ao direito de uso (que, certa forma, acaba por constituir a ilicitude da responsabilidade civil, admitindo reconhecer que também esta decisão em alguma medida se valeu da *law of torts*).

---

<sup>29</sup> No original: “supposing a person took away a chair out of my room and kept it for twelve months, could anybody say you had a right to diminish the damages by shewing that I did not usually sit in that chair, or that there were plenty of other chairs in the room? The proposition so nakedly stated appears to me to be absurd ...” (WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*, cit., p. 182).

### 3.8. ESCÓCIA

Do Direito Escocês colhe-se interessante precedente em *Lord Advocate v. Rodgers*, julgado em 1978. Tratava-se de caso em que por duas vezes o acusado havia colocado fogo em suas terras (possivelmente nas palhas que restam após a colheita, visando limpar a área para novo plantio) sem tomar qualquer providência para que o fogo não se espalhasse para a plantação da propriedade vizinha.

Nas duas ocasiões, a *Forestry Commission*, proprietária da plantação adjacente, tomou as medidas necessárias para extinguir o fogo antes que ele se espalhasse para suas terras, exigindo na ação os valores despendidos em tais diligências. O acusado alegou que não houve qualquer dano à plantação vizinha, de modo que não haveria espaço para a responsabilidade civil.

A Corte, reconhecendo tratar-se de situação excepcional, bem assim que a lei escocesa reconhece que quaisquer despesas voltadas à reduzir os prejuízos da vítima devem ser suportados pelo causador do dano (*duty to mitigate the loss*), considerou irrelevante que a mitigação do dano ocorra antes ou depois de sua ocorrência, devendo em ambos os casos ser suportada pelo acusado. A decisão deixou claro que a reparação só é cabível em razão da prevenção voltar-se especificamente para um risco proveniente de uma fonte previamente identificada, não de uma prevenção geral, trazendo mais uma vez a preocupação com o requisito da causalidade.

Ao comentar esta decisão, parte da doutrina a criticou por considerar que não existe regra legal que proíba alguém de causar prejuízo a outra pessoa, exceto se derivado de um dano a sua pessoa ou a sua propriedade (pense-se, por exemplo, no prejuízo causado pela livre concorrência, ou pela descoberta de uma tecnologia que torna as anteriores obsoletas). Assim, como no caso não houve lesão a pessoa ou propriedade da *Forestry Commission*, não caberia reparação civil, sendo a solução melhor tutelada pela gestão de negócios. Porém, os autores da obra de referência deste capítulo rebatem tal crítica apontando que a gestão de negócios “somente é apropriada quando as despesas do gestor forem realizadas no interesse do proprietário representado. Neste caso é evidente que a *Forestry Commission* realizou as despesas preventivas em seu próprio interesse, e não de acordo com qualquer interesse do proprietário das terras vizinhas”<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*, cit., p. 185.

#### 4. AS REGRAS SOBRE O RESSARCIMENTO DE DESPESAS PREVENTIVAS EM PROJETOS DE UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO EUROPEU

Há dois trabalhos de grande relevo e prestígio em âmbito europeu que, embora não se constituam em propostas legislativas tampouco guardem a pretensão de se tornar regras cogentes, lograram a partir da pesquisa comparativa condensar um modelo hermenêutico de regras comuns europeias que trazem, em seu conteúdo, disposições quanto as despesas preventivas. Trata-se dos Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil (*Principles of European Tort Law*), elaborados em estrutura de código pelo *The European Group on Tort Law*, formado em 1992 por acadêmicos da área de responsabilidade civil com o objetivo de “contribuir para o aprimoramento e a harmonização da responsabilidade civil na Europa”<sup>31</sup>. O segundo é o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*), elaborado a partir de plano de ação da Comissão Europeia e com os objetivos, dentre outros, de “servir de base a uma revisão e melhoria do direito contratual europeu existente; conceder ao legislador nacional um instrumento que facilite a aplicação do direito europeu e uma base para proceder a uma eventual reforma do direito nacional”<sup>32</sup>.

Como ambos são o resultado de pesquisas de direito comparado e trazem em seu bojo regras específicas quanto ao ressarcimento das despesas preventivas, servem primorosamente ao escopo da presente pesquisa, notadamente de buscar soluções e caminhos para tal mister.

Os *Principles of European Tort Law* regularam a matéria em seu artigo 2: 104, que conta com a seguinte redação: “despesas incorridas para prevenir a ameaça de danos equivalem a danos ressarcíveis, na medida do razoável”.

Os autores do projeto esclarecem que é sempre duvidoso o dever de reparação e eventualmente sua extensão quando há apenas uma ameaça potencial de dano, mas sobre certas circunstâncias parece razoável que estas despesas sejam ressarcíveis, justamente para cumprir a dimensão preventiva da responsabilidade civil. Para tanto, seria necessário, à luz do art. 2: 104: (a) um dano ou ameaça de dano imediata e realista; (b) que as despesas sejam razoáveis face a finalidade de evitar o dano. Asseveram ainda que as despesas só seriam ressarcíveis na medida em que tenham sido despendidas para prevenir um dano específico, e não se o foram com outros propósitos a ele não relacionados<sup>33</sup>, o que dialoga com as conclusões a que chegaram as decisões do direito suíço (ATF 119, II 411), português e escocês (*Lord Advocate v. Rodgers*) analisadas nos tópicos anteriores.

---

<sup>31</sup> <http://www.egtl.org>, acesso em 30/10/2019.

<sup>32</sup> AFONSO, Ana Isabel. Apresentação: a relevância do DCFR. In: AFONSO, Ana Isabel (Coord.) *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015, p. 19-20.

<sup>33</sup> Tradução livre de “Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred” (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law: text and commentary*. Wien: Springer, 2005, p. 37).

Também não estariam compreendidas nas despesas ressarcíveis, por não serem consideradas dentro da medida do razoável, aquelas que fossem incapazes de conter ou mitigar o dano ou desnecessárias para tal fim. De outro lado, estariam incluídas dentre as despesas do art. 2: 104 as despesas preventivas despendidas, mesmo que nenhum dano venha a se materializar, seja por terem sido eficientes (como na hipótese da *street room* suíça e em *Lord Advocate v. Rodgers*) seja pelo risco não se materializar.

No que concerne ao mecanismo ou instrumento jurídico para se atingir esse ressarcimento, os autores deixam claro que as despesas preventivas estariam compreendidas dentro da responsabilidade civil, e especificamente como forma de cumprir sua dimensão preventiva<sup>34</sup>.

De outro lado, o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference* - DCFR) consagra o dever de mitigar os danos na esfera da responsabilidade contratual na regra contida em seu artigo 3:705:

“3: 705. Redução do dano.

(1) o devedor não é responsável pelos prejuízos sofridos pelo credor na medida em que este os pudesse ter reduzido tomando medidas razoáveis.

(2) o credor tem direito de reclamar todas as despesas em que razoavelmente incorreu ao tentar reduzir os prejuízos”<sup>35</sup>.

O dispositivo consagra o princípio da mitigação de danos, originário do *duty to mitigate the loss* do sistema da *Common Law*, e nesta medida incorpora aos sistemas de direito continental a regra do dever de ressarcir as despesas preventivas tomadas para este fim.

A regra, como contida do DCFR apresenta algumas peculiaridades com as quais os países de *Civil Law* podem não estar tão habituados. A primeira delas é de que o dever de mitigar os danos não é direcionado ao causador do dano, como no princípio geral do *neminem laedere* que inspira os sistemas de família romano-germânica. Ao contrário, o dever de mitigar os prejuízos é direcionado ao próprio credor, portanto, a parte da relação contratual que sofreu o prejuízo derivado do inadimplemento. E esta mudança da titularidade traz consigo consequências substanciais.

Em um, retira do credor o direito de pleitear a integralidade do prejuízo advindo do inadimplemento, precisamente por extirpar da esfera do dano indenizável aquela que poderia ter sido mitigada ou reduzida pelo credor no exercício de seu dever de mitigar os danos. Há, neste ponto, indubitável inovação nos sistemas jurídicos que consagram o princípio da reparação

---

<sup>34</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law: text and commentary*. Wien: Springer, 2005, p. 37-39, 150).

<sup>35</sup> Tradução livre de “3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss”. (STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Munich: European Law Publishers, 2009, p. 251).

integral do dano, e ainda certa incompatibilidade com o direito do credor de exigir o cumprimento específico mesmo após o inadimplemento.

Em dois, como consequência da atribuição ao credor do dever de mitigar os danos, o DCFR lhe consagra o correspondente direito a ser ressarcido por todas as despesas por ele despendidas no exercício de tal mister, desde que estas despesas tenham sido razoáveis.

Como se dá a aplicação destas regras na prática jurisdicional?

João Carlos Brandão Proença colaciona três casos que bem evidenciam a aplicação prática. Os dois primeiros são decisões inglesas: em *British Westinghouse Co. v. Underground Railway*, em que o contrato de compra e venda de locomotivas foi inadimplido pelo devedor com a entrega de locomotivas sem a potência convencionada, tendo o credor decidido substituí-las por outras de maior potência e a reclamar a diferença de preços. A só resolução pelo inadimplemento implicaria a devolução total dos valores pagos, mas a mitigação do prejuízo pelo próprio credor autorizou a redução do dano a valor substancialmente inferior. Em *British Automatic Stamp Co. v. Haynes*, as partes firmaram contrato de locação de maquinário pelo prazo de três anos. Quando o locatário deixa de adimplir o contrato, recusando as máquinas, o locador pleiteia o ressarcimento de danos, apontando o valor total dos três anos de locação convencionados, porém, não tem sua pretensão acolhida pois, no exercício do dever de mitigar os danos, poderia locar as mesmas máquinas a outros locatários naquele período, reduzindo seu prejuízo. Por derradeiro, o autor apresenta o caso julgado pela Corte de Apelação de Milão, em que um dentista pleiteia o ressarcimento pelos lucros cessantes decorrente da entrega extemporânea de aparelho de odontologia por ele adquirido, o que implicou a suspensão de sua atividade. O dano, porém, poderia ter sido mitigado ante a comprovação de que o credor poderia facilmente ter alugado equipamento com as mesmas características naquele período, evitando a paralização de seu trabalho<sup>36</sup>.

Como se vê, a previsão “rompe com as soluções da maior parte dos direitos europeus e com a visão de um princípio unitário (sob o manto do concurso de culpa do lesado) regido por uma semelhante repartição de danos”<sup>37</sup>.

E de fato parece estranho aos ordenamentos como o brasileiro que o credor de um contrato inadimplido possa ser compelido a firmar outros contratos subsequentes para reduzir seu prejuízo, sob pena de, não o fazendo, não poder exigir o ressarcimento integral do devedor inadimplente. Mas talvez esta estranheza se dê por ainda estarmos na travessia entre o paradigma individual da modernidade e o paradigma da alteridade buscada pelo direito

---

<sup>36</sup> PROENÇA, J. C. Brandão. Incumprimento pelo devedor e redução do dano pelo credor: o art. III – 3:705 do DCFR. In: AFONSO, Ana Isabel (coord.). *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015, p. 127-128.

<sup>37</sup> PROENÇA, J. C. Brandão. Incumprimento pelo devedor e redução do dano pelo credor: o art. III – 3:705 do DCFR. In: AFONSO, Ana Isabel (coord.). *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015, p. 130.

contemporâneo<sup>38</sup>, ou ainda por termos dificuldades em enxergar que a técnica da distribuição e socialização dos danos há muito já se faz presente na responsabilidade civil<sup>39</sup>, mas estas já são reflexões para outro momento.

## 5. CONCLUSÃO

Após revisitar o direito construído (*case law*) em oito diferentes jurisdições europeias, nelas inclusas jurisdições de *Common Law*, como a inglesa, e jurisdições mistas, como a escocesa, é possível afirmar com certa segurança que as despesas preventivas destinadas a mitigar ou evitar um dano são ressarcíveis em todas as oito jurisdições analisadas, com a ressalva de que em Portugal o Tribunal da Relação de Lisboa, em determinada situação, inadmitiu seu ressarcimento.

A hipótese fática mais debatida concerne ao ressarcimento de despesas pela manutenção de veículos reservas que possam substituir veículos eventualmente inutilizados, ainda que de forma temporária, em decorrência do dano. Das cinco jurisdições que analisaram a questão (Alemanha, Áustria, Países Baixos, Portugal e Inglaterra), todas admitiram o ressarcimento das despesas preventivas, mas tiveram especial dificuldade em encontrar o liame de causalidade entre o ato lesivo e estas despesas, posto que, acaso o acidente não se realizasse, ainda assim a vítima as teria despendido. Para solver esta questão, a decisão proferida pela Câmara dos Lordes se valeu de precedente de 1900, cuja *ratio decidendi* tinha por certa a restrição ao direito de uso, ao passo que a decisão do Supremo Tribunal Austríaco preferiu retirar esta questão do campo da responsabilidade civil e alocá-la na gestão de negócios, alternativa que permeou também os debates nas decisões proferidas na Alemanha, Países Baixos e Escócia, em que fora refutada.

A dificuldade em estabelecer o nexo de causalidade levou tais tribunais a flexibilizar tal requisito, o que de certo modo coincide com a prática jurisdicional brasileira<sup>40</sup>, ou a buscar respostas em regras especiais, diversas da responsabilidade civil, ainda que tenham sempre dialogado com ela. Foi o que ocorreu na decisão inglesa, que teve como fundamento muito mais a restrição ao direito de uso do que os elementos da *Tort Law*, e na decisão da Suprema Corte da Áustria, que preferiu se valer da gestão de negócios. Também a decisão Suíça se valeu de

---

<sup>38</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, *passim*.

<sup>39</sup> ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 109.

<sup>40</sup> “Para se compreender, portanto, o panorama da causalidade na jurisprudência brasileira, torna-se indispensável ter em linha de conta não as designações teóricas, não raro tratadas de modo eclético e atécnico pelas Cortes, senão a motivação que inspira as decisões” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, Porto Alegre, a. 50, n. 296, jun. 2002, p. 11).

regra própria dos direitos das coisas, notadamente destinada a evitar o exercício abusivo do direito de propriedade.

Todas as demais decisões que admitiram o ressarcimento das despesas preventivas o fizeram por meio da responsabilidade civil, submetendo a procedência da ação ao preenchimento dos pressupostos desta, o que permite concluir que existe uma uniformidade no direito europeu quanto ao tema, ainda que não unânime.

Esta compilação evidencia a existência de respostas comuns em tais jurisdições, tanto na admissão do pleito de ressarcimento quanto no instrumento de sua efetivação, similitude esta que acabou confirmada pelos projetos de unificação, nomeadamente pelos Princípios do Direito Europeu de Responsabilidade Civil e pelo Projeto de Quadro Comum de Referência, que trazem em seu bojo regras específicas prevendo a ressarcibilidade de tais despesas.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Ana Isabel. Apresentação: a relevância do DCFR. *In*: AFONSO, Ana Isabel (Coord.) *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015.

BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo; CORRÊA, Rafael. Responsabilidade preventiva: elogio e crítica à inserção da prevenção na espacialidade da responsabilidade civil. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, a. 4, n. 10, p. 35-60, set./dez. 2015.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Atualizada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Rui Pinto. *Uma Introdução ao Direito Comparado*. Separata da Revista 'O Direito IV'. Coimbra: Almedina, 2006.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law: text and commentary*. Wien: Springer, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

HOECKE, Mark Van. Methodology of comparative legal research. *Law And Method*. Boom: Boom Juridische Uitgevers, 2015.

KOZIOL, Helmut. *Basic Questions of Tort Law from Germanic Perspective*. Translation by Fiona Salter Townshend. Wien: Jan Sramek Verlag, 2012.

LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: construção dos modelos doutrinários. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Coord.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.

PROENÇA, J. C. Brandão. Incumprimento pelo devedor e redução do dano pelo credor: o art. III – 3:705 do DCFR. In: AFONSO, Ana Isabel (Coord.). *Um Direito Europeu das Obrigações? A influência do DCFR*. Porto: UC Editora, 2015.

RAMOS, André Luiz Arnt. *Responsabilidade por danos e segurança jurídica: legislação e jurisdição nos contextos alemão e brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2018.

ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SIMÃO, José Fernando. Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso. *Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. Curitiba, a. 1, n. 1, ago.2016.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE; RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Munich: European Law Publishers, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência*, Porto Alegre, a. 50, n. 296, jun. 2002.

VENTURI, Thaís Gouveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado. Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2017, v. 2.

WINIGER, Bénédicte; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A.; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). *Digest of European Tort Law*. Vienna: SpringerWienNewYork, 2007, v. 1.

**Recebido:** 04.11.2019

**Aprovado:** 15.03.2020

**Como citar:** BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. Ressarcibilidade de despesas preventivas ou mitigatórias do dano: reflexões a partir do direito comparado. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-22, jan./abr. 2020.