

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS

JOÃO PEDRO GUERREIRO

**O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM CONTRATOS DE LUCRO E EXISTENCIAIS:
UMA GRADAÇÃO DE INCERTEZA**

Uberlândia

2023

JOÃO PEDRO GUERREIRO

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM CONTRATOS DE LUCRO E EXISTENCIAIS: UMA
GRADAÇÃO DE INCERTEZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Uberlândia como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Keila Pacheco Ferreira

Uberlândia

2023

JOÃO PEDRO GUERREIRO

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM CONTRATOS DE LUCRO E EXISTENCIAIS: UMA
GRADAÇÃO DE INCERTEZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade Direito da Universidade Federal de
Uberlândia como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil

Uberlândia, 19 de junho de 2023.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Keila Pacheco Ferreira
(UFU)

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
(UFU)

Prof. Dr. Almir Garcia Fernandes
(UFU)

*Dedico este trabalho aos meus avós,
Antônio, Arlindo e Adelaide, que, de
outro plano, sempre estarão guiando
meus passos.*

AGRADECIMENTOS

É uma significativa vitória concluir o curso de Direito na Universidade Federal de Uberlândia, local onde passei cinco anos da minha vida. O trabalho apresentado não é apenas de mérito pessoal, mas fruto de muitas forças convergentes que me ajudaram a finalizar esse ciclo. Por isso, agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de desfrutar os mistérios da vida. Agradeço infinitamente aos meus pais, Marco e Glorinha, e ao meu irmão, Tiago, por todo o apoio e cuidado por minha formação pessoal, sempre incentivando meus estudos e subsidiando meu desenvolvimento.

Agradeço à Yasmin, minha namorada, sem a qual não conseguiria os resultados aqui alcançados. Todas as vezes em que pensei em desistir, Yasmin me reergueu com seu carinho e amor.

Agradeço à minha vó, Dona Ana, que, com sua imensa sabedoria e vivência, sempre me transmite os melhores conselhos para enfrentar os obstáculos da vida. Em suma, agradeço a toda a minha família pela essência de esforço e dedicação irradiada às novas gerações.

Agradeço aos meus amigos, tanto os de São José do Rio Preto quanto os de Uberlândia, que sempre estiveram comigo me proporcionando uma verdadeira conciliação entre estudos e descontração.

Não posso deixar de agradecer à minha orientadora, Professora Doutora Keila Pacheco, que despertou meu interesse pelo Direito Civil com suas magníficas aulas e me ajudou a trilhar o caminho acerca do tema aqui discorrido. Ao Professor Doutor Fernando Martins, inspiração acadêmica e profissional que dispensa comentários por seu rico repertório jurídico, sendo uma honra tê-lo nesta Banca. Ao Professor Doutor Almir Garcia, que, além de gentilmente aceitar a participação nesta Banca, me proporcionou grande aprendizado com suas aulas leves e descontraídas. Agradeço também ao Professor Mestre Rafael Bizelli, sempre muito atencioso com minha turma e que, com suas preciosas obras, contribuiu ao desenvolvimento do estudo aqui apresentado.

Por fim, agradeço de um modo geral a todos que direta ou indiretamente contribuíram com a minha formação e, por consequência, com a elaboração deste trabalho.

RESUMO

Na sociedade global de risco, ganham relevância formas de captação e gerenciamento dos riscos causados pelo desenvolvimento desenfreado das tecnologias. O processo de modernização converteu-se, ao mesmo tempo, em tema e problema e, por isso, é forte o anseio social por ações que conciliem a segurança e o progresso. O escopo do presente estudo é justamente encontrar um modo de balizar esse paradoxo, utilizando-se, para tanto, a aplicação do princípio da prevenção nos novos modelos de contrato, existenciais e de lucro. Portanto, a pesquisa será permeada, em um primeiro momento, pela análise da responsabilidade civil e a inserção de sua função preventiva como importante refundamentação do instituto. Junto a essa noção, analisar-se-ão os subsídios que efetivam a ideia de prevenção como um princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, as idiosincrasias semânticas assumidas nas definições de prevenção e precaução. Em um segundo momento, entram em cena os novos contornos contratuais, que contemplam ora a racionalidade econômica, ora o pleno desenvolvimento da pessoa humana, conforme o interesse das partes com o acordo. E nesse sentido, persegue-se a conciliação sistêmica a partir do princípio da prevenção, que, igualmente, ora se coaduna com o íntegro desenvolvimento tecnológico e econômico, ora com a preservação da vida humana.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil Preventiva. Princípio da Prevenção. Princípio da Precaução. Contratos de lucro. Contratos existenciais.

ABSTRACT

In the global risk society, the manners of capture and management of risk caused by the uncontrolled development of technologies become more and more relevant. The process of modernization was converted at the same time into the theme and the problem, thus, a strong social intent urges for actions that conciliate security and progress. The purpose of this paper is to investigate a method of outlining this paradox using, for this intention, the application of the principle of prevention in the new existential and profit-sharing contract models. Hence, this research will initially encompass the analysis of civil responsibility and the insertion of its preventive function as an important new legal ground of the institute. Together with this notion, we will analyze the subsidies that affect the idea of prevention as a principle inside the Brazilian legal system, mainly the semantic idiosyncrasy accepted in the definitions of prevention and precaution. The second part examines the new contractual contour that emerges and encompasses sometimes the economic rationality and sometimes the full development of the person according to the interest of the parties in the agreement. In this respect we pursue the systemic conciliation originated from the principle of prevention, which is sometimes in line with the full technological and economic development and sometimes in line with the preservation of human life.

KEYWORDS: Preventive Comprehensive General Liability. Principle of Prevention. Principle of Precaution. Profit Sharing Contract. Existential Contract.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A SOCIEDADE DE RISCO E OS NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	12
2.1 O risco na sociedade pós-moderna	12
2.2 A responsabilidade civil preventiva	16
2.2.1 <i>Bases principiológicas e metodológicas à introdução da responsabilidade preventiva no direito civil.....</i>	<i>16</i>
2.2.2 <i>Da responsabilidade por culpa à responsabilidade objetiva.....</i>	<i>21</i>
2.2.3 <i>A insuficiência da responsabilidade objetiva na sociedade de risco – imersão na função preventiva.....</i>	<i>24</i>
3 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO	28
3.1 A prevenção em sentido <i>lato</i>	28
3.2 A prevenção como um princípio efetivador de direitos fundamentais	31
3.3 A distinção entre prevenção e precaução.....	36
4 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM CONTRATOS	41
4.1 O contexto de transformação do instrumento contratual	41
4.2 Os contornos contratuais pós-modernos e o princípio da prevenção como dever jurídico no processo obrigacional.....	45
4.3 Problemas inerentes à aplicação do princípio da prevenção	50
4.4 O princípio da prevenção e os novos modelos de contrato.....	52
4.4.1 <i>A prevenção em contratos de lucro</i>	<i>59</i>
4.4.2 <i>A prevenção em contratos existenciais.....</i>	<i>65</i>
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

Na pós-modernidade, a prevenção de danos vem mostrando ser a nova e mais adequada província do Direito.

Com o abrupto avanço das tecnologias, da globalização, da comunicação em tempo real, a sociedade passou por relevantes modificações, sendo função da ciência jurídica, sistema de segunda ordem¹, acompanhá-la.

Tais mudanças perpassam pelo realce dos novos riscos² como um fator presente em toda ação humana, configurando um evidente fato social, econômico e cultural, em esfera mundial. Vivemos a modernidade reflexiva³ de Ulrich Beck, em que apreciamos o progresso tecnológico com a incerteza do que está por vir: “*Risk is closely connected to innovation*”⁴.

Estamos diante de um autêntico paradoxo, isto é, “o processo de modernização torna-se reflexivo, convertendo-se a si mesmo em tema e problema”⁵. Portanto, o denominador comum entre as incertezas que podem acarretar danos em série e as novas descobertas é o risco.

Destarte, não podemos olhar para essa conjectura de modo acovardado, mas sim sob um viés encorajado, tentando captar, gerir com máximo cuidado os riscos que afrontam o bem-estar social, adotando como alicerce a visão prospectiva das relações sociais. Sandra Regina Garcia Oliven Bayer, citando Anthony Guiddens, obtempera:

Vivemos num mundo de transformações que nos afetam para o bem ou para o mal. A disciplina do risco não significa a sua exclusão, já que assumir riscos é elemento fundamental numa economia dinâmica e numa sociedade inovativa. Por isso o autor afirma que “Viver na era global significa lidar com uma diversidade de novas situações de risco. Nós podemos precisar, muito frequentemente, sermos corajosos mais do que cuidadosos ao apoiar inovações científicas ou outras formas de mudança. Afinal, uma raiz do termo ‘arriscar’ no original Português significa ‘ousar’”.⁶

¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2a ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 18/04/2023

² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 22, afirma que “estamos diante de novos riscos”.

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo. Ed. 34, 2010.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000. P. 21.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo. Ed. 34, 2010. p. 24.

⁶ BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. **O prêmio como instrumento de prevenção de danos**. 2022. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 65

Em consequência, torna-se função imprescindível do Direito acobertar essas “novas” situações, de modo a trabalhar com a ideia de probabilidade e agir no limite entre risco e incerteza, a fim de que não se perca de vista inovações construtivas e progresso tecnológico. Na linha de Teresa Ancona Lopez⁷, referenciando Yvette Veyret, “essa dose de incerteza também existe em nome do progresso, das inovações no risco construtivo, positivo, proativo. Veyret diz que essa abordagem pertence ao modelo do jogo”.

E atentando-se a esse novo modelo de jogo, os pesquisadores do Direito privado encontraram no instituto da responsabilidade civil um grande meio de efetivação do princípio da prevenção, passando este a configurar a razão de ser da responsabilidade civil, sobretudo através do *alterum non laedere*.⁸ Nasce a responsabilidade civil preventiva, amoldada pelo dever de proteção, pelo valor fundamental de segurança, numa verdadeira complementação do sistema tradicional *ex post* dano.

Assim, diante da probabilidade ou plausibilidade de se configurarem danos graves e irreversíveis na sociedade atual, a função preventiva prospectiva da responsabilidade civil merece destaque, exigindo que sejam tomadas medidas prévias, proporcionais e aptas a evitar os riscos de dano.⁹

Nesse passo à frente, relevante se torna a análise da modalidade contratual como um instrumento, um meio de efetivação da responsabilidade civil preventiva, trazendo o novo paradigma às relações estritamente privadas. Em outras palavras, além da responsabilidade extracontratual, decorrente de leis e decisões judiciais, o princípio da prevenção deve sobressair no âmbito da autonomia privada, um campo em que, teoricamente, conseguimos mensurar e quantificar com maior precisão as relações sociais.

O panorama atual exposto se coaduna com o ideal do contrato pós-moderno, em que se ultrapassa a abstratividade positiva dada ao indivíduo, valorizando-se a concretude e a influência externa. Os novos ares tomados pelo Direito contratual, marcado por um sistema

⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27.

⁸ Keila Pacheco Ferreira afirma que esse princípio tão caro à responsabilidade civil pode perfeitamente ser compreendido como um atuar anterior à ocorrência do prejuízo, pois ordena precisamente não causar dano a outrem, incentivando tanto a prevenção *ex ante*, como também a reparação *post factum*. FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 71.

⁹ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 193.

aberto e valorativo, favorecem a expansão do princípio da prevenção como forma de se garantir a paz social, ou seja, uma convivência harmônica entre risco e progresso científico.

Diante desse contexto, é desejo da presente pesquisa amparar as incertezas capazes de atingir a dignidade humana, olhando para o indivíduo inserido na sociedade, dotada de valores, contemplando-se, assim, o culturalismo jurídico¹⁰ e a teoria tridimensional da norma¹¹, ideais recepcionados pelo Estado pós-moderno, sobretudo na alçada da Constituição Federal de 1988. Portanto, a presente tese tem como finalidade apresentar diferente aplicação axiológica do princípio da prevenção e da precaução nos grandes modelos de contratos hodiernos, a saber, de lucro e existenciais, de modo a contemplar, respectivamente, a racionalidade econômica e a preservação da vida humana.

Desta forma, o texto encontra-se repartido em três capítulos. No primeiro capítulo, apresentaremos a evolução do elemento risco junto às transformações da sociedade, culminando-se na sociedade global de risco. A partir dessa conjectura, estudaremos a evolução da responsabilidade civil, momento em que passaremos pela responsabilidade por culpa, pela responsabilidade objetiva, até que se chegue à nova proposta de responsabilidade civil: a responsabilidade preventiva. Colocado o ideal de antecipação de danos, no segundo capítulo, trataremos especificamente sobre o princípio da prevenção, corolário da responsabilidade civil preventiva. Primeiramente, apresentaremos diferentes sentidos jurídicos da prevenção para que, posteriormente, se edifique tal ideia como um princípio constitucional. Ainda no segundo capítulo, distinguiremos os conceitos de prevenção e precaução. No último e terceiro capítulo, estudaremos a incidência do princípio da prevenção, alicerçado ao longo dos outros capítulos, nos contratos. Exploraremos, para tanto, a evolução desse valioso instrumento do Direito Civil e suas idiossincrasias atuais. Ao final, fundamentaremos a proposta fulcral do estudo, qual seja, a diferente alocação do princípio da prevenção nos contratos de lucro e existenciais.

Portanto, a pesquisa trata o Direito como um sistema aberto, dinâmico e incompleto, tendente à constante evolução. Assim, coloca-se o contrato como instrumento dotado de valores sociais, o qual requer a hermenêutica prospectiva e axiológica em constante diálogo de fontes. Utilizamos o diálogo entre doutrinas e legislações pátrias junto às obras e

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010, p. 86-87.

¹¹ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 121.

disposições normativas estrangeiras, de modo a se comparar a aplicação da prevenção e os subsídios que lhe fundamentam, sobretudo no âmbito contratual pós-moderno.

Em suma, optamos pela abordagem qualitativa de pesquisa, utilizando-se o método dedutivo, a saber, diante da sociedade do risco, mostra-se imprescindível a ascendência do princípio da prevenção como fundamental em um instrumento do Direito privado tão flexível. Isso sob a luz da Constituição Federal, norte máximo à aplicação do princípio em questão, culminando-se no enfoque baseado na subdivisão mais adequada ao Direito contratual atual: contratos existenciais e de lucro.

2 A SOCIEDADE DE RISCO E OS NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 O risco na sociedade pós-moderna

O risco é elemento histórico constante à sociedade. Em toda a existência humana, o indivíduo conviveu com as incertezas. A variável desse fator reside no modo de encará-lo, de acordo com o contexto de cada época.

Em tempos remotos, os riscos eram observados sob um viés genérico, muitas vezes se confundindo com o conceito de *álea*, os acontecimentos totalmente inevitáveis, imprevisíveis, futuros e casuais, desprendidos, portanto, da ideia de *probabilidade*¹². Teresa Ancona Lopez, seguindo Giddens¹³, ressalta que “as culturas tradicionais não tinham o conceito de risco porque não precisavam de um”¹⁴. De modo específico, podemos citar o medo em relação às novas doenças que acometiam a sociedade antiga, à perda de mercadorias durante as longas viagens marítimas, às águas não mapeadas pelos navegadores e, mais tarde, às consequências de investimentos bancários.¹⁵

Entretanto, foi em meados do Século XVIII que o conceito de “risco” passou a se desenvolver de maneira autônoma, a partir da efetivação da maquinofatura como principal meio de produção da sociedade. Nesse tempo, ao alvorecer da Revolução Industrial, os trabalhadores eram os responsáveis por operar máquinas, as quais, por sua vez, configuravam o centro do novo modelo social e econômico. Ocorria, desta forma, uma verdadeira “via de mão dupla” no que tange aos riscos: de um lado o operariado passou a ser exposto a graves e irreversíveis danos dentro do ambiente maquinário e, noutro extremo, o consumidor da época se viu diante de produtos inseguros e danosos.

Observamos que a população estava sendo gradativamente colocada em um cenário de dúvida, de incerteza quanto aos danos, concomitantemente à evolução das tecnologias. Darcy Ribeiro define esse momento histórico como uma revolução que emergiu na Europa Ocidental

¹² FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 105. “(...) o que distingue o risco daquelas outras noções, não é a maior ou menor imprevisibilidade do evento, mas sim o fato de que, no risco, a antecipação do acontecimento conduz à avaliação das possíveis consequências danosas para sopesar um coeficiente de probabilidade e discernir seu valor”.

¹³ GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000. p. 21.

¹⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 27.

¹⁵ GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000. p. 40.

a partir da “descoberta e a generalização de conversores de energia inanimada para mover dispositivos mecânicos, responsáveis também por novas alterações fundamentais na estratificação social, na organização política e na visão do mundo de todos os povos”.¹⁶

Com passar do tempo, uma legítima relação de causa e efeito entre a industrialização e o risco passou a nortear o rumo da população, a saber: a Revolução Industrial inaugurou para a humanidade um novo ciclo produtivo, o qual transformou profundamente a sociedade industrial moderna, dando origem à denominada “modernidade reflexiva”. Fundador da expressão, Ulrich Beck, em *Sociedade de Risco (Risikogesellschaft)*¹⁷ alertava para o fato de que tais transformações constituíam-se o próprio reflexo da modernização simples ou industrial, expressando assim esse movimento interno.

São os contornos do Século XX, pós Segunda Guerra Mundial, em que a sociedade de classes, fortemente industrial e estratificada, dá lugar à sociedade de risco, uma sociedade industrial conjugada com a ciência¹⁸. Acerca dessa verdadeira conjugação paradoxal, Teresa Ancona Lopez, seguindo as ideias do sociólogo alemão, esclarece:

A modernização reflexiva, afirma Beck “não significa menos, mas mais modernidade, uma modernidade radicalizada contra os caminhos e categorias do contexto (setting) industrial clássico”. A continuidade da sociedade industrial constitui a razão de sua própria descontinuidade: as coordenadas da modernidade industrial vão sendo abaladas, liberando, por um lado, os princípios da modernidade das limitações da sociedade industrial, mas, por outro lado, gerando riscos e perigos.¹⁹

Sob o mesmo ângulo, Raffaele De Giorgi mostrou que a sociedade contemporânea é antagonica, vez que “reforçam-se segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade”²⁰. Se, de um lado, todos querem as facilidades das novas criações, das novas descobertas, de outro, ninguém quer absorver a incerteza de danos que pesa sobre essas utilidades e facilidades²¹. Diante desse contraste, torna-se desafio

¹⁶ RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório**. São Paulo: Cia das Letras; Publifolha, 2000, p. 20 e s.

¹⁷ Com tradução em língua portuguesa: BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹⁸ BECK, Ulrich. *Risk Society – Towards a New Modernity*. Tradução para o inglês de Mark Ritter. Londres: SAGE. Publications Ltda., 2005, p. 1 a 3.

¹⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 38.

²⁰ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 15, n. 28, p. 45-54, 1994.

²¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 30.

desenvolver um equilíbrio entre os benefícios e os perigos na introdução dos avanços científicos e tecnológicos.

De fato, a assunção do risco ativa é um elemento nuclear da economia dinâmica e de uma sociedade inovadora, como afirma Giddens²². Portanto, a tarefa dos sujeitos sociais é agir entre segurança e progresso. Nos dizeres de Yvette Veyret:

Para ser considerado pelas políticas e dentro dos objetivos de uma gestão adaptada, o risco deve ser ‘calculável’, avaliável. A partir do momento em que o cálculo probabilístico atinge seu limite, a noção de risco perde sua pertinência e entra-se no domínio da incerteza.²³

Configura, pois, uma interessante relação inversamente proporcional, ou seja, aumenta-se a probabilidade para que se diminua a incerteza. O resultado lógico é o aumento da segurança e do tão almejado progresso social, consumando-se uma convivência “harmônica” entre a cientificidade tecnológica e o risco. Evidentemente, o ideal exposto não consegue tornar-se absoluto, refletindo uma fórmula imprecisa de cálculo frente à “incalculabilidade” trazida pela sociedade mundial de risco. Neste sentido:

A sociedade tenta, então, controlar ou até anular esses riscos. A segurança social e individual é um dos maiores anseios do ser humano. Almeja-se o risco zero, que não existe. Hoje, os maiores estudiosos da matéria mostram que o gerenciamento dos riscos é fundamental, mas que o risco zero é uma utopia, pois sempre haverá um risco residual, que ainda é risco, que deve ser suportado pela coletividade ou pelos indivíduos.²⁴

Forte traço da sociedade pós-moderna, portanto, é a incontrollabilidade das situações. Por isso, o ser humano vive com medo, elemento este que se fundiu junto às próprias relações sociais. É dizer, ao passo em que a sociedade se individualiza e se flui com a expansão das fronteiras de comunicação, o medo, igualmente, se liquefaz, se movimenta, podendo vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta²⁵. O retrato atual nos confronta com o medo do destino para o qual inexoravelmente nos dirigimos.²⁶

²² GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000. p. 53.

²³ VEYRET, Yvette. **Os Riscos**. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Ed. Contexto, 2007, p. 30.

²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 31.

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 10. Afirma o autor: “O que mais amedronta é a ubiquidade dos medos; eles podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos pra ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos

Com efeito, o tratamento do dano, estático, pretérito e certo, torna-se insuficiente à medida que a segurança e a confiança se perdem com o desenvolvimento. É notório o fato de que o risco assume o papel do dano na pós-modernidade.

E essa realidade deve ser encarada pelo Direito, mormente no que toca sua função social. Sobreleva, neste ponto, o valor da Sociologia Jurídica como categoria de ciência autônoma, a qual entende que a norma jurídica não é somente um dado formal, mas sim um resultado de fatores sociais que devem, necessariamente, ser observados pelos seus intérpretes e aplicadores.²⁷ Referido campo, portanto, possibilita a aproximação da ciência jurídica à vida, à realidade concreta. O Direito positivo é, assim, expressão dinâmica do processo de mudanças das estruturas sociais.²⁸

Diante das fortes transformações e construções sociais, o operador do Direito foi desafiado a adaptar a hermenêutica normativa de acordo com o a nova dinâmica estrutural do Século XXI – a sociedade global de risco. Ventilou-se, assim, a ideia de antecipação de danos como forma de agasalhar o medo e dar maior segurança às relações, já que o ideal de segurança da primeira modernidade não é mais possível. Conforme Beck, “dada a nova classe de ameaças à humanidade, a lógica da compensação entra em colapso e é substituída pelo princípio da ‘precaução pela prevenção’”²⁹.

Nesse cenário de reconstrução, a tábua axiológica social e jurídica passou a ter como forte marca a ética prospectiva. Portanto, não basta apenas tutelar o presente, mas é necessária uma visão futurística à medida que se verificam a irreversibilidade e a gravidade dos danos inerentes à nova era. Como compensar aquilo que não é compensável? Inexoravelmente, tal dúvida ecoou de modo profundo no campo da responsabilidade civil, em que mesmo as grandes indenizações tornaram-se incapazes de tutelar o valor máximo do ordenamento jurídico: a dignidade humana.

corpos entraram em contato. Do que chamamos de natureza (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando a destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando a destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos) ”.

²⁶ BAYER, Sandra Regina Garcia Oliven. **O prêmio como instrumento de prevenção de danos**. 2022. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 64.

²⁷ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 85.

²⁸ GOMES, Daniela Vasconcellos. A Questão da (In) Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea. **Desenvolvimento em Questão**, v. 8, n. 15, p. 153-164, 2010.

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 364.

Urge a responsabilidade civil preventiva, a qual traz consigo uma tutela transindividual, haja vista a necessidade de proteger não só o indivíduo do presente, mas também o do futuro. Por consectário lógico, tal modalidade segue a natureza dos riscos, que envolve a antecipação da destruição, ou seja, envolve uma visão prospectiva a fim de que se evite danos. Portanto, o ímpeto social do risco está na projeção de danos para o futuro, daí a relevância das ações de prevenção.³⁰

Configura-se, assim, a melhor maneira de se aliar as inovações tecnológicas com a dignidade humana, de modo a tentar amenizar a “irresponsabilidade organizada”³¹, reavivando ao mundo normativo questões de direitos humanos, meio-ambiente e todos os substanciais direitos difusos. “Contudo, não se desprende do globalismo, que por sua vez, traz um aspecto puramente econômico, o que é um incessante problema atinente ao risco, à comercialização do risco”³².

Doravante, passemos ao estudo do novo paradigma proposto à responsabilidade civil como tutela das necessidades sociais pós-modernas.

2.2 A responsabilidade civil preventiva

2.2.1 Bases principiológicas e metodológicas à introdução da responsabilidade preventiva no direito civil

Como vimos, a responsabilidade civil é um campo do Direito extremamente fértil a se efetivar a tutela do indivíduo de acordo com os novos moldes da sociedade global de risco. Isso porque tal instituto possui aplicação maleável à axiologia, modificando-se ao longo do tempo e seguindo a linha cultural e valorativa de cada sociedade por ter estreita relação com a ética. Desta forma, torna-se importante colocar, antes de tudo, o pano de fundo sob o qual a prevenção ganhou espaço no Direito como um todo, sobretudo no Estado brasileiro.

Keila Pacheco Ferreira, na esteira de Franz Wieacker, esclarece que “para a realização da justiça, o jurista deve reconhecer o *ethos* social, que na sociedade burguesa do século XIX

³⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 37.

³¹ BECK, Ulrich. **Incertezas fabricadas – entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck**, dada à IHU Online, em 02/06/2006, disponível em http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticiais&cod_canal=41&cod_noticia=7063.

³² FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 30.

correspondia à *liberdade*, sendo substituída, posteriormente, pela responsabilidade”.³³ Por oportuno, esse giro ético, juntamente à expansão do funcionalismo jurídico, revela-se um ponto-chave para análise técnica acerca das funções da responsabilidade civil.

À guisa de contextualização, temos, *ab initio*, que o Iluminismo, o qual dá origem ao Estado Liberal, traz consigo importantes fatores no que tange ao modo de se fazer justiça. Como indicado acima, o período é marcado pelo ideal de liberdade do ser humano, sendo este o centro de todo o sistema social. Em intensa superação ao Estado Absolutista, instrumento de opressão à liberdade e de arbitrariedade governamental, o liberalismo tornou-se expressão de uma ética individualista voltada à liberdade total em todos os aspectos da realidade.

No campo do Direito, essa dinâmica foi acompanhada pela mudança do direito repressivo pelo direito autônomo, baseado nos ideais burgueses. O Estado e a Constituição passaram a ter acurada função de defesa dos direitos de liberdade, sendo o Código Civil regulamentador das relações estritamente privadas. Em especial, destaca-se o Código Civil de 1804, o conhecido Código de Napoleão, que marcou a inserção das novas ideias ao ordenamento jurídico, inspirado pela ideia de racionalização. Acerca do referido Código, Díez-Picazo e Antonio Gullón asseveram:

*El Código francés es una obra capital, de enorme influencia en el mundo, sobre todo en el siglo XIX. Fue el vehículo de las ideas de la Revolución Francesa, y responde a una ideología típica del liberalismo burgués, pues no en balde es la burguesía que inicia la Revolución y la que, a la postre, sale vencedora. Es un Código que afirma el primado del individuo, de su igualdad ante la ley fuera de las circunstancias de su condición social, y de su libertad, y de ahí que sus pilares básicos sean la libertad contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la responsabilidad civil basada en la culpa.*³⁴

Conforme se extrai do excerto transcrito, o Código Civil de 1804 se mostrou uma grande evolução ao mundo das codificações e, sobretudo, ao direito privado, expressando os ideais libertários e individualistas da época, como a proteção máxima aos direitos de propriedade, bem como a responsabilidade civil baseada na culpa. Disseminava-se assim as novas ideologias e conteúdos valorativos balizadores da sociedade burguesa, aplainados na ideia de igualdade formal e abstrata.

Com a expansão das codificações, o mundo jurídico passou a se desenvolver de forma autônoma, pautado na concepção de racionalização, pretendendo-se, assim, a construção de

³³ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 31.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997, p. 36.

um sistema que se funda e se desenvolve em sua própria lógica³⁵. Isso significa uma óptica fechada, voltada exclusivamente para o código, uma vez que, em tese, haveria uma norma para cada caso.

Na linha filosófica desse momento, diversos movimentos se destacaram, sendo o positivismo jurídico o mais importante à contextualização ora apresentada. Isso porque a influência desse movimento no Direito é cristalina, considerando-o uma ciência autêntica, com objeto específico de análise e dotado de metodologia própria.³⁶ Sinteticamente, o positivismo, se desenvolvendo em ares libertários, buscava em relação ao Direito o *status* de ciência autônoma, desprendendo-o das ciências naturais, bem como de ideologias culturais, religiosas e morais.

O que aqui nos importa é que esse pensamento trouxe ao Direito uma ideia totalmente estática, considerando o indivíduo atomizado, descurado dos valores da sociedade. Tal fase é marcada pelo estruturalismo jurídico, representado na Jurisprudência dos Conceitos³⁷, em que a preocupação principal é a sistematização jurídica. Grande expoente dessa corrente, Hans Kelsen traz aos estudos jurídicos a Teoria Pura do Direito, descrevendo nela objetos colocados no mundo do *dever ser*, isto é, dentro de um campo virtual. Defende, portanto, o autor que “o estudo do direito, deve programaticamente, excluir qualquer elemento proveniente do mundo do ser, ou seja, deve ser ‘puro’”, conforme analisa Mario G. Losano.³⁸

A teoria pura se apresenta, assim, como uma construção unitária que dá conta de todo o mundo do Direito, mas somente do mundo do Direito. É o chamado “dogma da completude”³⁹, traduzido pelo Código de Napoleão.

Desta forma, o Código Civil abstrato, neutro, individualista e liberal, foi o centro de gravidade do Direito privado por muito tempo, caracterizando um “monossistema”.⁴⁰ No

³⁵ Nesse sentido, Rafael Ferreira Bizelli afirma que “os Códigos, como racionalização do mundo jurídico, pretenderam a construção de um sistema que se funda na própria lógica jurídica e que se desenvolve a partir de si mesma, o que demonstra a ideia progressista de supor que o ordenamento jurídico segue uma linha evolutiva de melhora”. BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 29.

³⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 160-161.

³⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 168

³⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Volume 2. O século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 53-54.

³⁹ LORENZETTI, Luis Ricardo. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 68, p. 212-242, out.-dez./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 4. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 20/04/2023.

⁴⁰ DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229

entanto, conforme exposto no tópico anterior, a evolução tecnológica trouxe novos valores à sociedade, especialmente no período pós-guerra, em que se clamava por um novo modelo de justiça.

Nesse desiderato, faz-se de extrema importância destacar as ideias de Norberto Bobbio, grande expoente da passagem do estruturalismo ao funcionalismo jurídico, afirmando que “a completude não passava de uma miragem do legislador”⁴¹. Por isso se diz que “o mundo dos fatos, revoltou-se contra o código”⁴² que, incapaz de solucionar os novos problemas, perdeu seu espaço dentro do ordenamento jurídico”.⁴³

Sem adentrar, nesse momento, aos novos problemas jurídicos no que tange à responsabilidade civil, fato é que o modelo jurídico funcional abriu espaço para a comunicação entre a norma e os valores sociais, dando azo à criação de microssistemas jurídicos protetores das necessidades humanas, sobretudo sob a ética da solidariedade em detrimento da liberdade. Neste sentido:

A teoria funcionalista de Norberto Bobbio, sem dúvida, alcançou aplicação normativa no Direito brasileiro. É possível observar, por exemplo, que de forma mais incisiva após a Constituição Federal de 1988, a emergência de inúmeros microssistemas dedicados a setores especialmente frágeis, e que necessitavam de certa ‘parcialidade’ normativa para o fortalecimento no ambiente social, uma vez que o próprio texto constitucional reconhece situações de desigualdade e especial vulnerabilidade, como a criança e adolescentes, idoso, consumidores, portadores de necessidades especiais e futuras gerações.⁴⁴

Sobrelevando o sistema jurídico brasileiro, ressalta-se, também, a ascensão da Constituição Federal ao centro do ordenamento, irradiando seus respectivos valores à legislação infraconstitucional. Configura o chamado neoconstitucionalismo⁴⁵ que, aplainado sob a filosofia pós-positivista, busca reaproximar o Direito e a Ética por meio da valorização dos princípios e do reconhecimento de sua força normativa. Acerca dessa aproximação entre a ciência jurídica e a ética, o autor Miguel Reale traz grande contribuição a partir dos conceitos de culturalismo jurídico e teoria tridimensional da norma. Vejamos sua percuciente explanação:

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999, p. 115-121

⁴² GOMES, Orlando. A caminho dos MicroSistemas. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 41.

⁴³ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 79.

⁴⁴ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 46.

⁴⁵ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 282-283.

A cultura é, em suma, o a priori - absolutamente não-estático - que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. Portanto, para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa. Daí o a priori cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural. Nesse universo cultural dinâmico, processual, integrativo e interdisciplinar, o Direito é, por sua vez, ‘uma espécie de experiência cultural’, ‘uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem’, apresentando-se sempre como ‘síntese ou integração do ser e do dever-ser, de fatos e de valores, quer em experiências particulares, quer na experiência global dos ordenamentos objetivados na história’. Daí que, para o culturalismo, o direito só é compreensível como bem cultural, consistindo o momento normativo no momento da concreção de fatos e valores.⁴⁶

E colocando o Direito como bem cultural, Reale o concebe como produto entre fato, valor, norma e a experiência do operador jurídico⁴⁷. Observamos, portanto, que o Direito se descarta da perspectiva meramente formal e passa a ser visto sob a óptica da Sociologia Jurídica⁴⁸, vinculado à experiência humana e, por decorrência, sujeito às mutabilidades da sociedade.

Por oportuno, vale contemplar, igualmente, a doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, que define o direito pós-positivista como um sistema de segunda ordem⁴⁹, sendo sua função servir a sociedade, sistema de primeira ordem. De acordo com o autor,

“o direito é um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variados. [...] Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. [...] Além de complexo, o sistema jurídico é um sistema de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional).”⁵⁰

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadotribunais.com.br, p. 4-5, Data de Acesso: 17/04/2023.

⁴⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 64-68.

⁴⁸ SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-61

⁴⁹ Antônio Junqueira de Azevedo obtempera que “Antes de mais nada, é preciso compreender que o direito, na verdade, não é em si um sistema autônomo; integrado na sociedade, ele é um sistema de segunda ordem, algo assim como o sistema nervoso nos seres vivos (Maturana e Varela). Por isso mesmo, para cumprir sua função de absorver conflitos sem perturbar o grande corpo social, ele tem, justamente, de dar solução aos conflitos, da melhor forma possível.” DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 94, p. 3-12, 1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 11/05/2023.

⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito

Nesse passo, o funcionalismo pós-positivista concebe também a análise do caso concreto, aproximando as situações cotidianas da criação da norma jurídica. Acerca desse aspecto, podemos relacionar esse “novo” modo de fazer Direito com a teoria de Jürgen Habermas do “agir comunicativo”, a qual valoriza a intersubjetividade e combate a unilateralidade da ideia de razão⁵¹. Em suma, entende-se que o Direito é operacionalizado a partir dos passos dos atores sociais, da comunicação entre os indivíduos e, por consequência, é mutável e flexível.

Tal ambientação favoreceu a criação das chamadas “cláusulas gerais”⁵² pelo legislador, uma nova técnica jurídica que propicia a abertura sistêmica do ordenamento jurídico em direção à hermenêutica pragmática. As cláusulas gerais conferem uma grande mobilidade e funcionalidade ao sistema jurídico, permitindo que, à luz do culturalismo, o próprio Código se renove a cada novo fato e sob distintos valores⁵³, evitando que, como ocorrera outrora, “os fatos se revoltam contra o código”: modifica-se o significado e o conteúdo da norma, sem que se altere sua letra⁵⁴.

Por derradeiro, o Direito privado brasileiro culmina na criação do Código Civil de 2002, sob o plano da teoria do funcionalismo jurídico, que passa a considerar o fato social como elemento imprescindível ao Direito, do culturalismo jurídico, bem como da secundariedade da ciência jurídica em detrimento dos passos do ser humano. Conseqüentemente, abre-se espaço para novas aspirações jurídicas como por exemplo a responsabilidade civil preventiva.

2.2.2 Da responsabilidade por culpa à responsabilidade objetiva

Especificamente no âmbito da responsabilidade civil, percebe-se, no mesmo contexto exposto, um movimento vertical em que são inseridos paulatinamente valores sociais.

de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 17/04/2023.

⁵¹ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 98-99.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadoatribunais.com.br Acesso em 18/04/2023, p. 13-14.

⁵³ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 229.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadoatribunais.com.br Acesso em 18/04/2023, p. 8.

Pois bem. Conforme mencionado alhures, o Código Civil de 1804, individualista e libertário, trouxe a ideia de responsabilidade civil subjetiva, assumindo a *faute* como o fundamento privilegiado de imputação delitual, restringindo, assim, a responsabilidade aos comportamentos culposos.⁵⁵ A responsabilidade, portanto, era voltada ao autor do dano, não sendo essencial a reparação à vítima caso não verificado o elemento “culpa”. A chamada “teoria da culpa”, clássica teoria da responsabilidade civil, foi o modelo mais adequado à época, em que o indivíduo abstrato era o centro do ordenamento jurídico.

Com a inserção da perspectiva funcionalista no Direito, essa aplicação da responsabilidade civil originalmente estática foi se transformando gradativamente. De modo antitético, o elemento subjetivo concreto passou por uma abstração, ou seja, a noção de culpa passou a considerar o parâmetro da normalidade, do bom senso e da responsabilidade. O elemento culposo passou a abranger o grau de cuidado e zelo das ações humanas, avaliando-se o erro da conduta do responsável a partir de uma comparação com o comportamento considerado normal ou padrão, de modo a evitar o evento danoso.⁵⁶

Desta forma, verifica-se a colocação de elementos eminentemente morais aos pilares da responsabilidade, distinguindo-se, assim, conceitos como culpa, dolo e ilicitude. Nesse ponto, vale destacar o modelo adotado pelo Código Civil Alemão, BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), promulgado no início do Século XX, que, nos termos de seu parágrafo 823 propõe que “quem com dolo ou negligência violar ilicitamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um tal direito de outra pessoa, deve reparar os danos por que é responsável”⁵⁷.

Importante memorar que o período mencionado corresponde ao pós-guerra, em que o desenvolvimento tecnológico e industrial e a conseqüente produção e consumo em massa passou a causar conseqüências danosas em grande escala, os denominados “danos em massa”. Nos dizeres de Genève Viney:

A evolução interna do direito da responsabilidade, e notadamente o declínio de alguns de seus elementos, julgados ainda essenciais até pouco tempo, como, por exemplo, a culpa, assim como a aparição em seu meio de regimes especiais cujo particularismo é tal que sua inclusão na categoria responsabilidade parece das mais

⁵⁵ BARBOSA, Mafalda Miranda. Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual. **Coimbra: Almedina**, 2006, p. 143.

⁵⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 27.

⁵⁷ Tradução livre do BGB § 823, I: Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

discutíveis (...) dão a impressão de uma diluição espontânea e, em suma, de uma verdadeira inconsistência da própria noção.⁵⁸

Ultrapassou-se, portanto, a responsabilidade baseada na culpa, principalmente pelo fato de que as vítimas desses novos danos, na maioria das vezes, mostravam-se incapazes de produzir qualquer tipo de prova acerca do evento, situação conhecida como “prova diabólica”⁵⁹. Em relação à decadência da responsabilidade subjetiva, Carlos Young Tolomei analisa que “em determinados casos, como nos acidentes de trabalho, exigir da vítima prova da culpa equivalia a manter impune o provocador do dano, sobretudo diante da crescente complexidade das práticas industriais e do progressivo aumento dos riscos de acidentes, de toda espécie”⁶⁰.

Diante disso, entra em cena a responsabilidade civil objetiva, aliada à seguinte mudança de perspectiva: do olhar para o causador dos danos, a norma volta-se aos próprios danos. Nessa linha, pautado na teoria do risco, o regime de responsabilidade objetiva volta-se essencialmente para a reparação do dano, ao invés de se preocupar com o comportamento de quem o cometeu, passando a reparação a independe da prova de culpa do responsável. Vale dizer, passou a ser necessária a demonstração do evento danoso praticado por alguém em razão dos riscos oferecidos pela sua atividade⁶¹.

Não obstante as controvérsias, a presunção de culpa no âmbito da responsabilidade civil se efetivou a partir de nova ordem teleológica: “não mais como necessidade de uma normalidade ou de uma virtuosidade, mas como necessidade de pacificação social ou” ... “de justiça”⁶². Segundo Teresa Ancona Lopes:

Passou-se a afirmar, como mostram Alpa e Bessone⁶³, que a solução do problema de responsabilidade civil, em termos de responsabilidade objetiva, é fruto de um juízo de equidade, que impõe a transferência dos danos dos mais pobres para os mais ricos. Dos consumidores para as empresas que produzem mercadorias defeituosas,

⁵⁸ VINEY, Geneviève. **Responsabilité**. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 35, Paris: Sirey, 1990, p. 275-292.

⁵⁹ RIPERT, George. **O regime democrático e o direito civil moderno**. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 337.

⁶⁰ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil (arts. 186 a 188). A parte geral do novo, 2007. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucionalista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 366.

⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e responsabilidade objetiva. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 853-854.

⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 11.

⁶³ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Tratatto di Diritto Privato**, vol. 14, tomo VI, Torino: UTET, 1986, p. 307 a 312.

dos trabalhadores àqueles que os contratam, dos que sofrem danos aos que exercem atividades perigosas, e assim por diante.⁶⁴

Conclui a autora, na linha de Guido Alpa e Mario Bessone, por três pontos significativos no tocante a responsabilidade objetiva. O primeiro diz respeito ao caráter econômico desse modelo, pautado da distribuição dos riscos pela sociedade. O segundo ressalta o princípio da solidariedade social escrito na Constituição da República, vetor da efetivação dos valores à norma. O terceiro ponto indicado menciona que a responsabilidade objetiva protege os prejuízos difusos da atividade empresarial, posto que agora os sistemas empresariais podem suportar custos e ônus mais altos do que aqueles que suportavam em épocas de *laissez-faire*.⁶⁵

Nesse sentido, convém esclarecer que das diversas teorias propostas aos riscos criados, a teoria do “risco da atividade” acabou sendo a mais difundida nas economias tecnologicamente avançadas. A propósito, essa é a teoria adotada no Brasil pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil de 2002, especificamente no parágrafo único do artigo 927⁶⁶, que é cláusula geral. Destarte, reproduzindo referido dispositivo legal, haverá responsabilidade objetiva, independentemente de culpa quando “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”.

Verifica-se, portanto, uma legítima mudança no núcleo do sistema reparatório, o qual passa a se voltar para quem sofreu o dano e não para quem o cometeu, o que forçou a moderna doutrina civilista a compreender a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos”⁶⁷.

2.2.3 A insuficiência da responsabilidade objetiva na sociedade de risco – imersão na função preventiva

⁶⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 45.

⁶⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 46.

⁶⁶ Lei 10.406/2002 - artigo 927: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 34.

Vimos que o “Direito de Danos” na responsabilidade objetiva está aplainado sob o princípio da solidariedade social, ou seja, distribui-se a reparação dos danos para que se obtenha equilíbrio nas relações e justiça. Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, “questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado”⁶⁸.

Nesse contexto de reparação de danos, é importante mencionar também a ascensão dos mecanismos de securitização como solução à distribuição e socialização dos riscos. Acerca desses meios, Teresa Ancona Lopez explica que “na socialização dos riscos perde importância a fundamentação da responsabilidade na teoria da culpa ou do risco. Na verdade, estamos diante do ‘direito de danos’, e não da responsabilidade em sentido estrito”⁶⁹.

Entretanto, a experiência contemporânea da sociedade de riscos traz consigo uma insuficiência em relação ao espectro designadamente reparatório e patrimonialista, passando-se a relativizar as noções do dano e ressarcimento pelo equivalente monetário.⁷⁰ Isso porque, diante da gravidade e irreversibilidade dos novos danos, tornou-se anseio social uma maior abrangência em relação à sua tutela jurídica, de modo a se resguardar a dignidade humana, valor máximo previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal⁷¹.

Nesse passo, a função reparatória da responsabilidade civil, alicerçada pelo Princípio da Reparação Integral, passou a ser ramificada em duas facetas, a indenizatória e a compensatória. A primeira, de caráter exclusivamente patrimonial, ligando a restituição da situação ao *status quo ante*, à equivalência entre dano e reparação. Contudo, o ponto crucial da subdivisão para nosso estudo reside na análise do caráter compensatório da responsabilidade civil. Diferentemente da restituição *in natura*, a compensação dos danos não consegue trazer a restituição ao estado anterior das coisas, interligando-se aos danos extrapatrimoniais, a saber, aqueles que atingem a personalidade do indivíduo. Portanto, a

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 857.

⁶⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53.

⁷⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 38.

⁷¹ Constituição Federal de 1988 – artigo 1º: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

compensação de danos busca alguma satisfação como forma de contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado.⁷²

Diante dessa irreversibilidade, desenvolveu-se o caráter punitivo e pedagógico na avaliação do *quantum* indenizatório como tentativa de amenizar e, de certa forma, prevenir ações semelhantes. Nesse sentido é a previsão do Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.⁷³

Malgrado afigurar-se alvo de diversas críticas e questionamentos, esse novo caráter proposto à tutela de danos extrapatrimoniais pode ser visto como um passo à frente em relação aos estudos de responsabilidade civil, uma vez que insere timidamente a noção de prevenção de danos, muito embora essa prevenção se dar após a ocorrência do evento (*post factum*). No entanto, encarregar ao magistrado esta tarefa nos parece uma solução um tanto quanto ineficaz, tendo em vista a dificuldade de mensuração desse tipo de dano e a consequente insegurança nas decisões, o que pode gerar com muita facilidade o enriquecimento indevido de uma das partes e a fixação de ínfimas indenizações.

Em que pese todas as saídas criadas aos novos problemas da responsabilidade civil, é certo que a reparação integral se mostra insatisfatória à funcionalização do instituto, em virtude da natureza essencialmente extrapatrimonial dos danos, que atingem não só a esfera individual, mas toda a coletividade (esfera transindividual). Conforme adverte Keila Pacheco Ferreira,

De fato, vivencia-se, na sociedade contemporânea, uma categoria de danos que não se adequa perfeitamente à configuração clássica da responsabilidade civil, pois diversamente dos danos convencionais, que se verificam no plano intersubjetivo, os “novos danos” (especialmente com relação aos interesses da coletividade) se caracterizam de forma supra individual, podendo, de forma reflexiva, atingir direitos e bens individuais. Quanto aos “bens de incidência coletiva”, a dificuldade em sua quantificação e apreciação econômica justifica a precedência da prevenção do dano,

⁷² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 39.

⁷³ Jornadas de direito civil: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf> Acesso: 18 de abril de 2023.

seguida da restituição, e somente não havendo êxito nestas possibilidades, buscar a reparação.⁷⁴

Veja-se que a autora apresenta um sistema de complementação, uma lógica em que, primeiro se previne com ações *ex ante* dano e, não o sendo possível, busca-se a reparação com ações *ex post* dano. Nesse consectário lógico, “a função reparadora da responsabilidade civil é uma ilusão, pois sempre será melhor não sofrer o dano do que receber dinheiro por um prejuízo permanente, por exemplo. Todavia, é melhor receber uma indenização do que ficar irressarcido”.⁷⁵

Desta forma, avulta a função preventiva ao campo da responsabilidade civil como meio de refundamentação, funcionalização e, sobretudo, complementação do instituto. Importante se faz ressaltar que o objetivo máximo dessa racionalidade é a promoção de uma tutela efetiva à pessoa humana e seus direitos de personalidade, uma vez que o ordenamento jurídico não se esgota na garantia de reparação dos danos pelas lesões perpetradas, mas deve ir além, passando “da responsabilidade da pessoa à responsabilidade para com a pessoa”⁷⁶.

A responsabilidade civil preventiva, portanto, pautada no princípio *alterum non laedere*, isto é, “não lesar o outro”, surge como incentivo à atuação anterior à ocorrência do prejuízo, pois ordena precisamente não causar dano a outrem. Busca-se, assim, a despatrimonialização da reparação por meio de um sistema jurídico comprometido com a pessoa humana, no intuito de que ela não chegue à condição de vítima. Em suma, a função preventiva emerge como uma solução ao sistema unicamente reparatório, considerando a solidariedade social, a dignidade dos indivíduos e até mesmo princípios econômicos como fundamentos-base. Adiante, vejamos a natureza fundamental do princípio da prevenção, bem como a diferenciação entre os conceitos de prevenção e precaução.

⁷⁴ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva** – função, pressupostos e aplicabilidade. 2014, p. 74.

⁷⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 48.

⁷⁶ MONIER, Jean Claude. *Personne humaine et responsabilité civile*. **Droit et Cultures**, n. ° 31, 1996-1. Paris: L’Harmattan, 1996, p. 52 e 59.

3 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

3.1 A prevenção em sentido *lato*

Em continuação às ideias expostas no capítulo anterior, mostra-se importante uma análise acerca do Princípio da Prevenção, corolário da responsabilidade civil preventiva e consequente marca do funcionalismo pelo qual se reestrutura tal instituto do Direito Civil. Para tanto, inicialmente vale uma preciosa distinção entre as funções preventivas da responsabilidade civil de modo a exaurir quaisquer dúvidas quanto ao tema demarcado no presente trabalho.

Conforme Keila Pacheco Ferreira, “a função preventiva da responsabilidade civil pode ser compreendida através de dois sentidos – o secundário e o primário (...)”⁷⁷. O sentido secundário mencionado pela autora diz respeito à função preventiva da responsabilidade civil sob a óptica *ex post* dano, isto é, ao elemento dissuasório (*deterrence*) da indenização após a ocorrência do dano. A propósito, esse elemento possui estrita relação com o caráter punitivo-pedagógico das punições em danos extrapatrimoniais, exposto no tópico anterior.

Desta forma, tal sentido da função preventiva deve ser colocado em congruência à primeira função da responsabilidade civil, qual seja, reparatória. Sobre esse elemento, Teresa Ancona Lopez explica que “cada vez que é determinada uma indenização ao réu, essa sanção deveria servir não só para ressarcir os prejuízos da vítima mas também para ameaçar com a aplicação dessas penas o culpado e o resto da sociedade”.⁷⁸ No mesmo passo, Geneviève Viney coloca a função preventiva da reparação como “pena privada” ou sanção, que impede ou deveria impedir a realização de novo dano.⁷⁹

Nesse sentido, urge ressaltar a racionalidade econômica dessas reparações no que tange aos ofensores. Isso porque, conforme Guido Alpa, há uma subdivisão principal à matéria: *compensation*, ou seja, reparação material e moral às vítimas, e *deterrence*, a saber, efeito preventivo dissuasório para as ofensas⁸⁰. De modo a esclarecer esse lado econômico da

⁷⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva** – função, pressupostos e aplicabilidade. 2014, p. 68.

⁷⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 78.

⁷⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de Droit Civil – Les Effects de la Responsabilité**, 2^a ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 21.

⁸⁰ ALPA, Guido. **La responsabilità civile: parte generale**. Torino: UTET Giuridica, 2010, p. 162. Tradução livre do original: “si riducono a due: quelle funzioni che nella corrente letteratura di common law (e, ormai, nelle espressioni usualmente impiegate dalla dottrina di ogni paese) si individuano in parole di compensation delle vittime e di deterrence dei danneggianti”

função preventiva, em que não se compensa o pagamento das indenizações, Teresa Ancona Lopez preleciona:

O que importa é a gestão empresarial, pois a multiplicação de danos pode custar muito e acabar por levar os empreendedores a melhorar o processo técnico de produção de bens e adotar medidas de segurança eficazes. Dessa forma, a noção jurídica de prevenção do risco da atividade deve estar ligada ao fator econômico, porquanto os empresários vão perceber que os custos das atividades danosas são desvantajosos de várias formas, como, por exemplo, a perda da clientela causada pela imagem de empresa que desrespeita a sociedade ou o preço elevado dos prêmios nas renovações de seguro de responsabilidade civil.⁸¹

Sob o mesmo ângulo, Luis Díez-Picazo entende que “ao lado da prevenção como impulso psicológico aparece a prevenção como atividade racional do *homo economicus*”⁸², ressaltando o lado econômico da prevenção de danos e a conseqüente diminuição de gastos dos empreendedores. Com efeito, na doutrina italiana, Guido Alpa condensa quatro funções fundamentais da responsabilidade civil⁸³, indicando sobretudo sua função preventiva:

- i) Função de reagir ao ato ilícito, com escopo de ressarcir os sujeitos por ele prejudicados;
- ii) Função repristinatória ao *statu quo ante*, o que faz relação com a ideia de reparação *in natura*;
- iii) Função de reafirmação do poder sancionador, poder punitivo do Estado;
- iv) Função preventiva, a fim de intimidar aquele que busca repetir conduta contrária ao direito (*deterrence*);
- v) Distribuição das “perdas”;
- vi) Alocação dos custos

Pois bem. Como exposto, a função preventiva secundária da responsabilidade civil está fortemente ligada aos efeitos *ex post* dano, à indenização, comportando uma análise econômica principalmente no que tange ao seu caráter dissuasório. No entanto, na mesma linha de raciocínio de Teresa Ancona Lopez, entendemos que, na atualidade, o papel

⁸¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74.

⁸² Díez-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial V: la responsabilidade civil extracontratual**. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2011, p. 27.

⁸³ ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Civile**, vol. IV, **La Responsabilità Civile**, Giuffrè Editore, 1999, p. 131 a 133.

profilático de prevenção está no caminho da evolução, sob a influência dos princípios da prevenção em sentido estrito e da precaução – o segundo sentido da função preventiva. Nos dizeres da autora, “é necessário que se ponha em prática o princípio da prevenção como instrumento anterior ao dano, e não como consequência desse (função automática da indenização), quando o seguro já reparou os prejuízos sofridos”.⁸⁴

De fato, a prevenção observada como um princípio geral afigura-se nova e adequada fronteira ao instituto da responsabilidade civil, tanto no âmbito extracontratual quanto no plano contratual. É um retorno ao valor inicial da segurança, uma verdadeira digressão lógica, porquanto se houver prevenção, não há o dano, e, conseqüentemente, não haverá responsabilidade, no sentido de que não haverá pelo que responder.⁸⁵ Nesse sentido, mostra-se justo afirmar que a função reparadora da responsabilidade civil é uma ficção jurídica.⁸⁶ Como conclusão, João Aguirre relaciona esse *desideratum* preventivo à lógica da sociedade de risco:

O incremento do potencial danoso decorrente do avanço tecnológico característico da sociedade globalizada impõe a necessidade de se prevenirem os riscos criados pela intrincada estrutura social dos tempos da pós-modernidade, o que evidencia a necessidade de se buscar soluções em modelos distintos do quadro institucional tradicional.⁸⁷

À guisa de esclarecimento, temos que o princípio geral de prevenção (*lato*) abarca os princípios da prevenção em sentido estrito e o princípio da precaução, a saber, são espécies do mesmo gênero, conforme pormenorizado no tópico a seguir. Configura, pois, uma cláusula geral em meio ao sistema jurídico aberto, norteando a hermenêutica jurisprudencial e normativa aos casos concretos, sem se descurar da função reparatória. Busca-se, assim, a promoção de valores voltados não apenas à vítima do dano, mas à proteção do gênero humano no contexto social.

Por oportuno, veja-se definição satisfatória para o princípio geral da prevenção:

Em resumo, quando falamos em princípio da prevenção dentro da responsabilidade civil, estamos nos referindo a um princípio geral de direito fundado na prudência e

⁸⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 79.

⁸⁵ DONNINI, Rogério e NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 490, “Não haverá responsabilidade civil se inexistir dano (...)”

⁸⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 48.

⁸⁷ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade por informações, conselhos ou recomendações nas relações entre particulares**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 24.

no princípio geral da segurança, que deve, junto com o princípio da precaução, servir de leme dentro da responsabilidade civil moderna. A simples prevenção como resultado automático da sanção está superada principalmente pela difusão do seguro. O grande desafio dos juristas no momento é encontrar meios e modos para tornar eficazes esses princípios, sem esquecer que o legislador vai ter papel fundamental nessa recepção.⁸⁸

O excerto transcrito traz consigo implicitamente a máxima do “*alterum non laedere*” e o desafio aos operadores do direito em relação aos meios para se efetivar o princípio da prevenção. Portanto, esse princípio “*exprime um dever de garantia*”⁸⁹ em favor de todos os membros da sociedade ao contrapor liberdades e segurança”⁹⁰. Por isso, neste trabalho, considera-se o princípio geral da prevenção uma grande saída à tutela das relações sociais contemporâneas, marcadas essencialmente pelos danos extrapatrimoniais e difusos, sem se desmantelar, entretanto, da tutela de danos meramente patrimoniais.

Adiante, alicerça-se a prevenção como um princípio fundamental previsto na Carta Magna para que, posteriormente, se consiga analisar sua aplicação ao campo contratual do Direito Civil.

3.2 A prevenção como um princípio efetivador de direitos fundamentais

A prevenção configura, pois, um princípio geral de Direito, uma cláusula geral e aberta que possibilita verdadeira interpretação vertical - das normas ao caso concreto - ao seu favor. No entanto, mostra-se insuficiente tal definição para se embasar a natureza principiológica desse elemento, sendo necessário, portanto, percorrer a trajetória jurídica que lhe efetiva e recepciona dentro do sistema jurídico brasileiro.

De início, é de bom alvitre conceituar e distinguir os princípios de regras, ambos contidos dentro da noção de norma jurídica, a fim de que se assente a prevenção como um princípio, de fato. A ideia de princípio em geral abrange uma semântica variada e versátil, possuindo diversos sentidos, como, por exemplo, o início de algo, um primeiro momento, primeira causa, ou ainda uma base genérica. Seguindo essa lógica, no campo jurídico, temos que os princípios são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, os quais

⁸⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 80.

⁸⁹ STARCK, Boris. **Essai d’une théorie générale de la responsabilité civile considérée en as double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 43.

⁹⁰ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 72.

fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição, conforme explana Francisco Amaral⁹¹. Portanto, o espírito do sistema é criado pelos seus princípios, próprios de cada sistema individualmente considerado.⁹²

Nesse passo, Robert Alexy, em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, define os princípios como normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de “mandamentos de otimização”⁹³. Guido Alpa, em *I Principi Generali*, coloca a ideia de princípio como regra abstrata aplicável a *fattispecie* concreta⁹⁴ e, concluindo logicamente, Fábio Konder Komparato afirma que, para que determinado princípio seja realizado em sua inteireza, basta que as condições fáticas e jurídicas, no caso concreto, sejam ideais.⁹⁵ Assim, a ideia de mandamento de otimização deve ser aplicada a cada caso concreto.

Desta forma, muitos autores consideram os princípios *scatole vuote* (“caixas vazias”) que o intérprete preenche como melhor lhe agrada para poder chegar à finalidade desejada⁹⁶. Nos dizeres de Antônio Junqueira de Azevedo, “um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de modelação para adaptação ao concreto; nesse trabalho, a intensidade de concretização poderá ser maior ou menor”.⁹⁷ Portanto, os princípios podem ser realizados em graus diferentes, de acordo com a situação em tela.

De outro lado do sistema, temos as regras jurídicas, as quais são caracterizadas por um modal deôntico – do grego “o que é preciso” –, abrangendo significados como permissão, obrigação e proibição. Os modalizadores deônticos indicam que o falante considera determinado conteúdo “como um estado de coisas que deve, precisa ocorrer obrigatoriamente”⁹⁸. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos.⁹⁹

⁹¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil** – Introdução. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 92 e 93.

⁹² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2007, p. 83.

⁹⁴ ALPA, Guido. **I Principi Generali**. Milano: Guiffre, 1993, p. 6 e 7.

⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder, “As garantias institucionais dos direitos humanos”, **Boletim dos Procuradores da República** 40 (2001), p. 5 e 8, nota 4.

⁹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 90.

⁹⁷ DE AZEVEDO, Antônio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 96, 2002.

⁹⁸ CASTILHO, Ataliba Teixeira de; CASTILHO, Célia. “**Advérbios modalizadores**”. In: ILARI, Rodolfo (Org.). Gramática do português falado. Vol. 2. Campinas: Ed. Unicamp/Fapesp, 1992. p. 207.

⁹⁹ Alexy, Robert. **Theorie der Grundrechte**, p. 76

Por oportuno, destaca-se fragmento da obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.¹⁰⁰

Na mesma linha de raciocínio, Canotilho afirma que os princípios são normas impositivas de uma otimização consoante condicionalismos fáticos e jurídicos e regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência, que é ou não cumprida. A convivência dos princípios, portanto, é conflitual, a das regras, antinômica. Conforme o autor,

Os princípios, como são exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (nas regras a lógica é do tudo ou nada), conforme seu peso e a ponderação de alguns princípios eventualmente conflitantes. Em caso de conflito de princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização.¹⁰¹

Em suma, os princípios são normas jurídicas positivadas com conteúdo indeterminado e vago, dotado de uma flexibilidade que permite ao Direito acompanhar com maior especificidade a realidade e os valores sociais. Anote-se, nesse sentido, que se faz decorrência do funcionalismo jurídico e um passo importantíssimo à concretização do modelo constitucional contemporâneo, contemplando-se a função em detrimento da estrutura. Revelam-se, de certa forma, como um norte para a aplicação das regras jurídicas, determinadas e antinômicas.

Teresa Ancona Lopes, de modo a exaurir qualquer miscelânea acerca da natureza jurídica da prevenção, esclarece ainda a diferença entre um princípio e um *standard* jurídico, advertindo que ambos são cláusulas gerais e normas jurídicas, porém o *standard* não abrange o conceito de regra. Veja-se como a autora distingue os conceitos:

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90-91.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993, p. 168.

As cláusulas gerais são as normas jurídicas abertas, nas quais podem subsumir-se os mais diferentes comportamentos. É norma dúctil e flexível, e o significado preciso do conteúdo da cláusula geral somente surgirá na hora da aplicação dessa hipótese aberta ao caso concreto (é o que Reale chama de *concretezza*). Essa flexibilidade só é possível no sistema aberto de codificação, como é o do novo Código Civil brasileiro. Em suma, o *standard* não é nem o princípio, nem a cláusula geral, mas, dentro da técnica jurídica, pode aparecer como conteúdo da cláusula geral, como conceito flexível do princípio e pode se igualar aos conceitos vagos ou indeterminados, pois é “norma em branco”. O *standard* é norma, como o princípio, mas não é regra, pois esta contém apenas a *fattispecie*.¹⁰²

Postas as devidas diferenciações, é forçoso concluir que a natureza jurídica da prevenção é de um princípio jurídico, pautado nos valores da prudência e da segurança e estabelece diretrizes normativas no sentido de evitar os danos. Não é regra pois não possui o rígido modalizador deontico e não é *standard* pois se preocupa com a coexistência com os outros princípios do sistema, de modo a evitar as colisões.

Destarte, como um princípio que emana valores, também se faz importante alocar a prevenção na prateleira constitucional como um meio efetivador de direitos fundamentais, sobretudo no modelo neoconstitucionalista brasileiro.

Como dito alhures, a prevenção se coaduna perfeitamente com a transformação do Direito do 2º pós-guerra, marcada pela aproximação de princípios e valores ao mundo jurídico, movimento conhecido como “virada kantiana”¹⁰³. Ademais, a consagração da força normativa da Constituição desencadeou a chamada “revolução copernicana” nos direitos fundamentais, que passaram a ser os limites para o exercício das posições jurídicas de todos os personagens sociais¹⁰⁴. Essa elevação dos direitos fundamentais teve importantes consequências, como a sua irradiação pelo ordenamento jurídico e a sua eficácia no Direito privado. Conforme Rafael Ferreira Bizelli¹⁰⁵, enquanto representantes dos valores essenciais da Sociedade, os direitos fundamentais devem influir na interpretação e aplicação de todo e qualquer ramo do Direito, bem como pautar as escolhas e decisões dos poderes públicos.¹⁰⁶ O

¹⁰² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328.

¹⁰⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 79-80.

¹⁰⁵ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 194.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2a ed., 3a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124-125.

efeito irradiante tem na interpretação conforme a Constituição seu principal instrumento de efetividade.

No que tange à ideia de precaução e prevenção, Teresa Ancona Lopez coloca como norte constitucional o paradigma da segurança¹⁰⁷ um novo *ethos* social que melhor atende os anseios da sociedade de risco. Temos, pois, o princípio da prevenção como a maior aposta para a efetivação da obrigação geral de segurança e tentativa de controle dos riscos.

Especificamente em relação à Constituição Federal de 1988, tal princípio é descortinado por alguns dispositivos que, conjugados, expressam exatamente sua essência. Logo em seu artigo 3º, a Lei Máxima¹⁰⁸ prevê como objetivo fundamental do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária. Fixa-se, assim, a solidariedade como um dos pilares do ordenamento jurídico, a qual traduz o ideal do *alterum non laedere*. Ademais, o artigo 5º da Constituição expressa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...).” De forma literal, o dispositivo prevê a obrigação de segurança em uma dimensão objetiva, isto é, em um sentido de defesa, de abstenção. Já o artigo 6º do texto constitucional prevê que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, dispositivo que, lado outro, prevê a obrigação de segurança em uma dimensão subjetiva, no sentido de exigência de cumprimento de prestação.

Portanto, o princípio da prevenção traduz os direitos fundamentais de segurança, de solidariedade, pautado na ideia de prudência. Interessante notar as dimensões – objetiva e subjetiva - assumidas por estes direitos, conforme mencionado acima, as quais exigem uma postura proativa não apenas estatal, mas de toda a sociedade. Robert Alexy¹⁰⁹ sintetiza a função de prestação ampla dos direitos fundamentais, subdividindo-a em três atribuições do Estado:

¹⁰⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 114.

¹⁰⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 abr. 2023.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 432-519.

a) função de organização e procedimento, que se revela na exigência de normas que criem órgãos, instituições e procedimentos voltados à realização dos direitos fundamentais; b) função de prestação em sentido estrito, que vincula o Estado a prover as demandas sociais e econômicas da sociedade, caracterizando-se por pretensões normativas de índole positiva, em oposição à mera função de defesa exercida no Estado Liberal; c) a função de proteção, que obriga o Estado a proteger os direitos fundamentais dos particulares de investidas indevidas dos próprios particulares.¹¹⁰

Como consequência do efeito irradiante dos direitos fundamentais, o princípio da prevenção aparece, igualmente, na legislação infraconstitucional, avultando-se como um princípio inspirador do sistema. O Código de Defesa do Consumidor em vários momentos traz a obrigação geral de segurança contra os riscos provocados no fornecimento de produtos e serviços. Teresa Ancona Lopez pontua que tal Código, “visando proteger a parte mais fraca e vulnerável, tem como “regras de fundo” os princípios da prevenção e precaução, obrigatórios para os fornecedores de produtos e serviços”¹¹¹. Da mesma forma, verifica-se forte aplicação do princípio em questão nas leis ambientais, influenciadas pela Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, que, em seu artigo 15 prevê categoricamente a aplicação da precaução.

Finalmente, o princípio da prevenção está presente nas relações jurídicas privadas como um todo, sobretudo no meio contratual, expresso, por exemplo, na função social dos contratos, nas obrigações contratuais laterais, sobremaneira na ideia de boa-fé objetiva, revestidos totalmente pelo princípio máximo da dignidade da pessoa humana. Em conclusão, veja-se lição de Rogério Doninni:

A prevenção de danos é, portanto, um direito fundamental e, a exemplo do que sucede com os demais direitos dessa natureza, tem eficácia de efetividade nas relações de direito privado. Não se trata, todavia, de uma eficácia absoluta, mas realizada de maneira gradual ou de forma flexível, isto é, o que realmente importa é a solução adequada ao caso concreto, com a observância dos princípios e regras constitucionais e, ao mesmo tempo, o respeito à autonomia privada e à liberdade contratual. Dessa forma, ao prescrever a prevenção de danos, a Constituição Federal impõe que os efeitos dessa norma (e não apenas desta) devem se propagar nas relações privadas.¹¹²

3.3 A distinção entre prevenção e precaução

¹¹⁰ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 193.

¹¹¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95.

¹¹² DONNINI, Rogério. **Prevenção de danos e a extensão do princípio neminem laedere**. 2009, p. 494.

Assentada a noção de prevenção como um legítimo princípio fundamental, outrossim, vale esclarecer a diferença e os subsídios que identificam os conceitos de prevenção e precaução. Para tanto, é de suma importância uma breve análise prévia acerca da definição do risco na sociedade pós-moderna para que se trace o percurso: da prevenção à precaução. Contudo, anote-se de antemão que as definições não se contrastam, mas se complementam.

Conforme mencionado no primeiro capítulo (Tópico 2.1), o risco refere-se a um evento futuro contingente que nos conduz à avaliação das possíveis consequências danosas e está inserido em um cenário de incertezas. Nesse diapasão, Luhman diz que o conceito de risco que os peritos das ciências *hard* utilizam é amparado por seu desejo de atingir maior segurança por meio de uma melhor precisão numérica¹¹³. Destarte, o risco aparece como uma medida em um cálculo de *probabilidades* dentro de alternativas claramente distinguíveis entre si com relação à chance de prejuízos.

Nessa mesma esteira, Keila Pacheco Ferreira, em congruência a Raffaele de Giorgi¹¹⁴, explica que o risco está relacionado com a probabilidade de que se produza um dano futuro que poderia ter sido evitado se a decisão tomada em certo momento pudesse ser outra. Portanto, a ideia de risco liga-se fortemente ao futuro, “referente às certezas e incertezas que influem o processo de tomada de decisões na sociedade atual e que repercutem em sua estrutura, projetando suas consequências além do tempo presente”¹¹⁵.

Em complementação, Luhman ainda esclarece que o risco é definido também quando há o reconhecimento do dano relacionado à tomada de decisão, distinguindo-se do perigo, em que o dano que não é causado por aquele que sofreu o estrago. Segundo esta conceituação, sustenta o autor que é característico da sociedade moderna apresentar o futuro como risco, tendo em vista que as circunstâncias hodiernas são cada vez mais percebidas como desdobramentos de nossas próprias decisões.

Em suma, o risco traduz uma decorrência das inovações pós-modernas do próprio ser humano, trazendo à tona o cálculo de probabilidades para o devido planejamento e ações preventivas. Assim conclui Franz Josef Brüseke:

Em outras áreas podemos observar, nos últimos tempos, grandes avanços referente à percepção de padrões de possibilidades, relevantes para a sociedade. Assim, depois de uma fase meramente reativa, quando se tratava de catástrofes, surgem cada ano

¹¹³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992, p. 36.

¹¹⁴ GEORGI, D. E. Raffaeli. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 14 e 86.

¹¹⁵ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 106.

mais estudos sobre as causas dela, para chegar a um mínimo de planejamento e ação preventiva (...) Estudo sobre riscos, são estudos sobre um determinado campo de eventos onde estão em jogo perdas indesejadas. A contingência do Ser permite que possamos cercar estes riscos com meios probabilísticos, permite que possamos trilhar outros caminhos do que os mais arriscados.¹¹⁶

Posto isso, constata-se que prevenção e precaução estão ligadas à noção de captação do risco pela atividade científica, ou seja, à evidência de risco. Nesse ponto aloca-se a distinção entre os conceitos, a saber, “o princípio da prevenção lida com riscos certos e comprováveis a evitar e o princípio da precaução com riscos que, apesar de incertos ou apenas plausíveis, devem ser prevenidos”, conforme Nicolas de Sadeleer.¹¹⁷

Neste diapasão, adverte Teresa Ancona Lopez:

Às vezes há confusão entre esses dois conceitos, pois em ambos há a possibilidade de um acontecimento danoso. Porém, como explicam Viney e Kourilsky, as probabilidades não são da mesma natureza: no caso da precaução trata-se da probabilidade de que a hipótese esteja certa; no caso da prevenção, o perigo é estabelecido e se trata de probabilidade de acidente. Os riscos potenciais, a despeito do seu caráter hipotético, podem ter uma probabilidade de realização elevada. Na prática, a precaução pode estar compreendida como prolongamento dos métodos de prevenção aplicados aos riscos incertos.¹¹⁸

Das lições transcritas, extrai-se duas conclusões. A primeira diz respeito à “probabilidade de que a hipótese esteja certa”, no caso da precaução, expressão pela qual podemos substituir o termo “*plausibilidade*”. Portanto, a precaução se aplaina na plausibilidade, ou seja, uma incerteza científica difusa sobre a qual é possível apenas uma avaliação acerca da real possibilidade, em suma, a probabilidade de uma hipótese. Noutro lado, a prevenção consiste em “utilizar as medidas necessárias para a não ocorrência de um evento previsível, sendo, neste caso, possível a avaliação de probabilidade”.¹¹⁹

A segunda conclusão oportunamente verificada é a de que o “princípio da precaução é conteúdo daquele da prevenção e o da prudência é continente de ambos”.¹²⁰ A precaução,

¹¹⁶ VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Derecho, sociedade y riesgos: la sociedad contemporânea vista através de la idea de riesgo**. Brasília: UNICEUB e UNITAR, 2006, p. 112. Tradução livre.

¹¹⁷ CORTÊS, António. Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles—From Political Slogans to Legal Rules, Oxford University Press, 2020. **Católica Law Review**, v. 6, n. 1, p. 137-144, 2022. <https://doi.org/10.34632/catolicallawreview.2022.11410>.

¹¹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 102.

¹¹⁹ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 111.

¹²⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101.

portanto, está contida na prevenção, isto é, o caminho percorrido em direção à precaução passa pela prevenção. Na mesma linha de ideias, Keila Pacheco Ferreira explica que

O princípio da precaução, portanto, exige um *plus* com relação ao princípio da prevenção, pois, juntamente com o risco (elemento constante na identificação dos dois princípios mencionados), a precaução exige a mais a verificação de incerteza científica quanto à evidência do possível risco.¹²¹

Ante o exposto, depreende-se que ambos os princípios atuam com o fito principal de antecipação de danos, a partir de uma atuação preventiva frente aos riscos, sendo o grau de incerteza a condicionante à aplicação de cada um. Interessante notar, ademais, que, conforme Olivier Godard, “o domínio de validade do princípio da precaução é balizado por dois pontos limites, que são a prova do dano e a prova da ausência de dano”¹²². Veja-se que a precaução possui maior abstratividade, porquanto a prevenção baseia-se em algo conhecido cientificamente e, em certa medida, mensurável. Assim, enquanto esta pode ser aplicada antes ou após a atividade perigosa, aquela atua apenas *ex ante* o fato. Nesse sentido é a lição de Eder Torres e Fermin Roland Schramm:

A prevenção é aplicada a atividades em que o dano é crível (certeza científica), iminente ou em andamento, ao passo que a precaução é invocada quando há incerteza da ocorrência do dano ou há conhecimento parcial entre causa e efeito. A medida preventiva pode ocorrer antes ou após a atividade considerada perigosa, evitando, reduzindo ou eliminando o dano. Na precaução, o momento da atuação é sempre anterior ao fato.¹²³

Em suma, Teresa Ancona Lopez ilustra a aplicação de tais princípios:

Para ilustrar essa afirmação, assim como mostrar a internalização desses “novos” princípios, temos os casos dolorosos dos atletas, em especial dos jogadores de futebol, que morrem do coração durante o jogo. Apreciando o acontecido *a posteriori*, podemos constatar negligência ou falta de cuidado dos dirigentes dos clubes, que se resumem na ausência de prevenção, no caso de falta de exames médicos detalhados para verificar se o atleta podia se esforçar por tanto tempo, ou na omissão de precaução, no caso de não haver dentro do estádio, onde jogam, aparelho indispensável para salvar vidas, que é o “desfibrilador do coração”. (...) Aliás, a

¹²¹ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva** – função, pressupostos e aplicabilidade. 2014, p. 111.

¹²² GODARD, Olivier. Vers une prévention des risques. Apud GUIBERT, Claude; LOUKAKOS, Nicolas. Principe de précaution et prévention. In: **Revue Française de Droit Aérien et Spatial**, vol. 223, nº 3. Paris: Ed. Pedone, p. 240.

¹²³ TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. **Princípio de Precaução e Nanotecnociências**. In: Revista Bióet, fls. 244-255, 2015.

prevenção está sendo mais aplicada por conta do princípio da precaução, que contém sua essência atitude preventiva.¹²⁴

A hipotética situação narrada pela autora traz a ausência de prevenção em relação aos exames médicos, uma vez que há comprovação científica deste ser um meio eficaz de prevenir mortes de coração durante a atividade física. Por outro lado, a ausência de precaução se relaciona com a falta de aparelho indispensável para salvar vidas, mesmo que ausente relação entre a atividade praticada pelos jogadores de futebol e morte por problemas no coração.

Por derradeiro, podemos convergir a definição entre os princípios da precaução e prevenção como princípios que tratam das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos constatados ou hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos certos ou incertos.¹²⁵ Com efeito, importante aqui mencionar que ambos os princípios exigem a responsabilidade compartilhada¹²⁶ de diversos atores, cabendo ao Estado e a sociedade, tanto no âmbito público quanto no privado, implementar mecanismos de racionalização a fim de que se evitem eventos danosos, sobretudo danos graves e irreversíveis.

Diferenciadas as ideias de prevenção e precaução como princípios fundamentais no ordenamento jurídico, doravante passemos ao estudo da aplicação de tais princípios no Direito dos Contratos.

¹²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 122.

¹²⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103. Traz a autora, nesse sentido, a definição do princípio da precaução.

¹²⁶ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 111. Discorre a autora sobre a necessidade da responsabilidade compartilhada dos atores sociais para a concretização dos princípios da prevenção e precaução.

4 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO EM CONTRATOS

4.1 O contexto de transformação do instrumento contratual

Temos que o princípio da prevenção, corolário da responsabilidade civil preventiva, consegue se modelar por diferentes sentidos, se subdividindo em sua função *ex ante* dano em prevenção e precaução. Sobretudo, revela-se um princípio fundado na Constituição Federal que, amoldado pelo paradigma da solidariedade social e da segurança, tem forte capacidade de efetivar direitos fundamentais. Regredindo ainda mais às ideias adrede expostas, temos que o Direito pós-moderno constitui uma ciência de segunda ordem, condicionada ao ser humano e suas interações. Desta forma, assume crucial função em detrimento de mera estrutura, adotando o funcionalismo jurídico como forma de contemplar o caso concreto e ultrapassar o “dogma da completude”.

Nesta toada, insere-se como objeto do presente estudo a aplicação da prevenção no âmbito contratual, campo este que, igualmente, caminha em constante mutação em favor do indivíduo. Eis que o Direito contratual configura terreno extremamente fértil à aplicação de tal princípio, haja vista se tratar de instituto de tráfego jurídico-econômico amplamente utilizado nas relações privadas e que, no atual estágio da civilização, representa ferramenta preciosa para a efetivação dos direitos fundamentais¹²⁷, sobremaneira na derrocada do nazifascismo.

Pois bem. De antemão, vale contextualizar especificamente as principais características e a metamorfose do instrumento contratual, transformações estas que, por óbvio, seguem as da ciência jurídica como um todo. O que nos importa é o caminho que percorre o conteúdo das cláusulas até a sociedade global de risco, a qual comporta um novo modelo contratual que coaduna perfeitamente à aplicação dos princípios da prevenção e precaução, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, no mesmo recorte temporal alhures apresentado, o *Code Napoleon*, a partir dos ideais libertários, estreitava a função do contrato como coadjuvante instrumento a servir o direito de propriedade, a partir de um viés meramente estático. Os

¹²⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, p. 2.

traços do paradigma contratual liberal eram baseados, destarte, na autodeterminação individual, o que abrange a autonomia da vontade, uma vez que todos são livres para contratar; a igualdade formal, pois, como outrora explicado, o indivíduo era abstrato e, portanto, poderia contratar com quem, como e da forma que quisesse¹²⁸, traduzindo assim a liberdade contratual. Ademais, o simples instrumento servil de trespasse de direitos reais¹²⁹ era marcado pelo consensualismo, *pacta sunt servanda* (força obrigatória dos contratos) e relatividade de seus efeitos. Vale dizer, uma vez firmado o contrato, a parte não poderia se abster do cumprimento das cláusulas, produzindo estas efeitos estritamente em relação aos contratantes.

Percebe-se a partir do breve contexto exposto que o processo obrigacional contratual da época possuía concepção meramente formal, limitando-se a destacar o exercício da autonomia do credor e do devedor individualmente considerados, “de uma forma lógico-conceitual que, embora perfeitamente legítima, tem a sua base num procedimento de abstração, isolador dum vínculo determinado entre sujeitos (dever de prestação), da causa que o produziu (contrato) e do fim visado pelos seus titulares”¹³⁰. Sintetizava-se o contrato no binômio crédito-débito, deixando, pois, de observar possíveis interconexões com a realidade, permanecendo, noutro lado, inerte e enclausurado em si mesmo, e incapaz de oxigenar-se pela abertura sistêmica em relação aos subsistemas que compõem a sociedade – economia, política, cultura.¹³¹

Diante da inadequação do modelo liberal, uma vez evidenciado o desequilíbrio em termos econômicos e sociais em relação aos contratantes, adverte Fernando Rodrigues Martins que:

Essa constatação tinha seus fundamentos na lógica normativa, já que o ordenamento jurídico, desprovido de tutela em relação ao equilíbrio das prestações, assim como destituído de análise sobre a repercussão da ausência desse equilíbrio em termos econômicos ou sociais, e, por fim, indiferente às discrepâncias essenciais entre os contratantes, acabava, por meio do racionalismo formal e sem conteúdo, silenciando sobre as injustiças ou desequilíbrio.¹³²

¹²⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87-88.

¹²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadoatribunais.com.br, p. 3.

¹³⁰ MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 263.

¹³¹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

¹³² MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

Passa-se, assim, em meados do Século XX, ao modelo social ou solidarista de contrato, o qual logicamente acompanha o realce da solidariedade enquanto valor iluminante do sistema jurídico como um todo. Tal modelo atentou-se às fortes desigualdades que oprimia grande parte da sociedade causadas pela própria igualdade jurídica virtual, buscando, deste modo, a igualdade de fato através da desigualdade jurídica – a conhecida igualdade substancial.¹³³ Sobreleva, nesse ponto, a transformação das ciências sociais, tendo como um grande expoente o sociólogo Émile Durkheim, o qual considerava a sociedade como um corpo orgânico, condicionando o seu bom funcionamento à solidariedade entre os indivíduos.¹³⁴

Verifica-se, como na passagem da teoria da culpa à teoria do risco, a transposição do social em detrimento do individual, com atenção especial aos vulneráveis, isto é, um modelo voltado a restabelecer relações jurídicas a partir da prática da equidade. Urge, ademais, ressaltar os princípios contratuais sociais, a saber, autonomia privada, função social, justiça contratual e boa-fé objetiva, como forma de garantir condições mínimas para o desenvolvimento da personalidade de cada pessoa em coexistência ao cumprimento obrigacional.

Concomitantemente a essa metamorfose atinente à óptica solidarista, viu-se um crescimento econômico e industrial desenfreado, o que levou à massificação dos contratos, com as condições gerais de contratação e os contratos de adesão. Tal fenômeno ficou conhecido como objetivação do contrato, em que as cláusulas são elaboradas pelo contratante forte dentro de sua liberdade contratual, ficando o contratante débil em situação de desigualdade, cabendo-lhe aceitar ou recusar as regras propostas¹³⁵. Enzo Roppo denomina esse tipo de contrato como “contrato *standard*”:

Nas análises dedicadas ao contrato na sociedade contemporânea, é actualmente quase um lugar comum ver nos contratos *standard* o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogéneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles

¹³³ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 142.

¹³⁴ DURKHEIM, ÉMILE. **Da divisão do trabalho social**. 2. Ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 31-32.

¹³⁵ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 143.

que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de contratos por adesão).¹³⁶

Veja-se, pois, que o fenómeno da objetivação contratual é consentâneo à racionalização do processo económico na sociedade¹³⁷, deixando de lado a almejada tutela ao indivíduo. O processo de contratação tornou-se desprendido de segurança e certeza¹³⁸, adotando um carácter de rapidez e impessoalidade. Ademais, percebe-se que o contrato estandardizado se contrapõe ao modelo paritário dos moldes liberais, no sentido de que não havia a devida troca de informações quanto ao conteúdo acordado.

O que aqui nos importa é que a massificação dos contratos e, por conseguinte, de danos, traz à tona a materialização da efetiva desigualdade entre os contratantes, revelando forte impulso à doutrina e legislação em relação ao desenvolvimento de uma nova teoria dos contratos, balizada pelos princípios informadores solidaristas. Nesse contexto, é desnudada nova noção da *summa divisio*¹³⁹ entre público e privado, tendo em vista o “surgimento” de direitos fundamentais nas relações meramente privadas, a saber: “os direitos fundamentais, até então oponíveis somente em face do Estado, passam a ser também oponíveis ao particular violador, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários que dessas garantias se espera.”¹⁴⁰

Na esteira de Luciano Bennetti Timm,

[...] o modelo solidarista promove a “abertura do sistema jurídico” para fatores metajurídicos, especialmente aspectos éticos e dados da realidade empiricamente constatável no caso. É como se o subsistema jurídico se programasse para receber

¹³⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 312.

¹³⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, p. 3.

¹³⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, p. 3.

¹³⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, p. 5.

¹⁴⁰ ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; DE CORES HELGUERA, Carlos. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 2, p. 43, 2019.

informações do ambiente, a fim de processá-las no seu interior, de acordo com sua linguagem e seu código binário. Tudo isso em busca de maior equilíbrio nas relações sociais.¹⁴¹

Grande contribuição desse modelo são os deveres jurídicos, os quais passam a caminhar ao lado dos direitos. Vale dizer, além do adimplemento da obrigação, as partes contratantes devem assumir um compromisso de proteção da integralidade dos direitos fundamentais, de natureza extrapatrimonial. Não obstante a insuficiência do modelo solidarista contratual, muito pela falta de operacionalização e efetividade, o momento fixou ao Direito a importância da tutela ao vulnerável, à parte mais fraca da relação contratual, ultrapassando-se, portanto, a visão estática ao adimplemento da obrigação.

4.2 Os contornos contratuais pós-modernos e o princípio da prevenção como dever jurídico no processo obrigacional

Em continuação ao enfoque proposto às relações obrigacionais contratuais, passa-se à sociedade global de risco, a qual, conforme alhures mencionado, traz consigo a quebra de fronteiras de comunicação, a rapidez e fluidez nas relações sociais e intensa globalização, a qual se acelera vertiginosamente ao passo em que avançam as tecnologias. Como consequência, vivencia-se uma era de danos em série, fortemente relacionados ao fenômeno das contratações em massa e sem fronteiras. É o que se chama de pancontratualismo¹⁴², uma vez que, na dogmática pós-moderna, o contrato torna-se instrumento utilizado para “reger comportamentos gerais além-fronteiras (independente do *fattispecie* no direito interno correspondente), estabelecer obrigações setoriais plurissubjetivas, substituir o poder público em multifárias tarefas”, conforme percuciente análise de Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira.¹⁴³

¹⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

¹⁴² MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br, p. 4.

¹⁴³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br, p. 4.

Ademais, o contrato, seguindo a abertura do sistema jurídico, se apresenta na atualidade como um meio de governo da sociedade civil¹⁴⁴, não havendo que se falar em barreiras entre público e privado, conforme mencionado no tópico anterior. Da mesma forma que se quebram as fronteiras transnacionais, o instrumento contratual supera um ambiente estático – antes visto como estrito meio de acordo entre privados – e ganha uma forma dinâmica, o que, logicamente, requer muito cuidado. Isso porque, é um meio que envolve não apenas o patrimônio dos indivíduos, mas também a existência, os subsídios fundamentais a uma vida digna, havendo, de certa forma, uma “invasão constitucional” a referido instrumento privado. Acerca dessa expansão da superfície contratual, de grande valia se faz observar os apontamentos de Francesco Galgano:

À autonomia contratual hoje se abrem fronteiras impensáveis no passado. O contrato era, em sua concepção clássica, o instrumento para compor interesses privados. Hoje o contrato entre particulares toma o lugar da lei em muitos setores da vida social. Ele é tomado a substituir os poderes públicos na proteção de interesses gerais que pertencem à coletividade inteira. Velam por interesses dos consumidores defensores de mecanismos de auto-regulação contra publicidades enganosas, como o interesse por uma ordem equilibrada dentro do território, como os interesses de consórcios de urbanização defendem em vastas superfícies de terreno, turísticos ou residenciais. As diversas autodisciplinas contratuais, aquelas que a lei faz referência com maior frequência, defendem uma série importante e de interesses gerais. Este é o caso dos códigos de comportamento ou deontológicos, redigidos por associações de categorias ou por sociedades de gestão de mercados regulamentados. O contrato entre particulares se substitui pelo regulamento administrativo de disciplina da bolsa, hoje regulada, como permite o texto único da intermediação financeira de 1998, por um contrato de adesão, predisposto por sociedades privadas de gestão de bolsas e aceito pelos operadores no momento do acesso à negociação. De um contrato celebrado entre meios de comunicação de massa nasce o código da autodisciplina e com este regulamento a justiça privada. De um contrato entre proprietários privados nascem os consórcios de urbanização (...). O contrato penetra assim, não somente no emprego público, senão também na mais férrea das estruturas hierárquicas. A extrema fronteira do pancontratualismo (invasão contratual) de nosso tempo é o contrato de recrutamento, em que as atuais forças armadas regulam os deveres e os direitos contratualmente assumidos e subjazem nas conseqüenciais do próprio incumprimento contratual.¹⁴⁵

Percebe-se, assim, que o conceito de contrato se expande a todas as vertentes da sociedade hodierna, atingindo tanto esferas individuais quanto coletivas. Nesse diapasão, constata-se que a concepção jurídica clássica da relação obrigacional, formal e abstrata, não mais comportou a nova dinâmica contratual, vez que retratava basicamente apenas o aspecto

¹⁴⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, p. 5.

¹⁴⁵ GALGANO, Francesco. **La globalización en el espejo del derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005. p. 111.

externo do vínculo, – consensualismo, *pacta sunt servanda*, autonomia privada - desconsiderando a multiplicidade de deveres que sempre lhe foram inerentes. Lado outro, a nova conjectura se coaduna com a perspectiva que considera o contrato como “um conjunto de ações cujo ordenamento interno não depende unicamente do consenso, mas também, simultaneamente, das exigências próprias das diferentes esferas sociais”, nos dizeres de Gunther Teubner.¹⁴⁶

Sobreleva, nesse passo, a relação obrigacional em sentido amplo, concebida como processo e totalidade, na esteira de Karl Larenz¹⁴⁷, ideia internalizada no Direito brasileiro por Clóvis Couto e Silva. Processo pois o caminho obrigacional deve ser refundamentado pelo norte constitucional, não se restringindo apenas ao direito das obrigações. Destarte, a relação obrigacional, da mesma forma que o caminho traçado no primeiro capítulo à responsabilidade civil preventiva, deve ser compreendida não apenas como instrumento a consertar o passado com indenizações, mas ser complementada com a preservação de direitos subjetivos por meio da concretização dos princípios da prevenção e precaução.

No que toca a totalidade, o vínculo obrigacional se reestrutura para além da noção de soma de partes, de credor e devedor que buscam o adimplemento daquele¹⁴⁸, tornando-se tal vínculo uma verdadeira relação de cooperação entre os sujeitos para atingir uma unidade complexa. Anote-se, igualmente, que a totalidade envolve a generalidade contextual, ultrapassando-se a abstração do caso singularmente considerado. Acerca desse entendimento, adverte Jorge Mosset Iturraspe:

*La persona tiene el deber social de cooperar la consecución del bien común, del cual, obviamente, participa. La vivencia de los valores de solidaridad y de cooperación, generalmente olvidada o preterida por los juristas, debe presidir su actividad, signar su cotidiano que hacer. Ello obliga a la persona a colaborar en la realización de las otras personas, para lo cual debe también abstenerse de toda acción a esse propósito.*¹⁴⁹

De fato, a obrigação não mais deve ser caracterizada isoladamente, mas sim por meio de uma “verificação global abrangente de uma série de deveres de conduta correspondentes ao

¹⁴⁶ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 232.

¹⁴⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, tomo II. Versión española de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 219.

¹⁴⁸ Segundo Clovis do Couto e Silva, a obrigação como processo configura “o conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”. DO COUTO, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10.

¹⁴⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretación económica de los contratos**. Santa Fé: Rubinzal, 1994, p. 31.

mundo da validade objetiva da ordem jurídica”.¹⁵⁰ Ultrapassa-se, portanto, a ideia de que a obrigação está ligada aos direitos do credor – vínculo jurídico, prestação e patrimonialidade¹⁵¹ -, revelando-se cada vez mais uma autônoma relação de cooperação, que substitui a subordinação e torna o credor titular de deveres genéricos ou específicos de cooperação e boa-fé para o adimplemento, também, do devedor.¹⁵² Assim, essa noção impõe aos sujeitos da relação um agir pautado na solidariedade e lealdade, limitando-se o exercício dos direitos subjetivos e, por conseguinte, a autonomia da vontade.

Deveras, o próprio Código Civil, em seu artigo 1º, fixa a toda pessoa capacidade de direitos e deveres na seara privada, o que, anote-se, vai além da norma positivada e traduz a abertura sistêmica do Direito. É o caso da boa-fé objetiva, a qual complexifica a relação obrigacional como processo e totalidade, exprimindo deveres jurídicos de lealdade e cooperação nas diferentes etapas do vínculo, sobretudo na seara negocial. Nesse sentido, Antonio Menezes Cordeiro analisa o surgimento da boa-fé objetiva:

A boa-fé na execução dos contratos adveio da própria ideia de complexidade intra-obrigacional, desenvolvida, a partir de certa altura, por Siber e, mais tarde, da sua junção com a teoria da violação positiva do contrato, descoberta por Hermann Staub, que também seria aproximada a boa-fé. Em síntese: não basta a execução matemática da prestação: devem ser respeitados deveres (acessórios) de lealdade, de informação e de segurança, para que o fim da obrigação seja mesmo alcançado, para que os valores fundamentais do ordenamento sejam observados e para que não ocorra danos colaterais inúteis.¹⁵³

A título de exemplificação, veja-se que o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), nos itens 1 e 2 do § 241, traz deveres de cuidado recíprocos nas relações obrigacionais, “conectando o sistema jurídico ao sistema social a partir da confiança gerada e legitimamente esperada, sincrônica ou diacronicamente”.¹⁵⁴ No que tange ao despertar de confiança entre as partes, vale mencionar a denominada “teoria da responsabilidade por contato social”, a qual determina o dever de proteção sem prestação em qualquer interação social que gere confiança.¹⁵⁵

¹⁵⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 174.

¹⁵¹ GIORGIANNI, Michele. **L’obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1968, p. 11-12.

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 913.

¹⁵³ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Vol. II. Direito das obrigações. t. 1. Coimbra: Almedina, 2009, p. 300.

¹⁵⁴ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. 2014, p. 139.

¹⁵⁵ BARCELLONA, Mário. **Tratatto dela responsabilità civile**. Torino: Utet Giuridica, 2011, p. 72.

Nesse ponto, o interesse do presente estudo inclui caracterizar o princípio da prevenção como autônomo dever jurídico, ou seja, desprendido do dever de adimplemento da obrigação contratual. Um dever de observância geral de certa conduta ou abstenção, imposto pelo ordenamento jurídico – aberto e funcional – em prol da tutela de interesses de outrem. Desta forma, a responsabilidade civil preventiva contratual encontra-se fundamentada no tratamento de deveres instrumentais de conduta, que “são ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”.¹⁵⁶ Configuram, pois, deveres impostos pela boa-fé objetiva que passam a atuar como “fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”.¹⁵⁷

Ainda de modo a descolar o princípio da prevenção da obrigação propriamente dita, importante destacar que a incidência dos deveres instrumentais anexos se dão no domínio da liberdade das partes, vale dizer, uma atuação *ex ante*, o que, paradoxalmente, pode envolver diligências pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais. A prevenção, portanto, permite outras explicações das atividades que são consentidas pelos indivíduos desde que não prejudiquem ou coloquem em risco a pessoa ou os bens dos outros.¹⁵⁸ Nesse sentido, Thais Goveia Pascoaloto Venturi entende que a prevenção “deriva de um dever imposto seja aos contratantes, seja a todos (eficácia erga-omnes), no sentido de não violar direitos alheios e não causar danos a outrem”.¹⁵⁹

Em conclusão, percebe-se que a inserção do princípio da prevenção no campo contratual se apresenta como uma espécie de ramificação da refundamentação da responsabilidade civil em sua função preventiva. É uma valiosa tentativa de se refundamentar a óptica das relações obrigacionais contratuais, as quais não devem se ater apenas ao adimplemento da obrigação, à patrimonialidade, apontando-se, assim, para a necessidade de se reforçar a concretização dos valores fundamentais de segurança¹⁶⁰ e solidariedade.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 438-439.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000, p. 440.

¹⁵⁸ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 186.

¹⁵⁹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 187.

¹⁶⁰ Nesse sentido, menciona-se os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor: Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Ressalte-se: a proposta é de complementação ao sistema de tutela obrigacional consequencialista por meio da implementação de responsabilidade contratual preventiva como forma de proteção integral dos direitos e maior apreensão dos riscos.

4.3 Problemas inerentes à aplicação do princípio da prevenção

Antes que se adentre à proposta central do trabalho ora apresentado, é imprescindível que se coloque como parâmetro um dos principais problemas apontados à aplicação da prevenção e precaução no Direito privado.

Como perfilhado nos capítulos anteriores, o princípio da prevenção busca dimensionar concreta ou abstratamente os riscos, antecipando prováveis ou possíveis lesões decorrentes da violação de determinados interesses ou direitos. Surge tal princípio de acordo com a disseminação dos novos riscos, os quais causam em grande escala danos graves e irreversíveis, dotados de extrapatrimonialidade. Ademais, vimos que se distingue em prevenção e precaução, de acordo com o grau de comprovação científica do dano, podendo, sobretudo, ser aplicado nas relações contratuais.

Entretanto, a internalização de tal princípio no âmbito do direito privado não é inteiramente assumida pelos operadores do Direito, muitas vezes se aplicando apenas ao Direito Ambiental, área em que foi introduzida a ideia de prevenção de danos no ordenamento jurídico brasileiro. Há forte entendimento de que a indiscriminada aplicação do princípio da prevenção pode se revelar perigosa, “na medida em que pode transfigurar-se em uma subversiva e inconveniente intrusão e até inviabilização do exercício de inúmeras atividades não apenas consentidas juridicamente, como necessárias ao pleno desenvolvimento econômico”.¹⁶¹

Efusivamente, Fernando Borges Araújo critica a adoção do referido princípio:

Como no adágio popular, não se morre do mal, morre-se da cura (...). Não subscrevemos, de maneira nenhuma, por isso, o princípio da precaução, uma atitude profundamente reaccionária e anti-científica que anima agora muita da regulação ambiental, e que estabelece, sempre que há a possibilidade, mesmo que não

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10 O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

¹⁶¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 207.

comprovada cientificamente em termos causais, de um aumento de risco com uma atividade nova, que devem tomar-se medidas restritivas, cabendo ao proponente dessa novidade provar a inexistência desse risco, para o efeito de se removerem aquelas medidas (podendo, a contrario, qualquer pessoa propor a adoção daquelas medidas restritivas, sem qualquer necessidade de prova senão a de que existe uma possibilidade de risco). Como se fosse possível, necessário ou até conveniente erradicar da existência terrena os riscos que lhe são inerentes, o famigerado <<princípio da precaução>> (Vorsorgeprinzip) parece exigir para o futuro inovações tecnológicas isentas dos mesmíssimos riscos com que coexistimos presentemente, que por sua vez não são postos em causa e dos quais tiramos tantos proveitos em contrapartida (senão as gerações futuras mais frágeis, mais vulneráveis ao risco, do que nós?) E no entanto, daí podem resultar conseqüências perversas e imediatas (...). Como se não bastassem já as suas conotações obscurantistas, o princípio da precaução é cruelmente externalizador e anti-humanitário.¹⁶²

Do fim ao cabo, observa-se exatamente a relação paradoxal apresentada nas primeiras considerações da pesquisa: “*Risk is closely connected to innovation*”.¹⁶³ De fato, a sociedade de risco converte-se, simultaneamente, em tema e problema, uma vez que o avanço tecnológico custa a convivência com os riscos. A crítica do jurista português é essencialmente utilitarista, destacando, em sentido diverso do ora apresentado, o risco que o princípio da prevenção traz ao desenvolvimento tecnológico produtivo. Defende, portanto, o autor que é praticamente impossível evitar externalidades da atividade produtiva, propondo a ideia de “modular um grau de externalização que compatibilize a eficiência do mercado com o bem-estar social, por aproximações e cedências recíprocas – isto é, ponderando constantemente benefícios e custos marginais de cada novo passo dado na correção das externalidades”.¹⁶⁴

No mesmo sentido das críticas expostas, o “Relatório Attali”¹⁶⁵, criado em 2007, na França, com o objetivo de achar um “ponto de crescimento” para a economia francesa, apresentou fortes oposições à inserção do princípio da precaução no Preâmbulo da Constituição Francesa. Em um de seus pontos, diz o relatório: “*les membres de la commission demandent à Nicolas Sarkozy de retirer le principe qui figure actuellement dans la Constitution. Ils y voient un frein majeur à la croissance*”.¹⁶⁶ Em sintonia à explanação de Fernando Borges Araújo, o relatório entende que a inserção da precaução no âmbito constitucional francês afigura-se um freio ao crescimento tecnológico e econômico.

¹⁶² ARAÚJO, Fernando Borges. **Introdução à economia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 571-572.

¹⁶³ GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000. P. 21.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fernando Borges. **Introdução à economia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 571-572.

¹⁶⁵ O Relatório Attali foi elaborado pela Comissão Attali, criada pelo então Presidente da França, Nicolas Sarkozy, em 30 de agosto de 2007, foi liderado por Jacques Attali, economista, professor, escritor e membro honorário do Conselho de Estado francês.

¹⁶⁶ Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/economie/20071012.OBS9370/la-commission-attali-contre-le-principe-de-precaution.html>>. Acesso em: 22/05/2023.

Em que pese a coerência e lógica dos argumentos apresentados, a racionalidade *law and economics* – como denominada a visão sintetizada nas críticas acima – apresenta evidente limitação, sobretudo quando se fala em proteção de direitos fundamentais. Como cediço, o ordenamento jurídico brasileiro, mormente a partir do advento do neoconstitucionalismo, volta-se à tutela da dignidade da pessoa humana, tornando-se objetivo máximo evitar a ocorrência de danos graves e irreversíveis, de caráter extrapatrimonial. Entendemos, assim, que não há como se priorizar o desenvolvimento tecnológico quando se está diante da vida humana, a qual não admite mensuração econômica de eventuais medidas preventivas, tampouco a realização de complexas testagens desenvolvimentistas.

Na óptica do presente estudo, há evidente limite para a livre aplicação das atividades econômicas, as quais não comportam forte influência estatal e legislativa. Entretanto, chega-se em um ponto em que se ultrapassa a linha divisória entre avanço tecnológico e existência humana, espaço este que requer forte cuidado jurídico, estatal e social, o que demonstrar-se-á adiante.

Por fim, fato é que as críticas à internalização do princípio da prevenção, acima de tudo no âmbito negocial, forçam-nos a advertir que tal aplicação não se opera sem dificuldades. Portanto, devemos considerar que, no caso concreto, a aplicação de referido princípio deverá ser ponderada em virtude de possíveis choques em relação a outros princípios atuantes no ordenamento vigente, inclusive os de ordem econômica¹⁶⁷. Por este motivo, vale a observação de que é inoxidável a ponderação de valores, viabilizada pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁶⁸, ressaltando-se, em conclusão, que prevenção e precaução não são absolutos.

4.4 O princípio da prevenção e os novos modelos de contrato

Realizada a breve digressão em formato de tópico, coloquemos, pois, como ponto de partida as considerações atinentes ao princípio da prevenção: de um lado, visto como espécie de barreira ao desenvolvimento tecnológico e econômico que estagna a atividade produtiva do mercado; e de outro, visto como resguardo de direitos fundamentais, sobretudo na sociedade de risco, a qual inexoravelmente traz consigo os danos graves e irreversíveis. A última óptica

¹⁶⁷ Nesse sentido, veja-se dispositivo da CF/88: art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor.

¹⁶⁸ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012, p. 212.

citada, sem dúvidas, comporta e fundamenta com maior rigor a ideia de antecipação de danos em relação ao viés meramente econômico. Vale dizer, como exposto alhures, é da Constituição Federal que advém o princípio da prevenção, alavancado pelos valores sociais da segurança e da solidariedade.

Traçamos, ainda, uma sintética trajetória do forte instrumento de direito privado que é o contrato e suas modificações ao longo do tempo. Cumpre frisar a importância dos contratos para a sociedade pós-moderna, tendo em vista sua ampla utilização, mesmo que por vezes despercebidos dada tamanha amplitude. Por este motivo, extremamente relevante realizar um estudo do paradigma contratual pós-moderno e a respectiva incidência do princípio da prevenção.

Estamos falando da nova dicotomia contratual, propugnada pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, entre contratos de lucro e contratos existenciais. De início, adianta-se que que a taxonomia dogmática proposta possibilita uma análise da prevenção e da precaução a partir de diferentes olhares, comportando densidades distintas para aplicação dos princípios. É uma forma de se observar com maior especificidade a importância da prevenção de danos, haja vista que estamos diante dos contratos, meio tão utilizado para operações econômicas de circulação de riquezas, operações comerciais, administrativas, de compra e venda, trabalhistas, consumeristas, de aluguel, franquias, fusões e outras inúmeras utilidades. Adiante, passemos a destrinchar os modelos contratuais pós-modernos.

Conforme antes perfilhado, o modelo contratual solidarista, do Estado Social, insere o instrumento de direito privado em questão num contexto de respeito às leis de ordem pública, percorrendo este um caminho de reestruturação e passando, assim, a incidir também nas relações contratuais a função social e a justiça contratual, bases fundamentais do próprio Estado Social. Vale dizer, redundantemente, que os direitos fundamentais passaram a ser oponíveis aos próprios particulares, de modo a tornar-se intangível a tutela da vida humana a partir de fornecimento de bens e serviços necessários à existência física do homem.¹⁶⁹

Junto a isso, constata-se que, na pós-modernidade, o fornecimento de bens existenciais depende em grande escala da relação entre privados, a saber, empresário/produtor/fornecedor e particular/consumidor.¹⁷⁰ Na linha de Fernando Noronha, o último personagem citado é

¹⁶⁹ Em analogia, Lorenzetti afirma que “o grupo dos direitos fundamentais atua como um núcleo, ao redor do qual se pretende que gire o Direito Privado. Um novo sistema solar, no qual o Sol é a pessoa.” LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 257

¹⁷⁰ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 253.

aquele que precisa, “[...] para viver, contratar habitação, alimentação, transporte, fornecimento de água, luz, gás, telefone, etc. - e para isso deve se submeter ao poder negocial da empresa.”¹⁷¹ Observa-se uma sujeição do particular ao empresário, motivo pelo qual afirma-se, com efeito, que as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais, conforme assevera Gustavo Tepedino:

Disto tudo decorre a necessidade de construção de uma nova dogmática do direito privado com coerência axiológica. Para tanto, na construção desta dogmática, há de se diferenciar, em primeiro lugar, as relações jurídicas patrimoniais das relações jurídicas existenciais, já que fundadas em lógicas díspares. Tal diversidade valorativa deve preceder, como premissa metodológica, à atividade interpretativa. A pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se, assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais.¹⁷²

E exatamente acerca dessa lógica díspar das relações jurídicas, surge a caracterização dos contratos existenciais – enquanto categoria do *ser* -, e os contratos de lucro – enquanto categoria do *ter* -, requerendo, pois, regimes normativos diversos.¹⁷³ Nesse sentido, Pietro Perlingieri afirma que é um pseudoproblema falar em *favor creditoris* ou de *favor debitoris*, sendo necessário esclarecer a seguinte distinção: “uma coisa é a obrigação finalizada à realização de uma exigência da pessoa, como podem sê-lo as obrigações assumidas no interesse da família, outra coisa são as obrigações assumidas por uma sociedade por ações a escopo de lucro”.¹⁷⁴

Louve-se, portanto, a proposta de Antônio Junqueira de Azevedo:

Digladiam-se, de um lado, os defensores da segurança jurídica, com os olhos voltados ao mundo empresarial, e, de outro, os defensores das pessoas físicas mal aquinhoadas economicamente, despreparadas para atuar num mercado sofisticado. A nosso ver, o direito brasileiro, e, talvez, o direito universal, devesse no século XXI, fazer uma distinção essencial, admitindo expressamente uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e contratos existenciais. Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial: neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa

¹⁷¹ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor**. vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br> Acesso em 22/05/2023, p. 2.

¹⁷² TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 364-365.

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760 e ss.

¹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 211-213

humana e contrato existencial. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode - ou até mesmo deve - ser expulsa do mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção por não ser descartável.¹⁷⁵

A dicotomia propugnada funcionaliza o direito dos contratos atendendo, de um lado, as finalidades existenciais da pessoa humana e, de outro, as finalidades lucrativas empresariais. Opõem-se, assim, autonomia privada e solidariedade social, buscando-se, entretanto, uma verdadeira conciliação sistêmica, de acordo com o caso concreto. Nesse diapasão, completa o Professor das Arcadas:

Essa dicotomia não visa eliminar outras já existentes no direito contratual, como a divisão milenar entre contratos onerosos e gratuitos, ou aquela própria do direito contratual do século XX, entre contratos de adesão e contratos paritários. A nova dicotomia, própria para o século XXI, procura conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana. Os três níveis de contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados.¹⁷⁶

Salta aos olhos a ideia de complementação a propósito ressaltada em todas as abordagens do presente estudo. Não se mostra diferente a dualidade contratual em questão, em que se procura conciliar o funcionamento estável da economia com o desenvolvimento saudável do ser humano. Para tanto, é imprescindível buscar subsídios que possibilitem a caracterização dos contratos, já adiantados nos trechos transcritos acima. Em entrevista à Revista Trimestral de Direito Civil, Antonio Junqueira de Azevedo exaure quaisquer dúvidas acerca do contexto pelo qual se distinguem as categorias contratuais. Por oportuno, tragamos à baila a intervenção:

Justamente, estou propugnando por uma nova dicotomia contratual - contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI - porque essas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm basicamente como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; estas estão visando a subsistência. Por equiparação, podemos incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são 'descartáveis' e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação etc. de forma que as cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas 'descartadas', do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do

¹⁷⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185-186.

¹⁷⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

mercado ou o exercício das profissões; o princípio pacta sunt servanda tem que ter aí maior força.¹⁷⁷

Com efeito, os contratos existenciais possuem, ao menos em um de seus polos, uma ou mais pessoas naturais – ou ainda pessoas jurídicas sem fins lucrativos -, que tem como escopo principal ao contratar a sua subsistência, vale dizer, suprir suas necessidades vitais. Alocando esse tipo contratual no plano de validade da teoria do negócio jurídico, Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira bem observam que “essencialmente nos elementos “objeto” e “agente” reside certo tónus vital (e não requisito) especialíssimo aos contratos existenciais”¹⁷⁸. É que, nesse modelo, a prestação, elemento central da obrigação, requer maior cuidado, possuindo conteúdo moral e ético para além da patrimonialidade, o que de certa forma a “humaniza” e “personaliza”, conforme preconiza Rafael Ferreira Bizelli.¹⁷⁹ Sob o mesmo ângulo, Paulo Nalin explica que o propósito contratual se transforma significativamente sem se descuidar da patrimonialidade: “A relação obrigacional patrimonial acaba por ser uma ferramenta de desenvolvimento de um papel, direto ou indireto, de atuação do valor constitucional da dignidade humana”.¹⁸⁰

Em outro polo, encontram-se os contratos de lucro, que possuem como finalidade principal o próprio lucro. Esse modelo comporta como partes contratuais empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato visa obter lucro.¹⁸¹ Ainda, como extraído do excerto transcrito, nos contratos de lucro as partes são descartáveis na conjectura do processo econômico, motivo pelo qual tal modelo preza pela não interferência externa, de modo que se preserve a racionalidade econômica.

Explicada a subdivisão proposta, é imprescindível a advertência de que não são todos os contratos existenciais que levarão consigo conteúdo extrapatrimonial e, da mesma forma, não são todos os contratos de lucro que vão possuir objeto patrimonial. O que importa é a

¹⁷⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. Diálogos com a doutrina: entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo, **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, ano 24, p. 299-308, v. 9, abr.-jun., 2008, p. 299.

¹⁷⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 11.

¹⁷⁹ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 256.

¹⁸⁰ NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, 250.

¹⁸¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 186.

natureza jurídica do interesse digno de tutela decorrente da prestação, seja ela patrimonial ou não. Acerca disso, Rafael Ferreira Bizelli preleciona:

Para que o contrato seja caracterizado com o existencial, não basta que o interesse de uma das partes seja meramente extrapatrimonial: este interesse extrapatrimonial deve ser qualificado com o existencial, isto é, o interesse não -patrimonial deve se vincular às necessidades vitais, às necessidades de (sobre)vivência digna e de realização da personalidade da pessoa, de acordo com as particularidades da(s) parte(s). O interesse existencial do contratante, portanto, pode ter origem tanto em prestação patrimonial (ex.: contrato de seguro de saúde, contrato de fornecimento de energia elétrica, contrato de prestação de serviços educacionais, etc.) como em prestação não-patrimonial (ex.: contrato de reconhecimento e de dissolução de união estável, contrato de mandato para casamento, etc.).¹⁸²

Interessante, nesse ponto, notar que a nova dicotomia contratual possui estreita relação com a tese de Teresa Negreiros, que traz como base de classificação dos contratos a essencialidade de seu objeto. Leva em conta, portanto, a categorização dos bens de acordo com sua função, com sua importância para o indivíduo, sobrepondo bens existenciais em relação aos bens meramente patrimoniais. Assim, nos dizeres da autora, “os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável”¹⁸³. Em complementação, aduz a autora que nos contratos que tenham como objeto bens supérfluos, devem vigorar os princípios contratuais clássicos, com mínima intervenção externa.

Não obstante o paradigma da essencialidade restringir-se somente a bens, fato é que a concepção de Teresa Negreiros contribui significativamente para a identificação de um contrato de lucro ou de um contrato existencial. Ruy Rosado de Aguiar Júnior conclui, nesse sentido, que o objetivo da adoção do paradigma da essencialidade é “dispensar aos contratos classificados como existenciais um regime jurídico que permita a realização da sua função social, (...) garantindo e assegurando os valores inerentes à dignidade da pessoa.”¹⁸⁴

Quanto ao grau de essencialidade do objeto contratual, de fato, a nova dicotomia contratual proposta carece de algum desenvolvimento, porquanto a inexistência de um parâmetro absoluto que defina situações como existenciais ou não. Diante disso, Ruy

¹⁸² BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 259.

¹⁸³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 453.

¹⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan. mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011, p. 106.

Rosado¹⁸⁵ sugere a utilização da definição taxada aos serviços essenciais no artigo 10 da Lei 7.783/1989, a Lei de Greve.¹⁸⁶ Ademais, Teresa Negreiros propõe a utilização dos art. 153 e 155 da Constituição Federal como parâmetros, uma vez que indicam a seletividade tributária¹⁸⁷ de acordo com a essencialidade do produto, mercadorias e serviços¹⁸⁸ – ou seja, quanto maior a essencialidade, menor a tributação. Na mesma toada, Murilo Rezende dos Santos menciona a possibilidade de se utilizar como parâmetro para auferir o grau de essencialidade o artigo 1.920 do Código Civil, que traz os elementos para o legado de alimentos.¹⁸⁹

No entanto, conclui o próprio autor: “O que nos parece é que qualquer critério que se estabeleça não poderá fixar um rol taxativo, pois as necessidades essenciais (= básicas) mudam de acordo com a evolução da sociedade”.¹⁹⁰ Como exemplo, menciona o acesso à internet, que, não obstante ser um serviço de luxo em tempos anteriores, hoje é, sem dúvida, serviço essencial. Daí se verifica que a dicotomia contempla o funcionalismo jurídico de acordo com o caso concreto, pois, como preleciona Antônio Junqueira, a centralidade do caso é o eixo em torno do qual gira o paradigma jurídico pós-moderno.¹⁹¹

Por fim, não podemos deixar de mencionar as críticas estabelecidas por Ruy Rosado à taxonomia pós-moderna, as quais, inclusive, questionam essa incompletude sistêmica. O autor considera insuficiente a classificação entre contratos existenciais e de lucro, em que pese aceitar o entendimento. Afirma que nem todos os contratos de consumo são existenciais, haja vista que “muita relação de consumo tem por objeto de prestação bens supérfluos ou desnecessários. Nesse caso, embora incidente o CDC, nem por isso se pode ter o contrato

¹⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 45, p. 91-110, jan.-mar., 2011, p. 101.

¹⁸⁶ BRASIL. Lei 7.783/89. Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I -tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento dedados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI – compensação bancária.

¹⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 397-405

¹⁸⁸ BIZELLI, Rafael Ferreira. Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial. 2017, p. 261.

¹⁸⁹ SANTOS, Murilo Rezende dos. **Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização**. 2016. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 6.

¹⁹⁰ SANTOS, Murilo Rezende dos. **Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização**. 2016. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 6-7.

¹⁹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O direito pós-moderno**. Revista USP. São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun. ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 11/05/2023.

como existencial".¹⁹² Portanto, entende que a dicotomia em questão deixa brechas por não comportar algumas situações, não podendo ser considerada como uma classificação metodológica de fato. Nos dizeres do autor: "essa exigência metodológica, é o que impede que se oponham os contratos existenciais aos contratos de lucro, porque não esgotam o universo dos contratos, pois muitos não integram nenhuma dessas espécies, conforme referido no texto".¹⁹³

Nitidamente, as críticas apresentadas mostram-se coerentes e válidas e, por conseguinte, devem ser consideradas para o desenvolvimento do presente estudo. Como apontado ao longo de todo o texto, a lógica preventiva também traz como alicerce o funcionalismo jurídico, o Direito como bem cultural, como fato, valor e norma. Por este motivo, se coaduna perfeitamente com a subdivisão entre contratos existenciais e de lucro, sempre levando como base o caso em tela. Vale dizer, por derradeiro, que, da mesma forma que a dicotomia proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, a análise doravante apresentada não é absoluta, tampouco completa, objetivando apenas verificar a gradação da incidência da prevenção de acordo com a essencialidade do objeto contratual.

4.4.1 A prevenção em contratos de lucro

Conforme exposto, os contratos de lucro possuem como característica fulcral o objetivo de obtenção de lucro, podendo ser celebrados entre empresários, ou ainda, entre um empresário e um não empresário com interesse lucrativo. Anote-se que, na mesma definição, Antônio Junqueira de Azevedo menciona que as partes desse modelo contratual são descartáveis do mercado ou da vida profissional, vigorando, portanto, os princípios contratuais clássicos – agrupados pelo autor em liberdade contratual, obrigatoriedade dos efeitos contratuais (*pacta sunt servanda*) e relatividade das convenções (*res inter alios acta tertiis nec nocet nec prodest*).¹⁹⁴ São os tradicionais princípios libertários, comuns a todo direito romano-germânico, que consideram o indivíduo – neste caso as partes que visam lucro – atomizado.

¹⁹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 45, cit., p. 102.

¹⁹³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Contratos relacionais, existenciais e de lucro**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 45, cit., p. 103.

¹⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

Entendemos, portanto, que esse modelo contratual é campo propício ao pleno desenvolvimento tecnológico e econômico e totalmente compatível com a racionalidade do *law and economics*, de que foram pioneiros Ronald Coase e Guido Calabresi, um modelo de responsabilidade civil destinado à obtenção de parâmetros quantitativos de produção e segurança nas relações, sobretudo num sistema de produção massificado. Trabalha-se com comportamentos uniformes, previsíveis e avaliáveis, pressupondo-se que os indivíduos agem de forma eficiente, de maneira a aumentar seus benefícios e a reduzir seus custos.¹⁹⁵ Com efeito, verifica-se que tais pressupostos assumidos possuem estreita relação com a “descartabilidade” das partes nos contratos de lucro, vez que afiguram-se utópicos frente às mutações e desigualdades sociais. Justamente por isso, afirma-se que a análise econômica não é – e nem pretende ser – um fator exclusivo na construção do regramento legal.¹⁹⁶ Novamente, estamos diante de um instrumento de complementação do Direito. É nesse sentido que Guido Calabresi, em *The Costs of Accidents*¹⁹⁷, afirma de antemão que, para saber até que ponto a sociedade está disposta a salvar vidas e reduzir eventos indesejáveis, é absolutamente insatisfatório recorrer a considerações de ordem exclusivamente econômica¹⁹⁸.

Posto isso, destaca-se que o objetivo principal da análise econômica é maximizar a eficiência das relações, o que está estritamente relacionado a medidas preventivas. Tal conjectura se dá pela comparação entre o custo de um eventual acidente e o custo de segurança, variáveis inversamente proporcionais que são balizadas, sobremaneira na própria relação contratual. Assim, verifica-se se é economicamente vantajoso adotar medidas preventivas de segurança em relação aos custos com acidentes, custos estes que são mensuráveis. E, no presente estudo, entendemos que valores palpáveis de eventuais danos são admitidos nos contratos de lucro pela simetria informacional e racional das partes contratantes, bem como a ausência de gravidade e irreversibilidade de dano à pessoa humana.

¹⁹⁵ CARNAÚBA, D. Amaral. **Distribuição de riscos nas relações de consumo: uma análise econômica.** In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). *Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais.* 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v., p.30.

¹⁹⁶ CARNAÚBA, D. Amaral. **Distribuição de riscos nas relações de consumo: uma análise econômica.** In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). *Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais.* 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v., p.31.

¹⁹⁷ CALABRESI, GUIDO. **The cost of accidents: a legal and economic analysis.** New Haven: Yale University Press, 1970. P. 18.

¹⁹⁸ MENDONÇA, Diogo Naves. Breve Estudo sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). **Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais.** 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v., p.67.

Contratos de lucro presumem-se, então, simétricos¹⁹⁹, alocados em um modelo bilateral de distribuição de riscos, em que se pressupõe que ambas as partes têm conhecimento perfeito sobre o que está sendo contratado, especialmente acerca dos riscos do objeto contratual. Nesse sentido, Daniel Carnaúba afirma que no modelo de simetria de informação a regra da responsabilidade civil não terá qualquer influência sobre as resultantes econômicas da atividade produtiva, ressaltando o papel secundário da eventual imputação de responsabilidade.²⁰⁰ E completa o autor mencionando o conhecido “Teorema de Coase”:

Tal constatação nada mais é do que uma aplicação concreta do teorema desenvolvido por Ronald Coase em seu célebre artigo “The problem of social cost”. O referido teorema postula que, se os custos de transação entre as partes atingidas por uma determinada atividade são nulos, o resultado economicamente eficiente sempre se concretizará, independentemente da alocação inicial feita pela regra de direito. É exatamente o que ocorre no modelo ora aventado: como produtores e vítimas-consumidoras podem livremente negociar, suas antecipações racionais contrabalançam as imposições jurídicas, conduzindo, sempre, a resultados idênticos e eficientes.²⁰¹

No excerto transcrito, fala-se em uma hipótese artificial de simetria entre consumidor e fornecedor, o que não é aplicável concretamente dada a vulnerabilidade daquele. No entanto, presume-se que em um contrato de lucro a antecipação racional das partes de fato contrabalança imposições jurídicas, o que justifica a aplicação dos princípios contratuais tradicionais. É de Landes e Posner a intervenção de que “dentro dos custos de transação, incluem-se também os custos de distribuição de informação. Com efeito, a tarefa de informar o comprador sobre os riscos e características do produto oferecido implica no mais das vezes em uma série de investimentos e atividades custosas”.²⁰² Nos contratos de lucro, portanto, o dever de informar possui ínfima incidência, constatação que exemplifica a diferença de

¹⁹⁹ Nesse sentido, preveem os Enunciados 20 e 21 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal: Enunciado 20. “Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.”;

Enunciado 21. “Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais.”; Enunciado 28. “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência.

²⁰⁰ CARNAÚBA, D. Amaral . Distribuição de riscos nas relações de consumo: uma análise econômica. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). **Sociedade de risco e Direito Privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v., p.53.

²⁰¹ CARNAÚBA, D. Amaral . Distribuição de riscos nas relações de consumo: uma análise econômica. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). **Sociedade de risco e Direito Privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013, v., p.53.

²⁰² LANDES, W.; POSNER, R. **A positive economic analysis of products liability**, The Journal of Legal Studies, v. 14, nº 3, 1985, p. 535-567.

modulagem ou calibragem de incidência dos “novos princípios contratuais”. Desta forma obtempera Claudio Luiz Bueno de Godoy:

Não é, portanto, o caso de sustentar que contratos comuns, mesmo empresariais, se furtem à incidência de princípios como o da boa-fé objetiva, tanto mais porque impõe o próprio Código Civil (LGL\2002\400) (art. 422). Do mesmo modo, com relação ao equilíbrio ou à função social, esta última identicamente explicitada (art. 421). Apenas que - ademais das regras próprias a que se subsumir, como no exemplo da lesão ou onerosidade excessiva - a autonomia das partes e a interferência corretiva que eventualmente se faça necessária não se apresentam na mesma extensão.²⁰³

Desta forma, na hipótese de os sujeitos contratuais possuírem igual controle da atividade que deu origem ao dano, deve se preservar o interesse de ambos – tendo em vista que o interesse do contrato é lucrativo. O que queremos dizer é que as medidas preventivas podem ser quantificadas e balizadas no próprio instrumento contratual, possibilitando a máxima eficiência no desenvolvimento econômico e tecnológico no limite da incerteza. Nesse sentido, podemos incluir a “teoria dos jogos”²⁰⁴ como instrumento que auxilia a compreender, ou prevenir, acerca de possíveis comportamentos dos agentes em conflitos de interesses.²⁰⁵ De acordo com tal teoria, a norma é vista apenas como subsídio para que se trace o comportamento do indivíduo, pois este ao saber as regras do jogo, decide qual a forma mais interessante de atuar²⁰⁶, o que traduz a ideia de autonomia privada.

E, se outrora afirmamos que a precaução é balizada por dois pontos limites, que são a prova do dano e a prova da ausência de dano, a prevenção requer somente a certeza do dano. Portanto, saindo do plano da certeza, as atividades podem ser observadas como “*state of art*” – estado da arte -, o que possibilita uma abrangência maior de atuação. Ou seja, não havendo certeza sobre determinado risco, no plano lucrativo, deve-se privilegiar o rigor no procedimento, de modo que o uso abusivo da prevenção se torna uma ameaça ao progresso. Na linha de Pierpaolo Bottini, torna-se possível auferir um nível de periculosidade do

²⁰³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código civil e código de defesa do consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação**. Um paralelo entre os deveres que criam. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). Direito das obrigações na contemporaneidade. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cit., 2014, p. 122.

²⁰⁴ BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis Florentin. **Teoria dos jogos**. Pearson Prentice Hall, 2011, p. 6.

²⁰⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, R. P.; AVELINO, Henrique. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 57, p. 113, 2010.

²⁰⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, R. P.; AVELINO, Henrique. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 57, p. 113, 2010.

empreendimento aceitável às necessidades a ele atreladas²⁰⁷, considerando a relação contratual como um todo.

Portanto, rememorando a distinção de prevenção e precaução, tem-se que a prevenção admite atuação antes ou após o dano, o que dependerá da atuação das partes no âmbito contratual. É dizer, há a liberdade para que se encontre a eficiência em medidas preventivas ou na própria indenização, *ex post* dano. Estamos falando exatamente da análise acerca do custo/benefício (análise econômica), que deve se considerar em uma gestão de risco, no entendimento de Philippe Kourilsky e Geneviève Viney.²⁰⁸

Pois bem, o que aqui queremos transmitir é a relatividade dos custos de segurança em contratos de lucro, tendo em vista o objeto contratual supérfluo, na classificação do grau de essencialidade. Dentro das regras do jogo, o contratante é livre para decidir e mensurar medidas a serem tomadas de acordo com custos de prevenção e custos de acidentes. Em suma, segundo Eduardo Goulart Pimenta e Henrique Avelino R. P. Lana, a Análise Econômica do Direito aduz que os contratos são instrumentos adequados a compor os riscos da própria atividade econômica, diminuindo eventual perda e prejuízo do agente contratante, possibilitando um contexto mais eficiente.²⁰⁹

Nada obstante a secundariedade da imputação de responsabilidade nos contratos de lucro, de modo a prosseguir com o enfoque à eficiência estudada pela racionalidade do Direito e Economia, interessante se faz expor o parâmetro de diligência justificável no que toca ao elemento culpa. Tragamos à tona a regra formulada pelo juiz norte-americano Learned Hand, conhecida como “regra de Hand”. Diogo Naves Mendonça explica que,

(...) em termos algébricos, pela regra de Hand a conduta culposa estará presente caso os custos de cuidado (representados por C) forem menores do que a probabilidade de ocorrência do acidente (P) multiplicada pelos custos do dano causado (D): $C < P \times D$. De maneira contrária, a conduta será diligente caso os custos de precaução forem iguais ou superiores à probabilidade do acidente multiplicada pelo montante do dano provocado: $C \geq P \times D$.²¹⁰

²⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 57.

²⁰⁸ VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Phillipe. **Le Principe de Précaution**. Paris: Ed. Odile Jacob, 2000, p. 56.

²⁰⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, R. P.; AVELINO, Henrique. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 57, p. 130, 2010.

²¹⁰ MENDONÇA, Diogo Naves. Breve Estudo sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). **Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v., p.70.

Afigura, pois, uma forma de estimular a diligência entre as partes. Nesse passo, Giuseppe Monateri²¹¹, considera que no plano de prevenção bilateral (do ofensor que toma medidas de prevenção até o ponto de exoneração, e da vítima, que a partir dali deve também tomar atitudes preventivas para não arcar ela com as consequências), atinge-se o nível ótimo de eficiência da prevenção de custos sociais.²¹² No mesmo panorama utilitarista, vale destacar o critério de eficiência oferecido por Nicolas Kaldor e Jonh Hicks²¹³, em uma definição complementar à denominada “eficiência de Pareto”, em alusão ao autor Vilfredo Pareto²¹⁴. Afirmam aqueles autores que o aumento de utilidade total existirá ainda que alguém fique em situação pior, mas desde que seja possível ao beneficiário compensar o prejudicado.

E exatamente sob essa lógica que apresentamos a presente tese, a saber, o critério de eficiência econômica comporta situações compensatórias, auferíveis, indenizáveis. Veja-se que pelo paradigma de Hand multiplica-se a *probabilidade* de ocorrência de acidente pelo custo do próprio acidente. Entretanto, à medida que se aumenta a essencialidade do objeto em questão, dificulta-se a quantificação do custo de um acidente. Ora, quando estamos falando de gravidade e irreversibilidade de danos atinentes à vida humana, não conseguimos mensurar quaisquer custos, transformando-se a variável probabilidade em *plausibilidade*. Em continuação ao critério de Kaldor-Hicks, há evidente situação que ultrapassa o limite de “compensabilidade” da parte prejudicada: a existencial.

Por derradeiro, fica claramente delimitada a atuação da prevenção nos contratos de lucro, por meio da racionalidade *law and economics*. Frisa-se, aqui, a busca pela complementação de sistemas, de forma a se contemplar, neste lado, o livre desenvolvimento econômico por meio dos contratos de lucro. Neste campo, admite-se a prevenção em seu último limite, dentro da certeza científica, de modo que se destrua qualquer barreira ao desenvolvimento tecnológico e econômico. Assim, na incessante busca pela convivência harmônica desse autêntico pilar para o desenvolvimento econômico durável e para a promoção da dignidade humana, que é a prevenção de danos, adiante analisaremos sua aplicação na relação contratual existencial, prosseguindo-se à gradação de incerteza.

²¹¹ MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**. Torino: Utet, 1998.

²¹² BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. **O prêmio como instrumento de prevenção de danos**. 2022. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 73.

²¹³ HADDAD, Brent M. **Kaldor–Hicks efficiency criterion**. *Ecological Economics*, v. 27, n. 2, p. 183-8, 2023.

²¹⁴ MENDONÇA, Diogo Naves. Breve Estudo sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). **Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2013, v., p.69.

4.4.2 A prevenção em contratos existenciais

Iniciemos o estudo da prevenção em contratos existenciais com uma importante constatação de um dos precursores da racionalidade *law and economics*, o jurista de Yale, Guido Calabresi:

*Since we are not committed to preserving life at any cost, the question is more complex one of how far we want to go to save lives and reduce accident costs. This leads us to the second myth: that economic theory can answer the question. Just as economic theory cannot decide for us whether we want to save the life of a trapped miner, so it cannot tell us how far we want to go to save lives and reduce accident costs. Economic theory can suggest one approach - the market - for making the decision. But decisions balancing lives against money or convenience cannot be purely monetary ones, so the market method is never the only one used.*²¹⁵

Aqui se encontra evidente limite para a utilização de parâmetros quantitativos econômicos para a aplicação da prevenção: a vida humana, supedâneo de todo o Direito positivo. Conforme retira-se do excerto de Calabresi, decisões que ponderem vidas estão longe de ser puramente monetárias, o que justifica o estudo aqui realizado. Coloquemos, pois, acima de tudo, o que Antônio Junqueira de Azevedo designa como verdadeira “condição de existência”, nos seguintes termos:

A vida genericamente considerada consubstancia o valor de tudo que existe na natureza. Esse valor existe por si; ele independe do homem. Do primeiro ser vivo até hoje, há um fluxo vital contínuo; todo ser vivo tem sua própria centelha de vida, mas cada centelha individual surge do fogo que, desde então, queima na Terra e, nesse fogo, cada centelha se insere como parte no todo. A vida em geral fundamenta o direito ambiental e o direito dos animais. Todavia, é, sem dúvida, a vida humana que, sob o aspecto ontológico, representa sua parte excelente. Por isso, a vida humana – globalmente e em cada uma de suas centelhas – deve merecer a maior atenção do jurista. Sob o ponto de vista que nos interessa, isto é, de cada pessoa humana, a vida é condição de existência. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.²¹⁶

²¹⁵ CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. P. 18. Tradução livre: “Como não temos o compromisso de preservar a vida a qualquer custo, a questão é mais complexa, até onde queremos ir para salvar vidas e reduzir custos com acidentes. Isso nos leva ao segundo mito: a teoria econômica pode responder à pergunta. Assim como a teoria econômica não pode decidir por nós se queremos salvar a vida de um mineiro soterrado, também não pode nos dizer até onde queremos ir para salvar vidas e reduzir custos de acidentes. A teoria econômica pode sugerir uma abordagem - o mercado - para tomar a decisão. Mas as decisões que equilibram vidas com dinheiro ou conveniência não podem ser puramente monetárias, então o método de mercado nunca é o único usado”.

²¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

No mesmo tocante, Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira observam a importância da transformação semântica do indivíduo em pessoa. Aquele, visto como abstração por muito tempo – contratante, marido, proprietário -, passou a ter personalidade, valorizando-se a sua essência espiritual. Vejamos como os autores declinam sobre esse imprescindível passo à frente, sobremaneira ao mundo jurídico:

Nesta dimensão axiológica a pessoa em sua dignidade tem a possibilidade de expressar diversas considerações, ad instar: (a) separa-se da noção de preço (Preis), pois insubstituível por algo equivalente (Würden); (b) evidencia-se na perspectiva de substância e subsistência; (c) fragmenta-se em novos sujeitos de direito considerando circunstâncias subjetivas especialíssimas de debilidade; (d) refere-se a certa categoria antropológica básica; (e) exprime estimativa personalista impregnada de coloração social; (f) caracteriza-se elemento essencial do ordenamento; (g) é marco da convivência humana, justa e pacífica; (h) firma-se como base lógica e ontológica para a existência e especificação dos demais direitos; (i) radica-se como mínimo invulnerável que todo o sistema deve assegurar; (j) forceja-se como conteúdo constitucional inquebrantável; (k) supera os limites do Direito.²¹⁷

Depreende-se, portanto, que a vida humana não é, em hipótese alguma, descartável. Muito pelo contrário, é intangível, não havendo espaço para se falar em precificação de medidas de prevenção, sobretudo em âmbito contratual. Se intangível a vida, por consectário lógico, incomensável o dano lhe causado, sendo incompatível a atuação *ex post* dano. Chega-se à conclusão de que o princípio atinente aos vínculos existenciais é a precaução, ou seja, um *plus* em relação à prevenção apresentada no tópico acima. Na esteira de Mathilde Boutonnet, o aparecimento do princípio da precaução é indissociável do fundamento da preservação.²¹⁸ Trabalha-se, portanto, com um espaço amplo, balizado pela prova do dano e pela prova da ausência de dano, uma vez que se trata de captação e gerenciamento de riscos à preservação do ser humano.

Entendemos, nesse ponto, que os contratos existenciais se encaixam em grande parte num modelo unilateral de contrato, um modelo de assimetria informacional, o que muito se aplica na sociedade global de risco no que tange às relações consumeristas, de trabalho, locação residencial, compra e venda de casa própria e, de uma maneira geral, às relações que

²¹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 18/05/2023, p. 9.

²¹⁸ BOUTONNET, Mathilde. **Le Principe de Précaution em Droit de la Responsabilité Civile**. Paris: L.G.D.J, 2005, p. 294.

dizem respeito à subsistência das pessoas.²¹⁹ Desta forma, não há antecipação racional das partes, tampouco atuações eficientes, uma vez que, no interesse existencial, a pessoa natural contratante presume-se desinformada acerca dos riscos da relação. Conforme antes visto, a pessoa física, particular, consumidor, fica, no mais das vezes, à mercê do poder negocial do empresário/produtor/fornecedor para contratar serviços e bens para viver, e por isso este último personagem torna-se único controlador da atividade e, conseqüentemente, responsável por seus riscos. Fica claro que neste tipo de situação é necessário que o direito intervenha, com o objetivo de equilibrar a relação desigual.

Memora-se, contudo, que, na definição de Antônio Junqueira de Azevedo, ao menos uma das partes é pessoa natural nos contratos existenciais, o que não necessariamente revela a situação de assimetria acima apresentada. Nada impede, portanto, a celebração de um contrato entre particulares com finalidade existencial, corolário máximo da subdivisão propugnada. O que nos compete é a constatação de que interesse que move o contrato gera o dever de prevenção máxima, a precaução, mesmo que não haja certeza de dano. Vale adjetivar este último elemento como grave e irreversível neste tipo contratual, o que justifica a impossibilidade de compensação.

Diante disso, o desafio dos operadores do direito é a busca por mecanismos que descortinem o agir pautado na plausibilidade dentro das relações existenciais. Não podemos deixar de mencionar, nesse sentido, a criação de microssistemas jurídicos com vista à proteção da dignidade da pessoa humana e seu mínimo existencial, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), Lei do Superendividamento (14.181/2021), Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e inúmeras outras legislações orbitantes que dão atenção especial a sujeitos vulneráveis, revelando a concretização da precaução em diversos pontos. Embora não seja objetivo desse trabalho a análise aprofundada das leis mencionadas, vale destacar, em especial, alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois, como preleciona Bruno Miragem, “A influência da regulação jurídica do CDC acerca dos contratos de consumo é decisiva para toda a teoria dos Contratos no direito privado brasileiro e comparado. O direito do consumidor sedimenta, pois, uma nova concepção social do

²¹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinálagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In.: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 356

contrato”²²⁰. É que o CDC tem como fundamento principal a segurança do consumidor contra riscos à sua vida e saúde provocado pelas práticas do fornecedor²²¹. Especificamente, nos artigos 8º, 9º e 10,²²² referido Código prevê que o fornecedor não poderá colocar no mercado produtos ou serviços que ofereçam riscos ou que sejam *potencialmente* nocivos e perigosos. Portanto, o princípio da precaução está consagrado pelo direito do consumidor.

Pois bem, a breve menção aos microssistemas jurídicos oportunamente introduz o delineamento à concretização da precaução nos contratos. Com enfoque ao CDC, Teresa Ancona Lopez, na linha de Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz²²³, ressalta que os textos das diretivas ou dos códigos do consumidor não fazem nenhuma alusão aos contratos quando falam em segurança, “ela nasce da vida em sociedade e pesa sobre todo profissional que põe um produto ou serviço ao mercado”²²⁴. A análise da precaução em contratos contempla, de toda sorte, o caso concreto, o culturalismo e funcionalismo jurídico, bem como os deveres positivos nas obrigações (deveres também do credor) já tratados no presente estudo. Vale lembrar que consideramos aqui a obrigação como processo e totalidade e, a partir dessa perspectiva, entendemos que o dever de prevenção encontra-se desprendido do dever de adimplemento. Portanto, é na dimensão da prevenção, ou especificamente da precaução, que os contratos existenciais devem traduzir a noção de preservação da dignidade humana, e o faz a partir dos princípios sociais – função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.²²⁵ Veja-se a análise realizada por Marco Fábio Morsello:

Deveras, nos contratos existenciais, à luz da necessidade de proteção à parte mais fraca, os princípios sociais do contrato ensejarão aplicação preponderante diante da autonomia privada, com espreque na existência de relações jurídicas que dizem

²²⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 234.

²²¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (...).

²²² Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

²²³ CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la Consommation**, 7ª ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 300 a 308.

²²⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 175.

²²⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 183.

respeito à subsistência humana, de modo a abranger todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação, residencial e compra da casa própria. Na seara da boa-fé objetiva, alhures referida, é curial que os deveres anexos ou laterais (*Nebenpflichten*) imporão maior eficácia protetiva, inclusive na fase pré-contratual, designadamente, no que concerne aos amplos deveres de informar, esclarecer, proteger e assistir, uma vez que seu não implemento adequado poderá influir no motivo determinante da contratação, tendo em vista a existência de hipossuficiente em um dos centros de interesse. [...] Por outro lado, mencionado princípio [do equilíbrio econômico] comportará ampla aplicação dos denominados contratos existenciais, com espeque na lesão objetiva inculpada em nosso sistema civil pátrio, bem como no sistema de defesa do consumidor, impondo-se análise de efetivação do equilíbrio econômico, desde o início da formação do vínculo negocial, espraiando-se para a fase de execução, com aplicação da onerosidade excessiva.²²⁶

Diferentemente dos contratos de lucro, os contratos existenciais mitigam a aplicação dos clássicos princípios contratuais, não admitindo flexibilidade, sobretudo no que tange às medidas de prevenção. Aqui, vemos tais medidas representadas pelos novos princípios, acima mencionados, os quais revelam o grande dever de cuidado na relação em questão tendo em vista a grande importância da prestação.

A função social dos contratos, prevista especificamente no artigo 421 do Código Civil, mitiga a liberdade contratual²²⁷, revelando ampla tutela estatal em caso de interesse existencial. Fernando Rodrigues Martins e Keila Pacheco Ferreira asseveram que é “na dimensão da solidariedade e da dignidade da pessoa humana que os contratos existenciais devem cumprir a carga hermenêutico-dogmática da função social, porque mesmo que seja uma operação econômica o contrato não é palco para injustiças”.²²⁸ Observa-se, nesse ponto, estreita relação com o princípio da justiça contratual, o qual atua, principalmente, de forma negativa, evitando-se graves injustiças.²²⁹ Ademais, a função social do contrato acoberta fortemente a confiança gerada nas relações, transformando-a em vetor precípua à intangibilidade do contrato. Segundo Rafael Ferreira Bizelli, “no caso concreto, a hermenêutica judicial deve privilegiar as interpretações que, baseadas na confiança despertada em razão de vontades exteriorizadas, causem impressão do destinatário dos bens

²²⁶ MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 292-307.

²²⁷ Nesse sentido, o Enunciado 23 do Conselho da Justiça Federal consignou a tese de que "a função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

²²⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em <www.revistadoatribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 13.

²²⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295-297

essenciais”²³⁰, uma vez que o valor da vida humana não pode ser permutado por promessa vazia.²³¹

Já em relação à boa-fé objetiva, cláusula geral prevista no artigo 422 do Código Civil, a precaução aparece com maior evidência e especificidade, em especial no que tange ao dever anexo de informação, como assevera o Professor Junqueira²³². Configura um dever absoluto, intangível, tendo em vista o objeto da relação contratual, bem como a existência de uma parte hipossuficiente. Com efeito, a boa-fé objetiva forceja o “desmerecimento de condutas objetivas desprovidas de eticidade (controle de comportamento) ou de disposições contratuais predispostas com desequilíbrio significativo (controle de conteúdo)”,²³³ influenciando a interpretação, controle e integração contratual. Sobretudo, a partir da função integradora, a boa-fé objetiva impõe às partes a prestação de informações pormenorizadas acerca da totalidade do bem ou serviço contratado, o que envolve lealdade e proteção, mesmo que não haja plena certeza de dano. Rafael Ferreira Bizelli comenta acerca da eticidade que abrange o princípio da boa-fé objetiva e, mais uma vez, sobreleva a importância da análise do caso concreto:

A definição, a priori ou in abstracto de todos os possíveis deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva mostra-se missão impraticável, por sua configuração depender, justamente, das peculiaridades dos casos concretos. Não resta dúvidas do conteúdo ético inserido nas obrigações por meio da boa-fé objetiva. Esses deveres laterais de conduta visam proteger tanto as partes, umas às outras, como as prestações, sua conservação e bom adimplemento. Tratam-se, portanto, de imperativos aptos a conservarem e promoverem o sucesso da obrigação. Com isso, fortalecem a confiança das partes e protegem o contrato, o que colabora para que se cumpra sua função social. A boa-fé objetiva, em sua vertente integradora, portanto, colabora com o conteúdo da obrigação, acrescentando-o. Acrescentam-se deveres às partes para o bom andamento obrigacional. Quanto à conduta das partes, a função

²³⁰ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 280.

²³¹ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 13.

²³² 9 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos. vol. 6, p. 1187, jun./2011. Disponível em www.revistadotribunais.com.br Acesso em 22/05/2023, p. 11-12

²³³ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023, p. 12.

integradora as limita, na medida em que impede comportamentos desviantes, desonestos e prejudiciais ao contrato.²³⁴

Expostas as ideias centrais dos novos princípios que atuam no direito privado, fato é que tais parâmetros alavancam a ideia proposta neste trabalho, a saber, a incidência da precaução nos contratos existenciais. Se, nas relações com escopo de lucro, a prevenção pode ser balizada de acordo com os interesses das partes, nos vínculos existenciais, a prevenção é incondicional, corroborando ao padrão ótimo de comportamento. Não há espaço para padrão eficiente, o que decorre da gravidade e irreversibilidade dos danos, no mais das vezes extrapatrimoniais. É dizer, como mensurar uma medida preventiva multiplicando-se a probabilidade de um acidente pelo custo de uma vida? Aqui, ainda em comparação aos contratos de lucro, há que se falar nos custos de transação de acordo com a plausibilidade na situação, a fim de que se atenda os princípios sociais.

A precaução claramente quebra o limite exposto nos contratos de lucro, o que se fundamenta pela essencialidade dos bens. Na linha de gradação de incerteza, a dignidade da pessoa humana requer atuação em seu último grau, a incerteza máxima. Vale observar que o principal direito fundamental, corolário do neoconstitucionalismo, reflete a necessidade de resguardo de todos os bens jurídicos essenciais, como saúde, segurança, família, habitação, casamento, e inúmeros outros espalhados pela Constituição Federal.

Entendemos, portanto, que nos contratos existenciais há maior relevância em relação à análise de responsabilidade civil, sendo que a aplicação do princípio da precaução nesse modelo contratual oferece parâmetros à efetivação da responsabilidade civil preventiva. Nesse âmbito, frisa-se, a precaução é concretizada por meio dos princípios sociais, sem que se meça esforços em relação à incerteza dos riscos e sempre levando em conta a essencialidade do bem ou serviço contratado. Isso porque a vida humana não abre espaço às fórmulas econômicas e, como centro intangível do ordenamento jurídico, requer máxima preservação em relação aos novos danos que emergem na sociedade de risco.

Finalizemos o estudo acerca da incidência da prevenção em contratos existenciais com uma bela similitude ilustrativa anotada por Antônio Junqueira de Azevedo em “Os quatro evangelhos e o direito civil”:

Finalmente, cumpre lembrar que uma das imagens de Jesus com animais, bem enraizada no mundo católico, é a do menino Jesus no presépio, tendo de cada lado o

²³⁴ BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017, p. 140.

boi e o burrinho. Essa figuração, na verdade, não está, porém, nos Evangelhos; sua primeira aparição escrita está em evangelho apócrifo, dito “Pseudo-Mateus”, do séc. VI. A meu ver, a força da imagem do presépio resulta de sua profunda correspondência ao amor à vida, que revelam a pregação de Jesus e os textos evangélicos. É o evangelho da vida. Em interpretação ampla, é o que diz São João evangelista sobre o Cristo vivo (Prólogo do Verbo – Jo 1, 4): “Tudo foi feito por ele, e nada do que tem sido feito se fez sem ele. Nele estava a vida, e a vida era a luz dos homens.”²³⁵

²³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Os quatro evangelhos e o direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil** 40/14, p. 143.

5 CONCLUSÃO

Em conclusão, a dogmática proposta no presente estudo teve como escopo a verificação de diferentes níveis de incidência do princípio da prevenção nos modelos contratuais pós-modernos. Diante da metamorfose social e dificuldade de gerenciamento dos riscos que atingem os indivíduos, mencionamos, ao longo do texto, a finalidade crucial de conciliação entre o desenvolvimento tecnológico e econômico e a preservação da vida humana. Para tanto, foi traçada uma trajetória lógica, a fim de que se desnudassem subsídios cabíveis a robustecer e enriquecer a tese.

Em um contexto inicial, detalhamos o processo de inserção de risco ao longo da evolução da sociedade, o que se intensificou com o modelo de produção maquinário da Revolução Industrial. Vimos que a sociedade gradativamente passou a conviver com riscos e, por decorrência, com o medo, forte marca da modernidade reflexiva, levantada por Ulrich Beck. Isso porque esses novos riscos geram danos graves e irreversíveis, o que quebra a clássica solução por parte do direito, a reparação indenizatória. Colocamos, assim, um desafio à ciência jurídica, qual seja, encontrar um equilíbrio entre segurança e progresso.

A partir disso, traçamos o caminho do instituto da responsabilidade civil, campo fértil à antecipação de danos na pós-modernidade. Apresentamos, de início, o importante pano de fundo sob o qual se alicerça a ideia de prevenção, a saber, a passagem do estruturalismo libertário ao funcionalismo jurídico. Fundamentamos todo o trabalho sobre este pilar, difundido por Norberto Bobbio, transcorrendo-se a pesquisa pelas ideias de culturalismo jurídico e teoria tridimensional da norma, de Miguel Reale, o que culminou com a verificação de que o direito é uma ciência de segunda ordem, como ensinou Antônio Junqueira de Azevedo.

Trabalhamos, assim, com essa grandiosa influência doutrinária no campo da responsabilidade civil, analisando o caminho da responsabilidade por culpa à responsabilidade objetiva, fundada no risco das atividades, e a conseqüente inserção da solidariedade social ao instituto. A partir disso, apresentamos a ideia de responsabilidade preventiva, uma tese que ganha força no direito civil como uma saída de complementação à responsabilidade puramente indenizatória, patrimonial. Isso porque os novos danos gerados na sociedade global de risco cada vez mais se expandem, não comportando compensações pecuniárias.

Corolário da responsabilidade civil preventiva, veio à tona a análise e estruturação do princípio da prevenção. Perseguindo esse propósito, introduzimos dois sentidos ao termo: o

primeiro com atuação *ex post* dano, em sentido de dissuasão; e o segundo com atuação *ex ante* dano, uma quebra de barreiras em direção prospectiva a partir da atuação preventiva. Sobrelevando este último sentido, fundamentamos o ideal de prevenção como um princípio jurídico em imprescindível distinção entre regras e princípios. Assentada como um princípio, vimos que a prevenção traduz direitos fundamentais pautados na Constituição, atraindo atuações objetivas e subjetivas de todos os sujeitos sociais, bem como irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

Em seguida, subdividimos o princípio da prevenção em prevenção *strictu sensu* e precaução, de modo a destrinchar o objeto estudado. Verificamos que a distinção desses elementos se dá pela gradação de incerteza, a saber, a prevenção baseia-se em riscos certos e comprovados e a precaução em riscos incertos, não demonstrados cientificamente. Daí concluímos que a prevenção atua de acordo com a probabilidade de dano e a precaução conforme a plausibilidade.

Estudada a proposta da responsabilidade civil preventiva e postos os subsídios que norteiam a aplicação do princípio da prevenção, passamos a relacioná-los com um valioso instrumento de direito civil, os contratos. Brevemente, vimos a evolução de tal instrumento ao longo do tempo, novamente passando dos ideais libertários da Revolução Francesa ao funcionalismo jurídico, condicionando o direito às metamorfoses externas. Ademais, observamos a importante contribuição do modelo social de contrato, que foi a inserção de deveres jurídicos paralelos ao direito de obrigação, bem como de princípios jurídicos sociais, o que acarretou na quebra da barreira entre o direito público e o privado.

Com isso, passamos a estudar com maior profundidade os deveres jurídicos na relação obrigacional, admitindo-a como processo e totalidade e não mais como direitos do credor. Mais uma vez em proposta de complementação sistêmica, caracterizamos o princípio da prevenção como autônomo dever jurídico, desprendido do dever de adimplemento da obrigação contratual.

Alocado o princípio da prevenção dentro da relação obrigacional, realizamos necessária digressão a respeito dos principais problemas apontados à internalização da prevenção e precaução no direito privado, de modo a demonstrar a conciliação pela qual se preocupa o presente estudo. As críticas expostas argumentam que o princípio tratado afigura-se afronta ao desenvolvimento tecnológico e econômico, havendo que se compatibilizar a eficiência do mercado com o bem-estar social, por aproximações e cedências recíprocas. A

partir disso, encontramos forte relação entre a internalização do princípio da prevenção e os novos modelos contratuais, propugnados por Antônio Junqueira de Azevedo.

Como afirma Nelso Molon Júnior²³⁶, Antonio Junqueira de Azevedo, em breves palavras, propôs uma nova dicotomia contratual, falecendo antes que pudesse aprofundar o tema, mas deixando aos estudantes do Direito a incumbência de analisar e discutir a proposta. E, seguindo a incumbência de aprofundar os estudos acerca da taxonomia pós-moderna, nossa pesquisa buscou a mesma proposta defendida pelo Professor Junqueira: “conciliar o funcionamento estável da economia e um desenvolvimento econômico cego ao valor da pessoa humana”.

Portanto, propusemos aqui uma dogmática relacionando, de um lado, os contratos de lucro com a prevenção sob o viés da análise econômica do direito, vez que esse tipo contratual tem como finalidade o próprio lucro. A partir de tal finalidade, assumimos a possibilidade de mensuração de medidas preventivas de acordo com a probabilidade de danos. De outro lado, considerando uma linha de gradação da essencialidade do objeto contratado, chegamos à conclusão de que os contratos existenciais não comportam a quantificação da prevenção, compatibilizando-se com a ideia de precaução. Isso porque, tal modelo contratual envolve situações essenciais à preservação da vida humana, a qual não admite compensação diante dos danos graves e irreversíveis inerentes à sociedade global de risco. Foram apresentados parâmetros para a efetivação da responsabilidade civil preventiva, constatando-se que, de fato, a prevenção é a nova e mais adequada província ao Direito.

²³⁶ JÚNIOR, Nelso Molon. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law**, n. 19, p. 4, 2019, p. 114.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**. vol. 45, jan. mar./2011. Rio de Janeiro: Padma, 2011.
- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Responsabilidade por informações, conselhos ou recomendações nas relações entre particulares**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- ALPA, Guido. **I Principi Generali**. Milano: Guiffre, 1993.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile: parte generale**. Torino: UTET Giuridica, 2010.
- ALPA, Guido. **Trattato di Diritto Civile**, vol. IV, **La Responsabilità Civile**, Giuffrè Editore, 1999.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARAÚJO, Fernando Borges. **Introdução à economia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de Azevedo. Diálogos com a doutrina: entrevista: Antonio Junqueira de Azevedo, **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, ano 24, p. 299-308, v. 9, abr.-jun., 2008.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2a ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em <http://civilistica.com/o-direito-como-sistema-complexo-e-de-segunda-ordem/>. Data de acesso: 18/04/2023
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O direito pós-moderno**. Revista USP. São Paulo, n. 42, p. 96-101, jun. ago./1999. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp> Data de acesso: 11/05/2023.
- Azevedo, Antonio Junqueira de. Os quatro evangelhos e o direito civil. **Revista Trimestral de Direito Civil** 40/14.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Liberdade vs. responsabilidade: a precaução como fundamento da imputação delitual. **Coimbra: Almedina**, 2006.
- BARCELONA, Mário. **Tratatto dela responsabilità civile**. Torino: Utet Giuridica, 2011, p. 72.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAYER, Sandra Regina Garcia Olivan. **O prêmio como instrumento de prevenção de danos**. 2022. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

BECK, Ulrich. Incertezas fabricadas – entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck, dada à IHU On-line, em 02/06/2006, disponível em http://amaivos.uol.com.br/amaivos2015/?pg=noticiais&cod_canal=41&cod_noticia=7063.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo. Ed. 34, 2010.

BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis Florentin. **Teoria dos jogos**. Pearson Prentice Hall, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3a ed. modificada e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Os grandes modelos de contrato: do contrato liberal ao contrato existencial**. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UNB, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOUTONNET, Mathilde. **Le Principe de Précaution em Droit de la Responsabilité Civile**. Paris: L.G.D.J, 2005.

CALABRESI, GUIDO. **The cost of acidentes: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. **Droit de la Consommation**, 7ª ed. Paris: Dalloz, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Revista. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 1993.

CARNAÚBA, D. Amaral. **Distribuição de riscos nas relações de consumo: uma análise econômica**. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013.

CASTILHO, Ataliba Teixeira de; CASTILHO, Célia. **“Advérbios modalizadores”**. In: ILARI, Rodolfo (Org.). Gramática do português falado. Vol. 2. Campinas: Ed. Unicamp/Fapesp, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder, “As garantias institucionais dos direitos humanos”, **Boletim dos Procuradores da República** 40 (2001).

CORTÊS, António. Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles—From Political Slogans to Legal Rules, Oxford University Press, 2020. **Católica Law Review**, v. 6, n. 1, 2022. <https://doi.org/10.34632/catolicalawreview.2022.11410>.

DE AZEVEDO, António Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 97, 2002.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. **Seqüência: estudos jurídicos e políticos**, v. 15, n. 28, 1994.

DELGADO, Mário Luiz. **Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial V: la responsabilidad civil extracontractual**. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. 9a ed. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1997.

DO COUTO, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DONNINI, Rogério e NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DURKHEIM, ÉMILE. **Da divisão do trabalho social**. 2. Ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Wilson; BASAN, Arthur Pinheiro; DE CORES HELGUERA, Carlos. Do contrato liberal ao contrato existencial: a mudança de paradigmas na hermenêutica contratual. **Revista Brasileira de Direito**, v. 15, n. 2, 2019.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva – função, pressupostos e aplicabilidade**. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

GALGANO, Francesco. **La globalización en el espejo del derecho**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2005.

GEORGI, D. E. Raffaelli. Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro. **Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris**, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Runaway World, How Globalization is Reshaping our lives**. New York: Routledge Ed., 2000.

GIORGIANNI, Michele. **L’obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1968.

GODARD, Olivier. Vers une prévention des risques. Apud GUIBERT, Claude; LOUKAKOS, Nicolas. Principe de précaution et prévention. In: **Revue Française de Droit Aérien et Spatial**, vol. 223, n° 3. Paris: Ed. Pedone.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Código civil e código de defesa do consumidor: convergência de princípios e distinção de sua modulação**. Um paralelo entre os deveres que criam. In: MELGARÉ, Plínio (Org.). Direito das obrigações na contemporaneidade. Estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cit., 2014.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A Questão da (In) Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea. **Desenvolvimento em Questão**, v. 8, n. 15, 2010.

HADDAD, Brent M. **Kaldor–Hicks efficiency criterion**. **Ecological Economics**, v. 27, n. 2, 2023.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretación económica de los contratos**. Santa Fé: Rubinzal, 1994.

JÚNIOR, Nelso Molon. Contratos existenciais e a sua aplicabilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC: Journal of Contemporary Private Law**, n. 19, 2019.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LANDES, W.; POSNER, R. **A positive economic analysis of products liability**, The Journal of Legal Studies, v. 14, n° 3, 1985.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**, tomo II. Versión española de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

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

LORENZETTI, Luis Ricardo. A era da desordem e o fenômeno da descodificação. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 68, p. 212-242, out.-dez./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, Disponível em www.revistadostribunais.com.br Data de acesso: 20/04/2023.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. Volume 2. O século XX. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co., 1992.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada - Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 79/2011, p. 265-308, jul.-set./2011. Disponível em www.revistadostribunais.com.br.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 2, p. 1113-1134, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br, Data de Acesso: 17/04/2023.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. vol. 4, p. 391-423, out./2010. Disponível em www.revistadostribunais.com.br Acesso em 18/04/2023.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3a ed., rev. e ampl. Livraria do Advogado, 2010.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Breve Estudo sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor**. In: Teresa Ancona Lopez; Otavio Luiz Rodrigues Junior; Patrícia Faga Iglecias Lemos. (Org.). Sociedade de risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. 1ed.São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Vol. II. Direito das obrigações. t. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do consumidor**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONATERI, Pier Giuseppe. **La responsabilità civile**. Torino: Utet, 1998.

MONIER, Jean Claude. Personne humaine et responsabilité civile. **Droit et Cultures**, n. ° 31, 1996-1. Paris: L’Harmattan, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, Solidariedade e responsabilidade objetiva. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORSELLO. Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro: Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Org.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno - em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. In. **Doutrinas essenciais de Direito do Consumidor.** vol. 4, p. 137-168, abr./2011. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 22/05/2023.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, R. P.; AVELINO, Henrique. Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil brasileiro. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 57, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno.** 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darcy. **O processo civilizatório.** São Paulo: Cia das Letras; Publifolha, 2000.

RIPERT, George. **O regime democrático e o direito civil moderno.** Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito.** 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Murilo Rezende dos. **Contratos existenciais e contratos de lucro: a dicotomia contratual do século XXI e sua funcionalização.** 2016. Disponível em <www.revistadotribunais.com.br> Acesso em 18/05/2023.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2a ed., 3a tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.** Paris: L. Rodstein, 1947.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In. TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** São Paulo: Atlas, 2008.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil (arts. 186 a 188). A parte geral do novo, 2007. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucionalista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. **Princípio de Precaução e Nanotecnociências**. In: Revista Bióet, fls. 244-255, 2015.

VARELLA, Marcelo Dias (Org.). **Derecho, sociedade y riesgos: la sociedade contemporânea vista através de la idea de riesgo**. Brasília: UNICEUB e UNITAR.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. 2012.

VEYRET, Yvette. Os Riscos. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Ed. Contexto, 2007.

VINEY, Geneviève. **Responsabilité**. *Archives de Philosophie du Droit*, n. 35, Paris: Sirey, 1990.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil – Les Effects de la Responsabilité*, 2ª ed. Paris: LGDJ, 2001..

VINEY, Geneviève; KOURILSKY, Phillipe. **Le Principe de Précaution**. Paris: Ed. Odile Jacob, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.