

49.A OPERATIVIDADE DA AUTOTUTELA CONTRATUAL COM FUNÇÃO SATISFATIVA POR MEIO DE CONTRATAÇÕES SUBSTITUTIVAS

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹

William R. de Oliveira Rezende Júnior²

Palavras-chave: Autotutela. Inadimplemento. Contratação substitutiva. Convenção de Viena.

A pesquisa realizada teve por objetivo identificar, no âmbito contratual, as possibilidades de revigoração ou alargamento de diversos instrumentos de autotutela, compreendida esta como parte integrante da ordem geral de tutela dos direitos, de caráter não excepcional (SCHÜNEMMAN, 1985, apud BIANCA, 2000), com fundamento na autonomia privada e amparo constitucional (SALLES, 2011). Toma-se por premissa a superação da noção pejorativa de autotutela, tradicionalmente atrelada à vingança privada ou ao exercício arbitrário das próprias razões, concebendo-a como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos, sobretudo em face de lesões decorrentes do inadimplemento contratual. Rechaça-se a ideia de monopólio estatal da justiça, de modo que a satisfação dos interesses do credor pode se dar por meio de sua própria atuação no emprego de instrumentos extrajudiciais.

Entre tais instrumentos, ganham destaque no presente trabalho as contratações substitutivas, que são um mecanismo de autotutela em face do inadimplemento, com função satisfativa dos interesses do credor, possibilitando-lhe imprimir maior celeridade e efetividade na solução jurídica da patologia contratual e, ao mesmo tempo, alcançar o resultado útil programado, frustrado pela inexecução da prestação devida pelo outro contratante.

¹ Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF, Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ e Orientadora do Projeto de Iniciação Científica “Possibilidades de revigoração e expansão dos instrumentos de autotutela em face do inadimplemento contratual”.

² Acadêmico do Curso de Direito da UFJF e Pesquisador Bolsista do Programa de Iniciação Científica PROVOQUE/UFJF.

O recurso ao contrato substitutivo representa a opção do credor de buscar um meio extrajudicial de execução específica da obrigação, quando persiste seu interesse na prestação, em lugar da mera reparação de perdas e danos ou da execução judicial, que (ainda) são remédios preponderantes na experiência brasileira. Referido instrumento de autotutela diferencia-se da execução específica da obrigação levada a efeito judicialmente contra o contratante devedor originário, pois é manejado por meio de contratação com terceiro.

A contratação substitutiva está expressamente prevista no ordenamento brasileiro nos artigos 2493 e 2514 do Código Civil de 2002, bem como em outros sistemas e na Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias (Convention of International Sales of Goods – CISG)⁵.

A ideia original concebida a partir da Convenção atribui ao dever do credor de mitigar as próprias perdas (duty to mitigate the loss) o papel de fornecer, ao lado da previsibilidade, um critério limitador do princípio da compensação total (full compensation)⁶, segundo o qual a parte prejudicada tem direito a ser integralmente ressarcida em consequência da violação do contrato. Nesse sentido, a mitigação atua preventivamente, no intuito de coibir que a parte prejudicada se mantenha inerte apenas esperando ser recompensada por suas perdas, que poderia evitar ou reduzir. Releva observar que, embora a CISG tenha âmbito de incidência mais restrito por força da tipologia contratual a que se dirige, pois apenas dispõe sobre as contratações substitutivas relativas à compra e venda, merece ênfase em virtude da larga aplicação

³ Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

⁴ Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfazer, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

⁵ O Brasil aderiu à Convenção, tendo o seu texto sido recepcionado através do Decreto nº 8.327/2014, após de mais de três décadas de sua elaboração e já contando com cerca de oitenta Estados que, juntos, representam quase 75% do total de transações do comércio internacional de bens.

⁶ Art. 74 CISG: As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder a perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência do descumprimento do contrato. (Tradução livre).

dos instrumentos jurídicos nela dispostos, a demonstrar tanto a viabilidade quanto as vantagens da autotutela com função satisfativa no campo contratual.

No ordenamento brasileiro, por outro lado, não é preestabelecido um tipo contratual sobre o qual o instrumento das contratações substitutivas poderia ser operado, o que permite defender a sua utilização tanto em relação aos contratos típicos quanto atípicos, paritários e não paritários. Frisa-se que permanece resguardada eventual pretensão futura da parte prejudicada em ser ressarcida pelos prejuízos causados pelo inadimplemento, incluindo-se aí tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes.

Percebe-se também no direito brasileiro uma certa aproximação entre a função satisfativa da autotutela e o *duty to mitigate the loss*, instituto oriundo de países de tradição da *common law*, sobretudo no direito anglo-saxão na forma da *mitigation doctrine*. Destaca-se que o exercício do dever de mitigar as próprias perdas pode implicar tanto a tomada de medidas negativas, devendo ele abster-se de práticas que não seriam objeto de discussão diante do fiel cumprimento da avença, quanto de medidas positivas do credor para diminuir o seu prejuízo, evidenciando-se o papel da celebração de contratações substitutivas.

Contudo, os mencionados artigos 249 e 251 ainda são pouco utilizados na prática contratual, sendo corrente o entendimento de que se aplicariam apenas a casos excepcionais ou de urgência. Tal denota um excessivo rigor e certa resistência, na cultura jurídica pátria, à assimilação e à aplicação da autotutela contratual, ao que se pode contrapor a ideia de uma cláusula geral fundada na própria autonomia privada, com base na qual a autotutela pode ser livremente operada, respeitando-se, obviamente, os limites impostos pela própria ordem constitucional, que, na seara contratual, são especialmente concretizados por meios dos princípios da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

Dessa forma, o exercício da autotutela contratual colabora para a efetivação do direito material e não implica prejuízos de ordem processual, eis que não é obstado o acesso à jurisdição, que também é possível em sede de controle do exercício da autotutela.

Referências

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

BIANCA, Massimo. Autotutela. *Enciclopedia del diritto*, IV, *Aggiornamento*, 2000.

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

FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* RTDC, v. 19, jul/set. 2004.

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

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 p. Dissertação (Doutorado em Direito Civil) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

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

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

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

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2011.

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