

**FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI**

**DA REPARAÇÃO DO DANO EM FORMA ESPECÍFICA NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2018**

**FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI**

**DA REPARAÇÃO DO DANO EM FORMA ESPECÍFICA NA  
RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil – DCV, sob a orientação do Prof. Titular Fernando Campos Scaff.

Dissertação de Mestrado

Orientador: PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP**

**2018**

Ramacciotti, Fábio de Souza

Da Reparação do Dano em Forma Específica na Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual/Fábio de Souza Ramacciotti: orientador: Fernando Campos Scaff – São Paulo, 2018.

197 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Responsabilidade Civil Extracontratual. 2. Responsabilidade Civil Contratual. 3. Reparação em Forma Específica. 4. Direito Civil. I. Scaff, Fernando Campos, orientador. II. Título.

## **BANCA EXAMINADORA**

Orientador: Professor Titular Fernando Campos Scaff

Membros:

Prof. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Data: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

À MIRELA, esposa, companheira e sonho tornado realidade, pelo constante apoio, estímulo, compreensão e *feedback*, sempre com sabedoria e ternura. Sem que você tivesse me inspirado a retomar os estudos, este trabalho nem sequer nasceria. Sem as nossas conversas matinais, durante as quais você fala sobre Mente, Cérebro e Educação e sobre como o cérebro aprende, eu não teria avançado.

Aos nossos filhos queridos, DANILO e CASSIANO, que me fizeram e fazem uma pessoa melhor. E ao DANILO, que, por ser acadêmico de direito, opinou com bastante propriedade sobre o trabalho.

Agradeço aos meus pais, Thais e Caio, que me educaram e propiciaram oportunidade de estudo e formação profissional.

Ao Professor Titular Fernando Campos Scaff, agradeço pela segura orientação e também pela oportunidade de reiniciar, vários anos depois, o mestrado inconcluso.

Ao saudoso Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo, que me deu a oportunidade de iniciar o mestrado, na década de 1990, que não pude concluir.

Ao Doutor Carlos Henrique de Albuquerque Mendes Godinho, o maior advogado que conheci, com quem tanto aprendi.

Minha gratidão ao advogado e amigo Braz Martins Neto, a quem muito devo.

Ao amigo e professor José Carlos Baptista Puoli, que muito auxiliou, especialmente nas questões de direito processual, sem o que o trabalho seria incompleto ou impreciso.

Ao sócio e amigo José Luiz de Paula Eduardo Filho, agradeço pelo apoio, pela atenta leitura e pelas opiniões sobre o trabalho, além do constante estímulo para o retorno ao mestrado.

Agradeço a Gabriel Medeiros Caires pelos debates sobre o tema objeto da dissertação.

Agradeço também à minha irmã Adriana pelo auxílio em questão gramatical e terminológica.

## RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo demonstrar que o dinheiro não é a única nem a melhor forma de reparação do dano, tanto no âmbito da responsabilidade civil extracontratual como no campo da responsabilidade civil contratual. Além da reparação em dinheiro, os ordenamentos da família romano-germânica preveem, expressamente ou por meio de interpretação, também a reparação em forma específica ou *in natura*. O estudo da reparação em forma específica tem como ponto de partida a distinção entre responsabilidade extracontratual e contratual, especialmente no tocante à liberdade contratual, aos ônus da alegação e da prova, à prescrição, à diversa incidência do princípio da precaução e à lei aplicável no tempo e no espaço. No campo contratual, a reparação em forma específica consiste em determinar ao devedor que realize uma atividade substitutiva materialmente equivalente ao adimplemento (obrigação de fazer). Na seara extracontratual, a reparação em forma específica também representará uma atividade do causador do dano (obrigação de fazer) que materialmente reponha a vítima o mais próximo possível à situação existente antes do ato ilícito. A dissertação examina os exemplos de direito estrangeiro, os limites da reparação em forma específica (excessiva onerosidade e impossibilidade), a possibilidade de cumulação e sua necessária distinção da execução específica. A dissertação procura, por fim, demonstrar a aplicação da reparação em forma específica no direito civil brasileiro, a despeito da ausência de previsão expressa no Código Civil.

**Palavras-chave:** Responsabilidade contratual; Responsabilidade extracontratual; Boa-fé objetiva; Inadimplemento; Liberdade contratual; Prescrição; Reparação por equivalente pecuniário; Reparação em forma específica; Obrigação de fazer; Execução específica; Impossibilidade e onerosidade excessiva.

## ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate that money is not the only nor the best way of repairing damages, both in torts and in contractual civil liability. In addition to monetary compensation, most civil law countries statutes also provide, expressly or by means of interpretation, the compensation in specific or *in natura* form. This dissertation begins by considering the differences between torts and contractual liability, relative to contractual freedom, burden of proof and evidence, statutes of limitations, precautionary principle and the applicable law in time and space. When considering contractual liability, compensation in specific form consists of determining that the debtor perform a substitutive activity materially equivalent to the obligation (obligation to do). With regards to torts, compensation in specific form consists of an activity of the person causing the damage (obligation to do) that materially restores the victim to the situation existing before the unlawful act in as close as possible. The dissertation examines examples of foreign law. It also examines the limits of reparation in specific form (excessive onerosity and impossibility), the possibility of cumulation and its necessary distinction of the specific performance. Finally, this dissertation advocates the application of reparation in specific form in Brazilian civil law, despite the absence of express provision in the Civil Code.

**Key words:** Contractual liability; Torts; Objective good faith; Damage; Contractual freedom; Status of limitations; Pecuniary compensation; Specific compensation; Obligation to do; Specific performance; Impossibility and excessive burden.

## SUMÁRIO

PREMISSAS .....	8
Introdução .....	8
Temática .....	16
Capítulo I – RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL .....	20
1.1 Responsabilidade contratual e extracontratual: atualidade da distinção – responsabilidades pré e pós-contratual .....	20
1.2 Linguagem .....	33
1.3 Unificação ou aproximação dos regimes?.....	34
1.4 Liberdade contratual .....	41
1.5 Ônus da alegação e ônus da prova .....	50
1.6 Prescrição e decadência. Esclarecimentos iniciais .....	54
1.7 Prescrição: responsabilidade contratual e extracontratual.....	60
1.8 Aplicação da lei no tempo e no espaço – diversidade conforme o tipo de responsabilidade .....	74
1.9 Princípio da precaução na responsabilidade contratual e extracontratual .....	76
Capítulo II – REPARAÇÃO EM FORMA ESPECÍFICA .....	87
2.1 Dano.....	87
2.2 Dever de reparar o dano e as duas formas da reparação .....	94
2.3 Reparação em forma específica: terminologia.....	99
2.4 Reparação em forma específica: conceito.....	109
2.5 Reparação em forma específica no direito civil brasileiro .....	111
2.6 Relevância da obrigação de fazer como forma de reparação do dano .....	121
2.7 Incidência na responsabilidade civil contratual e extracontratual .....	125
2.8 Reparação em forma específica e execução específica: distinção.....	132
2.9 Danos patrimoniais e extrapatrimoniais.....	142
2.10 Cumulação .....	145
2.11 Limite da onerosidade excessiva e a impossibilidade.....	147
Capítulo III – OPÇÃO PELA REPARAÇÃO EM FORMA ESPECÍFICA.....	155
3.1 Escolha da forma de reparação .....	155
3.2 Prioridade estabelecida pelo ordenamento (Alemanha e Portugal).....	158
3.3 Escolha pelo credor (Itália). O novo regime e o regime projetado na França.....	159
3.4 Escolha pelo Juiz (França?) .....	161
3.5 Escolha no direito brasileiro .....	166
3.6 Execução específica, reparação em forma específica e reparação por equivalente – hierarquia entre os remédios.....	173
Capítulo IV – CONCLUSÃO .....	176
4.1 Conclusão.....	176
BIBLIOGRAFIA .....	189



## PREMISSAS

### Introdução

O tema objeto de pesquisa e dissertação de mestrado, além do interesse teórico, há que se pautar pela utilidade prática, cabendo acentuar-se que, sem buscar o inédito, o que desbordaria do objetivo do trabalho, é fundamental a tentativa de trazer para o debate aspectos cuja discussão não tem merecido maior atenção da doutrina brasileira.

Nesse sentido, a responsabilidade civil constitui ramo que enseja questões sempre atuais e repletas de acerbos desafios, tanto no que se refere ao seu estudo científico como também no tocante à *praxis* e à atuação do instituto.

Vários de seus aspectos contam com exame bastante aprofundado, embora não isento de intensos debates e inúmeras dificuldades práticas, além de distorções, que merecem corrigenda.

Suas funções,<sup>1</sup> por exemplo, e respectiva evolução têm sido examinadas, doutrinariamente, com a devida profundidade.

---

<sup>1</sup> Segundo A. TUNC (*La responsabilité civile*, 2. ed., Paris: Economica, 1989, p. 133), à responsabilidade civil historicamente são atribuídas cinco funções “estritamente ligadas” entre si, a saber: castigar o culpado, propiciar a vingança, indenizar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos em contravenção a esta mesma ordem social. O castigo, ao longo do tempo, deixou de ser uma dessas funções, o que é até mesmo natural, diante da evolução da sociedade. A *vendetta* há muito tempo não tem sentido algum, sendo fato meramente histórico, reprovável até mesmo pela moral cristã. No entanto, no passado distante, era aceitável e comum, como no caso do “direito de revindicta” do direito medieval português, herança dos visigodos (MARIO DOMINGUES, *Ignez de Castro na vida de D. Pedro*, Lisboa: Prefácio-Edição de Livros e Revistas, Lda., 2002, p. 194). Superadas as funções de castigo e vingança, A. TUNC (idem, ibidem) assevera que o “direito da responsabilidade civil não mais conserva que duas funções: a indenização e a prevenção por dissuasão” (tradução livre de: “le droit de la responsabilité civile ne conservait plus que deux fonctions: l’indemnisation et la prévention par dissuasion”). Após passar em revista a doutrina estrangeira, TEREZA ANCONA LOPES (*O princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73-76) admite como funções prevalentes a reparação material e moral do ofendido e os efeitos de prevenção e precaução, que “cuidam do futuro, tratam das atitudes e condutas que procuram evitar os danos e, nesse aspecto, estão nos moldes dos princípios constitucionais da segurança e da solidariedade social”. Hodiernamente, há intenso debate a respeito da assim chamada função punitiva, de difícil senão impossível aceitação dentre nós, embora TEREZA ANCONA LOPES (*O princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 82), assevere que a “cada dia mais juristas, acompanhados pela jurisprudência, apoiam a aplicação dos danos punitivos, ou seja, uma quantia indenizatória maior a título de ‘valor de desestímulo’, com efeito preventivo. No Brasil, isso só é possível para os danos morais”. Talvez se possa, em caminho ainda a ser trilhado, pensar-se em indenizações punitivas para as hipóteses quebra das regras de conduta impostas pela boa-fé objetiva.

Não se pode olvidar, ainda, os embates acerca da escolha legislativa que possa privilegiar a responsabilidade objetiva ou subjetiva.<sup>2</sup>

Também são bastante vivas e aprofundadas as discussões acerca do alcance da cláusula geral de responsabilidade sem culpa inserta no parágrafo único do art. 927 do Código Civil e da conveniência ou não de alteração legislativa.<sup>3</sup>

O nexos causal, por sua vez, tem sido esmiuçado,<sup>4</sup> o dano moral encontra ampla bibliografia, embora ainda suscite críticas,<sup>5</sup> e as categorias ou tipos de danos são frequentemente revistas ou ampliadas.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> *De lege ferenda* cabe refletir se a ampliação da responsabilidade objetiva não redundaria no afastamento da função preventiva ou da própria precaução, sendo imperioso verificar, diante disso, a conveniência de sua adoção mais ou menos ampla do ponto de vista de política legislativa. Por exemplo, o legislador há que considerar se a ampliação excessiva da responsabilidade objetiva não acarretaria um desestímulo ao ajuste das condutas lesivas, já que, mesmo que sejam adotadas todas as medidas para evitar o dano, com a maior diligência possível, haveria, ainda assim, obrigação de indenizar, talvez tornando mais prático, no caso de empresas, ampliar a securitização e fazer com que os respectivos custos sejam simplesmente repassados ao preço final. Daí afirmar TEREZA ANCONA LOPES (*O princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 74) que “o efeito preventivo da responsabilidade civil está ligado à responsabilidade subjetiva, ao pressuposto da culpa. A obrigação de ressarcir o dano que deveria induzir o agente causador a adotar medidas idôneas para prevenir prejuízos a terceiros e dissuadi-lo de atividades muito arriscadas aparece dissociada do risco no sentido jurídico”. Embora, a seguir, ressalve que a responsabilidade objetiva não pode ser tida como incentivo à prática de atividades danosas, a Professora do Largo de São Francisco torna a obter temperar que “a responsabilidade objetiva pura, sem limites, não contribui em nada para a precaução e prevenção de perigos, riscos e danos irreversíveis”. Em sentido contrário, porém, pela ampla compatibilidade de objetivos entre a responsabilidade objetiva fundada no risco, ou da teoria do risco, e do princípio da precaução, posicionam-se, com acentuada firmeza, G. VINEY e P. KOURILSKY (*Le principe de précaution*, Paris: Ed. Odile Jacob, 2000, p. 181-186).

<sup>3</sup> A esse respeito, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126) afirma “que a chamada prova liberatória do direito italiano, ou seja, a demonstração, pelo agente, de que tomou todas as providências idôneas para evitar o dano produzido (art. 2.050), igual ressalva que se levou ao Código Civil português (art. 493, nº 2), no direito brasileiro não serve a beneficiar aquele que desempenha uma atividade indutiva de especial risco”, concluindo, mais adiante, que “irrelevante, à responsabilização do agente, a questão de quais medidas ele eventualmente adotou para procurar impedir a eclosão do evento danoso. É, como se disse, a rigor uma discussão de prudência, de culpa, mesmo que com ônus invertido, completamente estranha ao sistema que, no caso, é de responsabilidade objetiva, mesmo que não absoluta, com excludentes que, porém, são externas, de quebra da causalidade, tal qual examinado”. TEREZA ANCONA LOPES (*O princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164 e 165), porém, preconiza uma interpretação “com prudência extrema para que não haja injustiça com aqueles que fazem o progresso da nação através de atividades lícitas mas que criam riscos” e, ainda, uma interpretação restritiva do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois constitui norma que “**excepciona** seu *caput* e às exceções não se aplica interpretação ampliativa”. Não se trata de introduzir a prova liberatória, que dependeria de alteração legislativa, mas de restringir-se a interpretação do próprio conceito de risco. A esse respeito, de resto, pugna a autora pela “volta da última parte do parágrafo único do art. 927 (existente no projeto do Código Civil e retirada no Congresso), isto é, uma cláusula geral com fundamento na responsabilidade por culpa presumida ou objetiva, com a consequente inversão do ônus da prova. Além de servir de incentivo à prevenção de danos e perigos (sociedade de risco/de massa), estaria totalmente atualizada com a evolução da responsabilidade civil” (*op. cit.* p. 164) (primeiro parêntesis nosso).

<sup>4</sup> PATRÍCIA FAGA IGLESIAS LEMOS. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário – análise do nexos causal*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 143 e seguintes.

São também intensos os debates travados a respeito dos desvios da responsabilidade civil, que frequentemente desembocam no repasse dos respectivos custos diretos e indiretos à sociedade.<sup>7</sup>

E isso sem considerar a inadmissível tendência de buscar-se, por meio da responsabilidade civil, distribuir renda ou compensar-se supostas injustiças meramente aparentes, sem a presença dos requisitos legais de responsabilização, o que, rigorosamente, sob o pretexto de se fazer justiça no caso concreto, subverte todo o sistema.

Finalmente, o próprio conceito de dano e a sua classificação, a despeito dos desafios que se apresentam,<sup>8</sup> vêm sendo longamente estudados.

No entanto, a despeito do profícuo (mas controvertido) tratamento dos temas acima, nossa doutrina parece carecer de estudo a respeito da reparação do dano,<sup>9</sup> objetivo

<sup>5</sup> Firme crítica à utilização do dano moral com função punitiva, especialmente sob a denominação de dano social, JUDITH MARTINS-COSTA (*Dano moral à brasileira*. In: RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, [www.idb-fdul.com\\_uploaded\\_files\\_2014\\_09\\_07073\\_07122](http://www.idb-fdul.com_uploaded_files_2014_09_07073_07122), p. 27-28), assim se manifesta: “a resposta mais congruente com o sistema de Direito positivo brasileiro e mais consistente do ponto de vista teórico está na sua função compensatória, afastada a função punitiva da responsabilidade civil por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil, ainda que esteja pontualmente presente em outros institutos”. Sem embargo, a jurisprudência vem se referindo reiteradamente à função do dano moral de dissuadir comportamentos ilícitos ou abusivos. Mas, contraditoriamente, com base na limitação imposta pela vedação do enriquecimento sem causa, acaba a jurisprudência por não fixar valores que de fato desestimulem a conduta lesiva. Em razão disso, nem se tem coerência sistemática, já que a função punitiva dificilmente se amolda ao nosso direito, nem tampouco se cumpre de fato a função preventiva, via pena civil, mercê da modicidade dos valores comumente fixados.

<sup>6</sup> ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano civil*. In: *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 378), por exemplo, propõe uma terceira categoria, que se acresceria às tradicionais (dano moral e dano patrimonial e sua subdivisão entre danos emergentes e lucros cessantes), qual seja o dano social. Na Itália fala-se em danos patrimoniais e extrapatrimoniais (e também morais) e dano biológico. Vários outros tipos de dano, que na verdade são subdivisões daqueles tradicionais, podem ser lembrados, como o dano estético, dano ambiental, dentre tantos outros.

<sup>7</sup> É o caso, por exemplo, dos custos da securitização dos danos, sendo pertinente invocar, aqui, as advertências de P. S. ATYAH (*The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 21-22). O professor de Oxford, a esse respeito, asseverou ser difícil dizer quem exatamente paga, em última análise, pelas indenizações que são fixadas judicialmente. Mas afirma ser claro perceber quem não paga, concluindo que, na verdade, dificilmente o ofensor o faz. A maior parte dos valores de indenização recai, na verdade, sobre a sociedade, sob a forma de “*spread*” nos custos finais que, por exemplo, os seguros ensejam. E finalizou afirmando que “todos devem entender que pedidos por maiores indenizações são equivalentes a pedidos por maiores prêmios de seguro e também preços maiores por produtos e serviços” [“... everybody should understand that calls for higher damages are equivalent to calls for higher premiums and also (as we shall see) higher prices for goods and services”].

<sup>8</sup> Segundo MARIANO YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Editorial Dykinson, 2001, p. 144) “dar un concepto unitario de daño constituye una labor ciertamente difícil, dada su diversidad de manifestaciones y matices”. O citado catedrático trata, ademais, das classificações principais do dano, tanto aquelas próprias da esfera contratual (interesse contratual positivo e negativo, dano intrínseco e extrínseco) quanto aquelas comuns às esferas negocial e aquiliana (dano atual, futuro, continuado e superveniente, mediato e imediato, dano emergente e lucro cessante, perda de uma chance, patrimonial ou moral).

essencial da responsabilidade civil,<sup>10</sup> no que se refere a outras formas que não a simples reposição pelo equivalente em pecúnia.

De fato, o dinheiro não é a única, nem tampouco, em inúmeros casos, a mais adequada forma de reparação do dano, como se depreende dos principais ordenamentos continentais europeus nos quais nosso direito se inspira, seja mediante previsão expressa, seja por dedução (*per modum conclusionis*) dos princípios informadores da responsabilidade civil.<sup>11</sup>

Assim é que a reparação do dano, tanto na responsabilidade civil contratual como naquela extracontratual ou aquiliana, se subdivide, **em duas formas tradicionais, quais sejam a reparação em forma específica (ou reparação *in natura*) e reparação por equivalente em dinheiro**.

Com efeito, os Códigos Civis alemão,<sup>12</sup> italiano<sup>13</sup> e português<sup>14</sup> preveem, em seus respectivos códigos civis, a obrigação de ressarcir o dano nas duas modalidades acima citadas.

<sup>9</sup> Na Espanha, constata PALOMA TAPIA GUTIÉRREZ (*La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 21-22) que a própria produção doutrinária acerca da teoria geral do dano é relativamente escassa. Textualmente: “Existen algunos estudios acerca del daño, la causalidad, la culpa, la antijuridicidad, las causas de exoneración, la multiplicidad de agentes responsables y acerca de otras muchas y variadas cuestiones que se plantean a propósito de la delimitación del supuesto de hecho, si bien es cierto que la producción doctrinal en materia de teoría general del daño aún es relativamente escasa (...)” E, mais adiante, afirma a mesma autora que, também no tocante à reparação do dano, “la ciencia jurídica no parece haberse ocupado hasta ahora en gran medida de analizar en profundidad la obligación de ‘reparar el daño causado’ cuando ésta adopta la forma de la llamada reparación ‘en forma específica’ y son, en consecuencia, muchas las cuestiones por aclarar en relación con la misma (la primera de ellas la propia admisibilidad y virtualidad de la figura).”

<sup>10</sup> A reparação do dano, segundo A. TUNC (*La responsabilité civile*, 2. ed., Paris: Economica, 1989, p. 142) é talvez a primeira função, do ponto de vista histórico, da responsabilidade civil. Trata-se, ressalta o citado autor, de função fundamental da responsabilidade, o que ninguém há de negar, como também ressalta MARCO FÁBIO MORSELLO (*A responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 37).

<sup>11</sup> É o caso do direito civil espanhol, como também se demonstrará ao longo do presente trabalho. O Código Civil italiano de 1865, fortemente calcado no Código Napoleão, também não previu expressamente a figura, mas esta era admitida por parte da doutrina, como se verá. O Código Civil francês, que inspirou os outros códigos acima citados, não trazia disposição expressa e específica, sendo a admissão do instituto obra da doutrina e da jurisprudência. Sobre o direito francês, a reforma dos contratos e a reforma projetada da responsabilidade civil discutiremos com detalhes mais adiante.

<sup>12</sup> Prevê o § 249 do BGB que: “Quien está obligado a la indemnización de daños ha de reponer el estado que existía si la circunstancia que obliga a la indemnización no si hubiera producido. Si ha de prestarse una indemnización de daños a causa de la lesión de una persona del deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir en lugar de la reposición la suma de dinero necesaria para ella.” Já o § 249 estatui o seguinte: “El acreedor puede señalar un plazo adecuado al obligado a la indemnización para la reposición, con la declaración de que recusará dicha reposición después del transcurso del plazo. Después del transcurso del plazo el acreedor puede exigir la indemnización en dinero, si no se realiza a tiempo la reposición, la pretensión a la reposición está excluida”. Texto extraído de ENNECERUS, KIPP e WOLF (*Tratado de derecho civil*, Apéndice – Código Civil Alemán (BGB), Barcelona: Bosch, 1994, p. 52-53).

O Código Civil brasileiro de 2002, a exemplo do Código de 1916, do Código Civil francês original,<sup>13</sup> do espanhol e do italiano de 1865, não previu, como regra geral, a subdivisão da reparação civil em reparação em forma específica ou reparação *in natura* e indenização pelo equivalente monetário, o que não impede, segundo pretendemos demonstrar, seu reconhecimento, tanto em doutrina, como em jurisprudência.

---

<sup>13</sup> Art. 2.058 do Código Civil italiano de 1942: “Risarcimento in forma specifica. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia, il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

<sup>14</sup> Art. 566º, nº 1, do Código Civil português de 1966: “a indemnização é fixada em dinheiro, **sempre que a reconstrução natural não seja possível**, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”.

<sup>15</sup> No tocante à responsabilidade contratual, a *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que alterou o Código Napoleão, passou a prever de forma expressa, em seu art. 1.221, a possibilidade do credor de uma obrigação descumprida exigir a respectiva execução em natura, ou execução específica, revogando o vetusto art. 1.142, que firmava posição radical acerca da regra *nemo praecise cogi potest ad factum*. Vale transcrever a nova redação: « Art. 1221. – Le créancier d’une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l’exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s’il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. » Tradução livre: “O credor de uma obrigação pode, após constituir em mora, pleitear a execução em natura salvo se esta execução é impossível ou se existe uma desproporção manifesta entre seu custo para o devedor e seu interesse para o credor”. Embora esteja em vigor desde outubro de 2016 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> e <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2016/09/28/rdo-j-3-quid-de-lapplication-dans-le-temps-du-nouveau-droit-des-contrats/#more-365>), a relevante reforma caducaria se não aprovado projeto de lei de ratificação (GAËL CHANTEPIE e MATHIAS LATINA, *La réforme du droit des obligations – commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code Civil* – e-book, Paris: Dalloz: 2016, avant-propos). A *ordonnance* não é propriamente lei, promulgada pelo Congresso, mas de ato do executivo com os mesmos efeitos, efeitos estes que, como se disse, podem deixar de existir acaso não seja apresentado tempestivamente projeto de lei, que depende de aprovação pelo Parlamento. É o que determina o art. 38 da Constituição Francesa, a saber: « Article 38: I. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de dix-huit mois à compter de la promulgation de la présente loi, toute mesure relevant du domaine de la loi pour étendre et adapter la législation relative aux allocations logement à Saint-Pierre-et-Miquelon au regard des spécificités locales. II. – Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement au plus tard le premier jour du sixième mois suivant la publication de l'ordonnance ». O projeto de lei de ratificação foi apresentado em 9 de junho de 2017 (<https://www.senat.fr/leg/pjl16-578.html>). Em 17 de outubro de 2017, o Senado propôs alterações, adotados pela comissão legislativa como projeto de lei de ratificação, com alterações (<http://reforme-obligations.dalloz.fr/2017/11/30/loi-de-ratification-saison-2/#more-387>, acessado em 15 de dezembro de 2017, 15:15). Quanto ao tema do trabalho, ao art. 1.221 acresceu-se após a palavra devedor o termo “de boa-fé” (<http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta-commission/r0429-a0.asp>), de modo que o texto do projeto passou a exigir, para fins da exceção de onerosidade excessiva, que o devedor esteja de boa-fé. Demais disso, após consulta pública do respectivo anteprojeto (abril de 2016), foi apresentado, em 13 março de 2017, pelo Ministro da Justiça, um projeto de reforma do Código Civil francês também no tocante à responsabilidade civil (<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/projet-de-reforme-du-droit-de-la-responsabilite-civile-29782.html>), cujos art. 1.260, 1.261 e 1.262, reconhecendo longa construção doutrinária que já admitia a figura, preveem expressamente duas formas de reparação do dano, quais sejam a reparação em natura e os danos e interesses (perdas e danos ou reparação por equivalente monetário). Assim, o direito francês, se aprovado o projeto, terá, no campo aquiliano, previsão expressa da reparação em forma específica, ali denominada reparação em natura (reparação em forma específica).

Sem embargo, a doutrina pátria, salvo no tocante à reparação do dano ao meio ambiente, não vem dedicando a essa forma de reparação tratamento mais detido,<sup>16</sup> seja nos manuais e comentários, seja em artigos doutrinários, notando-se, ainda, salvo melhor juízo, ausência de monografia a respeito.

Do mesmo modo, embora se colham alguns exemplos em sede jurisprudencial, parece haver, entre nós, com exceção, como se disse, do direito ambiental,<sup>17</sup> acentuada preferência prática à indenização por equivalente monetário, o que nem sempre se afigura, do ponto de vista sistemático, mais justo ou mais adequado.

Além disso, nossa doutrina, quando trata de passagem do tema, não tem distinguido com a devida clareza a reparação em forma específica da execução forçada específica da obrigação ou da própria pretensão ao adimplemento da obrigação, a exemplo do que ocorre com grande parte dos autores franceses.

Vale dizer, muitos dos exemplos que se colhem na doutrina e na jurisprudência, tratados como reparação *in natura*, são, na verdade, verdadeiras hipóteses de pretensões de adimplemento (responsabilidade contratual), ou mesmo execução específica, e não reparação do dano.

Nesse ponto, aliás, a distinção entre responsabilidade contratual e delitual ou extracontratual, que ainda se justifica, a despeito de críticas e tentativas de superação, unificação ou ao menos aproximação dos regimes que se lhe faz abalizada doutrina,<sup>18</sup> pode apresentar questões e soluções diversas também no tocante à reparação em forma específica, conforme se trate de ilícito absoluto ou relativo,<sup>19</sup> especialmente tendo-se em conta a liberdade contratual.

---

<sup>16</sup> O fenômeno não é apenas brasileiro. Nesse sentido, após afirmar que a produção doutrinária acerca de uma teoria geral do dano ainda seria “relativamente escassa”, PALOMA TAPIA GUTIÉRREZ (*La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 23), acresce que a responsabilidade civil, embora devesse compreender, uma “teoria jurídica completa sobre a reparação”, carece, todavia, de maior tratamento a respeito da reparação em forma específica.

<sup>17</sup> No direito ambiental não há dúvida de que o ordenamento confere de fato e de direito efetiva prioridade ao ressarcimento em via específica, com o qual “se pretende a restituição do meio ambiente agredido o estado anterior à degradação” (ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 305), como se vê dos arts. 3º e 11 da Lei nº 7.347/85.

<sup>18</sup> Veja-se, dentre outros, A. TUNC (*La responsabilité civile*, 2. ed., Paris: Economica, 1989, p. 44) e G. GILMORE (*The death of contract*, 2. ed., Ohio University Press, 1995, p. 95-96). Esses aspectos serão tratados no Capítulo II, com maior exame doutrinário.

<sup>19</sup> Embora sua obra destine-se, primacialmente, à reparação em forma específica na responsabilidade extracontratual, PALOMA TAPIA GUTIÉRREZ (*La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 23) reconhece que,

A esse respeito, no tocante à responsabilidade *ex contractu*, a reparação em forma específica aproxima o momento executivo de uma obrigação, a despeito da mora, inexecução absoluta ou adimplemento ruim,<sup>20</sup> da solução pretendida quando do momento estipulativo dessa mesma obrigação,<sup>21</sup> sendo, assim, remédio que mais perfeitamente se afeiçoa ao próprio adimplemento (sem com ele se confundir) do que o simples equivalente monetário, como mais adiante pretendemos demonstrar.

Do mesmo modo, embora a *praxis* forense pareça preferir o ressarcimento em dinheiro, a reparação em forma específica pode configurar, na responsabilidade aquiliana, remédio assaz mais adequado, ou mais perfeito, tendo potencial de pacificação deveras maior, por melhor aproximar a vítima da situação existente antes do ilícito absoluto.

Não se pode olvidar, por outro lado, que, dentre nós, o próprio direito processual civil tem sublinhado que a tutela jurisdicional deve ser concedida da forma que mais se

---

no âmbito da responsabilidade contratual, adquire “matices peculiares” em razão “de las conexiones – y confusiones – existentes entre la responsabilidad civil propiamente dicha – esto es, los daños causados por el incumplimiento – y el cumplimiento forzoso de la obligación, así como por la distinción, como modalidades de éste, entre el cumplimiento en forma a específica o *in natura* y el cumplimiento en forma de equivalente pecuniario”.

<sup>20</sup> Prevendo nosso ordenamento o adimplemento inexato ou ruim, menos frequente e quiçá desnecessária se afigura a invocação da figura da **violação positiva do contrato** advinda do direito alemão. Nesse sentido, a respeito do ordenamento italiano, que também consagra o adimplemento inexato, C. MASSIMO BIANCA (*Diritto civile – la responsabilità*, tomo V, Milano: Giuffrè, 1994, p. 1-2) afirma que “l’inadempimento è la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta (...)”, sendo que, “l’ampia e unitaria nozione di inadempimento dell’obbligazione è idonea a ricomprendere le varie ipotesi di inosservanza del programma obbligatorio, riconducibili fundamentalmente alle segnata distinzione. Può essere rilevato al riguardo di diverso approccio del codice tedesco, che prevede e disciplina due figure esclusive di inadempimento, l’impossibilità (§ 280) e il ritardo (§ 295). Alla carenza di tale previsione hanno dovuto sopperire la giurisprudenza e la dottrina con l’elaborazione di un’autonoma categoria di inadempimento, indicata como ‘violazione positiva del contratto’ (positive Forderungsverletzung)”. Sobre o adimplemento insatisfatório ou adimplemento ruim no direito brasileiro cf. F. C. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, tomo XXVI, 3. ed., 2. reimp., São Paulo, RT, 1984, p. 15). Entende, contudo, útil a figura da violação positiva do contrato ORLANDO GOMES (*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980, p. 157 e seguintes), que tratando da questão, expõe a doutrina de Staub, Wiecker e Hedemann e conceitua a inexecução contratual positiva, ou violação positiva do contrato, como o “comportamento do devedor, que faz o que não deveria fazer, agindo quando deveria omitir-se. Pratica ele em suma, uma ação injusta ao criar obstáculo ao cumprimento da obrigação, devendo-se, por conseguinte, interpretar-se tal comportamento como inadimplemento” (idem, ibidem, p. 157). Cita o saudoso civilista baiano a posição de “alguns autores” que entendem supérflua a figura. Mas distingue os deveres de omissão contratuais principais e secundários, entendendo que, naqueles, há “inexecução propriamente dita do contrato” (idem, ibidem, p. 158) e nestes haveria violação positiva do contrato, já que inexistiria violação da “obrigação nuclear”. E, embora a “cláusula geral de resolução do contrato por inadimplemento” (art. 1.092 do Código Civil de 1916 e art. 475 do Código Civil de 2002) possa abranger a figura, ORLANDO GOMES a entende útil, já que as outras formas de inadimplemento seriam negativas e esta positiva, que teria contornos próprios. Pensamos, no entanto, que a contrariedade, por exemplo, aos deveres laterais decorrentes da boa-fé, positivos ou negativos, constitui inadimplemento ou mora e podem dar ensejo à resolução contratual, à ação de cumprimento e à ação de reparação, em forma específica ou por equivalente monetário, sem que seja essencial a invocação da inexecução positiva do contrato.

<sup>21</sup> Sobre os momentos estipulativo e executivo do contrato e sua coincidência, em certos casos, cf. G. AMORTH (*Errore e inadempimento nel contratto*, Milano: Giuffrè, 1967, p. 27-31 e 96).

aproxime do direito subjetivo (material)<sup>22</sup> do qual o lesado era titular antes do ato ilícito extracontratual ou do qual o credor era titular anteriormente à mora, adimplemento ruim ou inadimplemento absoluto de determinada obrigação.

Repita-se, no entanto, que, provavelmente pela falta de previsão específica no Código Civil, ou da confusão do instituto da reparação em forma específica com a pretensão de cumprimento (e *a fortiori* com a execução específica), os estudos alusivos à responsabilidade civil, no Brasil, não têm trazido o tema para maior debate, como se disse.

Todavia, importante contraponto a essa tendência de relegar a reparação do dano civil para tão somente seu equivalente em dinheiro tem se erguido na tradicional Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco, mais especificamente em disciplina do curso de pós-graduação,<sup>23</sup> idealizada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, na qual o tema foi trazido à reflexão dos estudiosos, sob o enfoque da importância das obrigações de fazer, não apenas como estipulações contratuais propriamente ditas, mas como forma de reparação do dano.

E é sob este aspecto que surge o interesse pelo aprofundamento do tema, já que o conteúdo da reparação em via específica, rigorosamente, consiste principalmente na imposição de uma obrigação de fazer ao responsável, por meio da qual se busca uma situação materialmente equivalente, ou pelo menos mais próxima, daquela existente antes da ofensa à lei ou ao liame obrigacional.

De fato, os exemplos de reparação em forma específica se multiplicam, como se verá ao longo da presente dissertação, mas o devido estudo sistemático não se fez por completo, apesar da evidente relevância do instituto.

Portanto, quer nos parecer convir, à míngua de monografia a respeito, que seja examinado o tema do ressarcimento específico e sua incidência, prioritária ou não, no direito brasileiro, à luz da experiência de outros ordenamentos do sistema romano-germânico, em sede de dissertação de mestrado, dado o interesse teórico de sistematização e também em função de seus reflexos práticos, consistente na efetiva aplicação de remédio que, em certas hipóteses e talvez às mais das vezes, pode ser mais eficaz do que a simples reparação do dano por seu equivalente monetário.

---

<sup>22</sup> Cf., por todos, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 248).

<sup>23</sup> “Novas Tendências do Direito dos Contratos e das Obrigações” (DCV 5745), ministrada pelo PROFESSOR TITULAR FERNANDO CAMPOS SCAFF, pelo PROFESSOR ASSOCIADO CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, pelo PROFESSOR DOUTOR MARCO FÁBIO MORSELLO e pelo PROFESSOR DOUTOR RODRIGO L. VAZ SAMPAIO.



## Temática

Justificada a eleição da reparação em via específica como tema que há de ser objeto de análise e dissertação, cumpre delimitar as questões a serem tratadas no presente trabalho.

Primeiramente, procuraremos demonstrar a atualidade e utilidade da tradicional distinção responsabilidade civil extracontratual ou extranegocial e responsabilidade civil contratual ou negocial, reafirmando, ainda, a tendência de ampliação desta última às fases pré e pós-contratual.

O objetivo dessa distinção é o exame da atuação da reparação em forma específica, fazendo-se as devidas adaptações conforme se trate de dano *ex delicto* ou dano *ex contractu*.

As diferenças entre obrigação contratual e extracontratual serão tratadas, ademais, tendo em vista a liberdade contratual, a questão do ônus da alegação e da prova, o instituto da prescrição e a lei aplicável no tempo e no espaço.

Também será examinada a aplicação, quiçá de forma diversa, do princípio da precaução conforme se trate de responsabilidade decorrente de lei ou de contrato.

Pretendemos, ademais, sumariando o conceito de dano, cuidar do dever de repará-lo e precisar a terminologia a ser utilizada para a reparação em forma específica, especialmente diante da profusão de palavras utilizadas tanto em sede legislativa como na doutrina.<sup>24</sup>

Em seguida, tratar-se-á de conceituar o instituto.

Serão examinados, para fins de conceituação e, mais do que isso, de demonstração da incidência no direito brasileiro, os exemplos dos Códigos Civis da Alemanha (BGB), Portugal e Itália (1942), que contém disposições expressas a respeito, do Código Civil espanhol e do diploma italiano de 1850, que, tanto quanto os nossos Códigos Civis de 1916 e 2002, não trazem previsão expressa acerca da reparação em forma específica.

---

<sup>24</sup> Um estudo será o tanto mais adequado quanto a for a precisão terminológica que se busque empregar, ainda que em prejuízo da elegância, pois, como afirma A. MENEZES CORDEIRO (*O Sistema Lusófono de Direito*, [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112471&ida=112722#topo](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112471&ida=112722#topo), p. 3), “o Direito surge como um domínio linguisticamente condicionado. O Direito romano deve a sua precisão ao latim: um tanto à semelhança do actual Direito alemão, que nunca atingiria o nível de analitismo que o torna tão sedutor, se não fora a língua que o veicula”.

Será examinado, com particular ênfase, o Código Civil francês, que, ao menos antes da reforma levada a cabo quanto aos contratos<sup>25</sup> e antes que a reforma da responsabilidade civil venha a ser, quiçá, direito positivo, também não trazia cláusula geral expressa a respeito da reparação em forma específica.<sup>26</sup>

A modernização do *Code*, no tocante aos contratos (já feita), será examinada, tanto quanto possível, para fins de verificação do quanto ela se aproximou da previsão, nessa seara, da reparação em forma específica.

Também a projetada reforma da responsabilidade civil,<sup>27</sup> na França, será referida e estudada, já que, caso venha a se tornar lei, consagrará enorme avanço consistente na previsão expressa da reparação em forma específica no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

Assentadas todas as premissas supra, passaremos a conceituar o instituto, adotar posição quanto à terminologia e demonstrar a relevância da obrigação de fazer, não apenas como estipulação contratual, principal ou decorrente dos deveres laterais, mas como forma de reparação do dano (em forma específica).

Cuidaremos por outro lado de demonstrar que a reparação em forma específica pode se dar tanto no âmbito da responsabilidade civil contratual como na extracontratual, assentando as devidas diferenças.

Traçar-se-á, outrossim, uma necessária distinção entre a reparação em forma específica e a execução específica, o que, se parece claro para a maior parte da doutrina italiana (e também portuguesa), não é feito entre nós com a devida clareza<sup>28</sup> e tampouco

---

<sup>25</sup> Como já dito, trata-se da *Ordonnance* 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, referida na nota de rodapé nº 15, que alterou o Código Civil francês quanto aos contratos.

<sup>26</sup> Veja-se nota de rodapé nº 15 a respeito tanto da modernização do Código Civil francês, no tocante aos contratos, quanto do projeto de modernização da responsabilidade civil, apresentado em março de 2017.

<sup>27</sup> Iniciada com um anteprojeto, datado de abril de 2016, que, após consulta pública, redundou no projeto, apresentado em março de 2017. Referido projeto pode ser visto na íntegra no *site* [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf). Pretende-se na França proceder-se a uma segunda etapa da modernização do Código Civil, iniciada com a já aprovada reforma da parte alusiva aos contratos. Cf., a respeito do anteprojeto, ALEX-GEERT CASTERMANS, DIANA DANKERS-HAGENAARS, ALICE DEJEAN DE LA BATIE, JEAN-SEBASTIEN BORGHETTI, CHARLOTTE DE CABARRUS, et al. (*Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile: Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit compare*. In: *Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée*, 2017, p. 5 – HAL Id: hal-01520244 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01520244>).

<sup>28</sup> Na Espanha, entretanto, a despeito da ausência de disposição própria no respectivo Código Civil, não se pode olvidar a enorme contribuição de PALOMA TAPIA GUTIÉRREZ, que trata proficuamente da distinção, já anunciada no prefácio de sua excelente monografia (*La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 23).

pela maior parte da doutrina na França, o que, aliás, se refletiu diretamente na reforma modernizadora do Código Napoleão quanto aos contratos, como se demonstrará.

Quanto a essa relevante distinção, cabe examinar também a forte opinião de C. CASTRONOVO, que, na terceira e deveras ampliada edição de sua obra, embora reconheça a distinção, assevera que, no que concerne à responsabilidade civil contratual, mas não naquela extracontratual, a reparação em forma específica seria a própria pretensão de adimplemento ou execução específica, como, segundo ele, no direito francês<sup>29</sup> e até mesmo na *common law*.<sup>30</sup>

Outro aspecto, que nos parece deveras relevante, a respeito do tema em exame, é a incidência da reparação em forma específica tanto nas hipóteses de danos patrimoniais, como naqueles extrapatrimoniais, especialmente no tocante aos direitos de personalidade, cuja seara afigura-se bastante propícia ao instituto.

Cuidaremos também, no tópico respectivo, da possibilidade de cumulação da reparação em forma específica, quando insuficiente, com indenização por equivalente em dinheiro.

Além dos temas acima indicados, sobreleva verificar, ainda, se a reparação em forma específica, quando incidente, encontra ou não limites, como a onerosidade excessiva e, ainda, se esses limites são ou não os mesmos quando se trata de responsabilidade *ex delicto* ou *ex contractu*.

Havendo, como já se afirmou, duas formas de reparação (específica e em dinheiro), quer nos parecer ser até mesmo intuitivo que se deve cuidar das hipóteses de incidência de cada qual, tratando-se de verificar qual delas é prioritária e a quem cabe a escolha dentre ambas (ao próprio ordenamento, à vítima ou credor e ao Juiz, independentemente da vontade das partes).

Tentaremos, ademais, demonstrar existir uma hierarquia lógica entre a execução específica, a reparação em forma específica e a reparação por equivalente.

---

<sup>29</sup> Parece ser essa a orientação também da reforma já efetivada no Código Napoleão, mencionada na nota de rodapé nº 15, a respeito da qual se discorrerá mais adiante.

<sup>30</sup> C. CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 2006, p. 835 e nota 80: “A distinção vigente na *common law*, mas apenas com referência à responsabilidade contratual, entre *perdas e danos* e *execução específica* corresponde àquela entre ressarcimento pelo equivalente e ressarcimento em via específica”. Tradução livre de “La distinzione vigente in *common law*, ma solo con riguardo alle obbligazioni contrattuali, tra *damages e specific performance* corrisponde invece a quella tra risarcimento per equivalente e r.f.s” (risarcimento in forma específica) (parêntesis nosso).

Pretendemos, por fim, ao longo do texto, trazer exemplos colhidos da atuação dessa forma de reparação no direito civil, direito do consumidor, direito ambiental e direito concorrencial, seguindo daí para a conclusão do trabalho.

## Capítulo IV – CONCLUSÃO

### 4.1 Conclusão

Ao longo do presente estudo, vimos que, dentre todos os debates acerca dos temas fundamentais da responsabilidade civil (exemplificativamente: funções, opção legislativa pela responsabilidade objetiva ou subjetiva, nexos causal, custos à sociedade e conceito de dano), carece de maior aprofundamento a própria reparação do dano, objetivo essencial da responsabilidade civil, no que se refere a outras formas que não a simples reposição pelo equivalente em dinheiro.

De fato, a maior parte dos ordenamentos jurídicos reconhece que a reparação em dinheiro não é a única forma e talvez nem a melhor, sendo possível e em inúmeros casos desejável que se condene o responsável a uma atividade substitutiva (via de regra uma obrigação de fazer), que reporá a vítima ou o credor ao estado anterior ao dano, ao menos com aproximação mais perfeita.

Trata-se da assim chamada reparação em forma específica, a respeito da qual são expressos os Códigos Civis alemão (§ 249), italiano (art. 2.058) e português (art. 566º), o que ocorrerá também na França, se aprovado projeto de modernização da responsabilidade civil, apresentado em março de 2017 (arts. 1.269 a 1.261).

O Código Civil brasileiro de 2002, a exemplo do Código de 1916, do Código Civil francês em sua versão original, do espanhol e do italiano de 1850, não previu expressamente a reparação em forma específica, o que não impede seu reconhecimento, por dedução do próprio sistema.

A reparação do dano, tanto em forma específica como por equivalente em pecúnia, terá consequências sobremaneira diversas, conforme se trate de responsabilidade civil do tipo contratual ou do tipo extracontratual, o que traz à baila antiga discussão sobre a relevância e atualidade dessa dicotomia.

Diante disso, antes de esmiuçar a reparação em forma específica, cabe afirmar que a tradicional dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual permanece relevante e revigorada, a despeito da existência de importante doutrina que busca

demonstrar sua superação, a unicidade de efeitos ou uma acentuada aproximação dos regimes.

Procuramos demonstrar ao longo do presente estudo que o sistema da responsabilidade civil permanece dualista e não unitário.

A responsabilidade contratual e a extracontratual têm fundamentos e efeitos diversos, sem prejuízo de determinados pontos comuns.

A extensão dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva tanto para a fase pré-contratual, na qual não há ainda contrato, quanto para a fase pós-contratual, na qual o vínculo contratual já se encontra extinto, não diminui o campo da responsabilidade contratual, nem tampouco faz com que esta seja absorvida pela responsabilidade aquiliana.

Pelo contrário, a responsabilidade nas fases suprarreferidas é verdadeiramente contratual.

Ou seja, ao invés de retrair-se em decorrência dos deveres laterais de boa-fé, a responsabilidade *ex contractu* amplia-se, de modo a abranger tanto a responsabilidade pré-contratual como aquela *post pactum finitum*.

O contrato é um processo subdividido nas fases pré-contratual, contratual e, finalmente, pós-contratual.

A fase contratual, por sua vez, é subdividida em outras, a saber conclusão (momento estipulativo) e adimplemento, imediato ou protraído no tempo (momento executivo).

Em todas essas fases, a responsabilidade não nasce *ex novo* entre as partes sem prévia relação jurídica, mas deriva de um prévio contato social, desde as tratativas, nas quais já há deveres laterais, prosseguindo até a extinção do vínculo pelo adimplemento e, por fim, sobrevive mesmo *post pactum finitum*.

Na responsabilidade pré-contratual, embora não haja obrigação de prestação propriamente dita, existe um vínculo obrigacional preexistente, que é o respeito aos citados laterais de boa-fé, tais como os deveres de comunicação, informação, proteção e respeito às legítimas expectativas criadas entre a contraparte.

O moderno conceito de obrigação abrange não apenas a prestação principal, mas também esses deveres laterais, decorrentes da boa-fé objetiva, incidentes em todo o iter de formação, conclusão, eficácia, execução e extinção do contrato.

A responsabilidade pré-contratual não surge *ex novo* entre as partes, nem deriva de ilícito absoluto, sendo, na verdade, com o perdão da aparente contradição terminológica, uma verdadeira responsabilidade contratual e não aquiliana, pois decorre de uma obrigação, embora não a prestação propriamente dita, já existente entre as partes, mesmo que não haja contrato formado e estipulado.

Nasce essa obrigação (decorrente da boa-fé objetiva) de um contato social ou negocial qualificado, independentemente da inexistência de uma obrigação de prestação, à qual as partes se vinculam, tratando-se, sua violação, de ilícito relativo e não absoluto.

Enquanto a responsabilidade extracontratual tem com pressuposto o surgimento *ex novo* de uma obrigação (de ressarcimento) entre pessoas que não tiveram prévio contato negocial, o mesmo não se dá com a responsabilidade contratual, que depende justamente desse contato prévio, já havido na fase das tratativas.

A diferença entre os dois tipos de responsabilidade é assim estrutural e, tendo diversos fundamentos, razão pela qual afigura-se lógico que haja diversidade quanto às consequências do inadimplemento, mora ou adimplemento inexato, em contraposição ao ilícito absoluto.

A resistência ao enquadramento no âmbito contratual da responsabilidade antes da formação do contrato e depois de sua extinção se deve, em grande parte, à própria linguagem, pois parece contraditório pensar-se em responsabilidade contratual sem que haja contrato ou se o contrato já estiver extinto.

Se considerarmos que a linguagem modela o pensamento, essa resistência pode ser desfeita se a responsabilidade contratual passar a ser denominada negocial, referindo-se ao gênero negócio jurídico e não à espécie contrato.

Teríamos então, para superar a dificuldade terminológica, a mesma dicotomia, denominada responsabilidade negocial e extranegocial.

Assentada a diferença estrutural, não pensamos ser possível falar-se, como advoga relevante segmento doutrinário, nem mesmo em unificação ou grande aproximação dos regimes.

Cada tipo de responsabilidade permanece com regras próprias, embora possa haver determinadas áreas comuns e bem assim fronteiras de difícil definição.

Sendo diferentes os regimes das responsabilidades contratual e extracontratual, surge a *elegans quaestio* de se negar ou admitir concurso entre pretensões deles

decorrentes, que pode se ensejar quando um mesmo fato representa tanto a violação de uma obrigação contratual como um ato ilícito absoluto.

Essa cogitação reforça a tese da dualidade de tipos de responsabilidade civil.

Para que se cogite de concurso eletivo de pretensões, para admiti-lo ou negá-lo, é preciso logicamente que se pressuponha ao menos haver diferenças importantes de tratamento conforme se trate de responsabilidade do tipo contratual ou do tipo extracontratual.

Os sistemas que, como o francês, cuja doutrina nega majoritariamente o concurso (*non cumul*), também têm como premissa a dualidade de tipos de responsabilidade, especialmente se deveras acentuadas as diferenças, tratando-se de impedir que a vítima ou o credor busquem escolher um tipo em detrimento do outro, se mais vantajoso.

O projeto francês de modernização da responsabilidade civil, apresentado em março de 2017, caso venha a ser aprovado, tornará expressa a proibição do concurso, o que representa tendência legislativa que mantém a diversidade dos sistemas de responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Por outro lado, para que se admita o concurso, como via de regra se faz na Alemanha e como, não sem controvérsias, se admite para parte da doutrina e jurisprudência na Itália, também é curial pressupor diversidade entre ambos os tipos de responsabilidade.

O acolhimento, com base nos princípios *jura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* de uma pretensão de responsabilidade extracontratual se a ação movida foi contratual (e vice-versa), somente é possível (i) se os fatos deduzidos na inicial forem suficientes para a caracterização tanto do ilícito relativo como do absoluto, admitindo-se mera qualificação pelo Juiz, (ii) se os requisitos próprios de cada tipo de responsabilidade estiverem presentes, e, ainda, (iii) se houver respeito ao prévio contraditório.

As principais diferenças entre a responsabilidade contratual (negocial) e extracontratual (extranegocial) dizem respeito, dentre outras, à liberdade contratual, ao ônus da alegação e ao ônus da prova, à prescrição, à aplicação da lei no tempo e no espaço e, por fim, ao âmbito de aplicação do princípio da precaução.

Quanto à liberdade contratual, a readequação (e não redução ou eliminação) do âmbito da autonomia privada, ao longo da história, não superou a relevância do contrato, nem tampouco do gênero negócio jurídico e nem sequer tisonou a existência de uma



responsabilidade contratual (negocial), diversa da aquiliana, tanto do ponto de vista estrutural como no tocante às suas consequências.

As restrições que se fizeram à liberdade contratual, embora atinjam o modelo clássico do contrato, têm a função de assegurar que a decisão de se vincular ou de plasmar o conteúdo de um ato de autonomia privada, como o negócio jurídico e o contrato, seja fruto de decisão efetivamente livre ou tão equitativa quanto possível.

Estabelecer parâmetros, como a ordem pública, à liberdade contratual não significa eliminá-la, mas dar-lhe a devida aplicação.

Portanto, em se tratando de responsabilidade contratual, há que se considerar o que foi válida e eficazmente estipulado para a hipótese de inadimplemento, adimplemento ruim ou mora, como a cláusula penal, a multa penitencial e as modificações convencionais do dever de reparar o dano (cláusulas de não indenizar e cláusulas limitadoras ou ampliadoras da reparação).

Em sede contratual, pode ser estipulada, outrossim, a própria forma de reparação, se em dinheiro ou mediante a imposição de uma obrigação de fazer (reparação em forma específica), a cumulação de ambas, seus limites e, ainda, as regras de priorização de uma ou outra, quando combinadas.

Diferença relevante entre ambos os tipos de responsabilidade também se faz presente no tocante ao ônus da alegação e ao ônus da prova, sendo que o primeiro constitui antecedente lógico do segundo.

Não se afigura menos relevante diferença de tipos de responsabilidade em razão da possibilidade de sua distribuição do ônus da prova, pelo Juiz, de forma diversa da tradicional, na forma do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil (distribuição dinâmica do ônus da prova), já que se trata de exceção que não afasta a regra.

Antes de se cogitar a quem caberá o ônus da prova, há que se considerar o antecedente ônus da alegação.

Na responsabilidade contratual, o credor deve alegar apenas o título da obrigação e o inadimplemento (mora ou inadimplemento ruim) e as suas consequências, restando ao devedor a invocação do adimplemento ou, por exemplo, das exceções substanciais, como *exceptio non adimpleti contractus* ou *exceptio non rite adimpleti contractus*, onerosidade excessiva superveniente, caso fortuito ou força maior ou não lhe ser imputável a inexecução.

Já na responsabilidade aquiliana, a alegação da vítima consistirá no dano, na culpa e no nexo de causalidade, ressaltando-se que, no caso de responsabilidade objetiva, bastarão o dano e o liame causal.

A diversidade do que se tem que alegar, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual, refletirá também na diversidade do que se há que provar, ao menos via de regra, sendo excepcionais as hipóteses de distribuição diversa do ônus da prova.

O eventual alargamento do campo da responsabilidade objetiva contratual, por sua vez, não tem o condão de afastar a dicotomia, já que diversos os pressupostos a se alegar, como acima se viu, e, ainda, não se pode afastar a existência de inúmeros casos de responsabilidade subjetiva contratual.

Outro ponto relevante na distinção da responsabilidade contratual da extracontratual, em vários ordenamentos, diz respeito à questão da prescrição.

As pretensões de provimentos de natureza constitutiva não estão sujeitas a prazos de prescrição, mas, sim, de decadência, se previstos em lei.

As pretensões alusivas a provimentos de natureza declaratória não se sujeitam a prazos nem decadenciais, nem prescricionais.

As pretensões condenatórias, por sua vez, sujeitam-se aos prazos de prescrição, sejam especiais ou, em sua falta, o prazo ordinário.

As pretensões de reparação de dano (contratual ou extracontratual), seja por equivalente em dinheiro (obrigação de dar), seja por meio de reparação em forma específica (obrigações de fazer ou dar), requerem justamente provimentos de natureza claramente condenatória, tendo sua eficácia sujeita, portanto, a prazos prescricionais.

O Código Civil brasileiro de 1916 não previu prazos distintos de prescrição conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual, a exemplo do BGB e do Código Civil francês, na sua atual redação.

O Código Civil espanhol, o português e o italiano de 1942 preveem um prazo ordinário (5, 20 e 10 anos, respectivamente), ao qual se sujeita a pretensão reparatória contratual, e um prazo específico mais curto (1, 3 e 5 anos, respectivamente), incidente na hipótese de pretensão de reparação decorrente de responsabilidade aquiliana, estabelecendo com clareza e de forma expressa a distinção.

O Código Civil de 2002, a par de estatuir prazo ordinário de prescrição de 10 (dez) anos, estabeleceu, em seu art. 206, § 3º, inciso V, prazo prescricional de 3 (três) anos para o

encobrimento da eficácia da “pretensão de reparação civil”, sem distinguir expressamente se está a se referir à reparação civil contratual ou da reparação extracontratual.

A despeito da ausência dessa distinção expressa e malgrado o novo posicionamento em sentido contrário do Superior Tribunal de Justiça, o art. 206, § 3º, inciso V, acima citado, demanda interpretação restritiva, aplicando-se apenas à reparação civil extracontratual (extranegocial), incidindo, quanto à responsabilidade contratual (negocial), o prazo ordinário de 10 (dez) anos.

A opção legislativa pela diversidade dos prazos prescricionais, conforme se trate de responsabilidade *ex contractu* ou *ex delicto*, justifica-se pela diversidade de seu marco inicial.

Na responsabilidade contratual se aplica em sua plenitude o princípio da *actio nata*, razão pela qual o prazo de prescrição conta-se do inadimplemento, mora ou inexecução. Na responsabilidade extracontratual, conta-se o prazo da ciência pela vítima do dano.

Sendo contratual ou negocial a responsabilidade pré-contratual, aplica-se às pretensões de reparação dela decorrentes o prazo ordinário. O mesmo se diz da responsabilidade pós-contratual.

Diferem os regimes de responsabilidade civil também no que toca à aplicação da lei no tempo e no espaço.

No campo da responsabilidade contratual, aplica-se, via de regra, a lei do momento da celebração (*tempus regit actus*), embora haja jurisprudência que preconize a aplicação imediata da lei nova de ordem pública a contratos de trato sucessivo.

Na esfera extracontratual, aplica-se a lei vigente no momento do ilícito absoluto.

Em princípio, no âmbito contratual, aplica-se a lei do local da celebração do contrato, havendo, ainda, a possibilidade de eleição até mesmo do direito aplicável, caso prevista a solução de conflitos por meio de arbitragem.

Na seara extracontratual, também a despeito de possíveis exceções, aplica-se a lei do local do ilícito absoluto.

Os princípios da prevenção e da precaução, visando o primeiro a evitar riscos conhecidos e o segundo riscos potenciais, decorrentes de incerteza científica, ainda não conhecidos, têm atuação diferente, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual.

O princípio da precaução há que ser visto com acentuada cautela, para que não sejam obstadas atividades lícitas e para que não se impeça o próprio progresso, não incidindo nos casos de risco imaginário, que não se funde em base científica de probabilidade sólida, a despeito da incerteza, exigindo-se ao menos hipótese fundamentada, suscetível de reunir em seu foco a opinião de parte importante da comunidade científica.

Também no tocante aos princípios da prevenção e da precaução, cada tipo de responsabilidade (negocial ou extranegocial) seguirá suas regras próprias, com as diferenças que acima já se apontou, quanto à liberdade contratual, que será maior ou menor se cuidarmos de relação paritária ou consumerista, ônus da alegação e ônus da prova, prescrição, aplicação da lei no tempo e no espaço, extensão do dano, entre outros.

A responsabilidade da empresa que exerce atividade que enseje risco (conhecido ou incerto) é extracontratual e objetiva (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), sem possibilidade de prova, para fins de exoneração, de que foram adotadas todas as medidas conhecidas e necessárias para evitar o dano.

Sujeita-se a empresa que exerce atividade de risco às consequências da inobservância dos princípios da prevenção e da precaução, ressalvadas as cautelas acima apontadas.

Diversamente, a responsabilidade dos profissionais perante a empresa exercente de atividade de risco que os tenha contratado, para forrar-se dos riscos, é contratual e subjetiva, somente se materializando em caso de mora, inadimplemento ou adimplemento da obrigação assumida, que, via de regra, é de meio.

Estes profissionais sujeitam-se à responsabilidade por inobservância, via de regra, apenas do princípio da prevenção.

O princípio da precaução somente gera responsabilidade profissional se for razoavelmente possível a previsão do risco, que, embora incerto, seja fundado em probabilidade científica sólida, atestada por conhecimento técnico ao menos sustentado por parte relevante da comunidade científica, e desde que descumpra o profissional o dever de informar os perigos ao empresário que tenha poder de decisão sobre a atividade de risco.

Na responsabilidade contratual desses profissionais, visto que subjetiva, cabendo-lhes obrigação de meio, a incidência do princípio da precaução deve ser vista com cautela ainda maior que a responsabilidade extracontratual objetiva das empresas exercentes de atividades de risco, sendo assaz excepcional.

O conceito de dano como diferença econômica patrimonial, abstrata ou concreta, antes e depois da lesão, embora ainda útil para fins de avaliar as consequências negativas do ilícito, não explica adequadamente o dano extrapatrimonial.

E também não abrange, com coerência sistemática, todas as hipóteses em que é possível a reparação em forma específica, que pode não coincidir com a mera redução abstrata ou concreta de um patrimônio.

O conceito normativo, que vê o dano como uma lesão a um interesse juridicamente protegido, também parece insuficiente.

E isso porque o referido conceito confunde a lesão com a sua consequência negativa.

Parece mais lógico pensar que o dano é, portanto, não a lesão em si, mas a consequência negativa, patrimonial ou não, decorrente da lesão a um interesse juridicamente protegido.

Não se trata de diminuição sempre patrimonial, mas de uma diminuição de situação subjetiva também não avaliável economicamente.

Conclui-se, assim, sem pretensão de esgotar o debate, que o conceito de dano como consequência negativa da lesão a um interesse juridicamente protegido, ou seja, uma perda econômica ou simplesmente uma perda, ainda que de valores imateriais, tem a vantagem apenas de não abranger também o dano extrapatrimonial, como também dá ensejo a que sua reparação se dê em forma específica.

No âmbito da responsabilidade contratual, o inadimplemento das obrigações (assim como o adimplemento inexato e a mora), além da eventual resolução do contrato e da pretensão de cumprimento tem como consequência inafastável a obrigação de reparar o dano.

Na quadra extracontratual, o cometimento de um ato ilícito, que não seja o descumprimento de uma obrigação previamente existente entre as partes, também gera o dever de reparar o dano, como se vê da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana, prevista no art. 947 do Código Civil.

Na maior parte dos sistemas jurídicos aos quais o nosso se filia, admite-se que a responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, não se limita a propiciar uma condenação ao pagamento de determinada quantia em dinheiro (perdas e danos), mas também importa na possibilidade de a vítima obter do devedor ou do causador do ilícito absoluto uma reparação em forma específica.

Ou seja, há duas formas de reparação do dano, a saber: a reparação em forma específica ou a reparação por equivalente (pecuniário).

A terminologia utilizada para a figura objeto do presente estudo varia, não apenas na lei, mas também em doutrina, cabendo citar, por exemplo, indenização específica, indenização por reconstituição natural, indenização em via específica, ressarcimento em forma específica, reintegração em forma específica, reparação em natura, indenização em natura, reparação específica e reparação em forma específica.

Optamos pela utilização do termo *reparação em forma específica*.

Podemos conceituar a reparação em forma específica como a imposição de uma ou várias prestações não pecuniárias, mormente obrigações de fazer, dirigidas a reconstituir, por equivalência material, a situação jurídica existente antes da consequência negativa da lesão a um interesse legitimamente protegido, extracontratual ou contratual, que não seja a execução específica coativa da própria obrigação.

Apesar de não cancelar o dano, a reparação em forma específica enseja uma situação materialmente correspondente àquela existente antes do inadimplemento, mora e adimplemento ruim ou do ilícito absoluto, enquanto a reparação em pecúnia representa uma situação apenas economicamente equivalente.

Em vez de determinar-se ao ofensor ou devedor, conforme se trate de responsabilidade delitual ou contratual, o pagamento de uma soma em dinheiro, economicamente equivalente ao dano, a reparação em forma específica representa a imposição de outra obrigação (de fazer), substitutiva e materialmente equivalente, embora diversa, daquela existente antes da lesão ou quebra de contrato

A despeito da ausência de previsão expressa no Código Civil de brasileiro de 2002, a consagração em nosso direito da reparação em forma específica pode ser inferida do próprio sistema, sendo amplamente admitida pela doutrina.

O art. 497 do Código de Processo Civil de 2015, que trata das obrigações de fazer ou não fazer, a exemplo do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, prevê não apenas a execução específica, mas também a adoção, pelo juiz, de “providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Previram esses dispositivos instrumentais, além da execução forçada da própria obrigação de fazer (“tutela específica”), a possibilidade de tutela que assegure **resultado equivalente** ao adimplemento previsto numa relação contratual, consagrando na norma processual o que o direito material, via interpretativa, já consagrava.

A norma também se aplica à responsabilidade extranegocial, já que pode haver obrigações de fazer e não fazer nascentes tanto de negócio jurídico como derivados diretamente da lei, cuja infringência caracterizará ato ilícito absoluto.

A reparação em forma específica, não sendo a própria obrigação, mas um sucedâneo ou equivalente material, representa um instrumento para se atingir o resultado prático equivalente do adimplemento, mais próximo ao retorno desejável ao estado anterior do que a mera condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, ajustando-se assim ao comando da norma instrumental acima citada.

No caso da responsabilidade contratual, a reparação em forma específica, mesmo sem se confundir com a execução específica, tem o condão de tornar o momento executivo da obrigação, ainda que diante da inexecução, execução imperfeita ou mora, mais próximo, ou materialmente equivalente, ao que se pretendeu quando do momento estipulativo.

Na responsabilidade extracontratual, por sua vez, a possibilidade de retorno ao *status quo ante* afigura-se maior com a reparação em forma específica do que com a reparação em dinheiro.

Sendo a reparação em forma específica uma atividade sucedânea, no mais das vezes ela se materializará por meio da imposição de obrigações de fazer ao causador do dano ou ao devedor.

Haverá modificação do conteúdo da prestação, que não será o pagamento de uma indenização em dinheiro, mas, sim, a imposição de obrigação fazer com objeto diverso da obrigação (legal ou contratual) original.

As obrigações de fazer têm, nessa seara, função diversa daquela decorrente de sua estipulação *ab initio* em determinado negócio jurídico, pois poderão passar a existir, após o inadimplemento, como forma de reparação de dano, isto é, reparação em forma específica.

A reparação em forma específica é possível tanto nos ilícitos extracontratuais como no caso de descumprimento, cumprimento inexato ou mora das obrigações contratualmente assumidas, podendo ter efeitos diferentes, conforme se trate de responsabilidade *ex delicto* ou *ex contractu*.

A reparação em forma específica se aplica aos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, tendo amplo campo de atuação no tocante aos direitos de personalidade.

Insuficiente que venha a ser a reparação em forma específica, é possível sua cumulação com o ressarcimento por equivalente pecuniário.

A reparação em forma específica não será deferida se impossível ou excessivamente onerosa, isto é, se, objetivamente, houver desproporção manifesta entre seu custo para o responsável ou devedor e seu interesse para a vítima ou credor.

A reparação em forma específica é prioritária na Alemanha, na Áustria, em Portugal e na Suíça.

O Código Civil italiano de 1942 atribui a escolha entre a forma de reparação mais adequada ao credor ou à vítima.

Na Itália, porém, não se dá a escolha pelo credor no caso de responsabilidade por dano ao meio ambiente, sendo prioritária a reparação em forma específica.

No direito civil francês, antes da reforma feita quanto aos contratos e antes que venha a ser lei o projeto de modernização da responsabilidade civil, a determinação da forma mais adequada de reparação cabia ao Juiz, com os temperamentos decorrentes do princípio da adstrição da sentença ao libelo.

A reforma do Código Civil francês, introduzida pela *Ordonnance* nº 2016-131 de 10 de fevereiro de 2016, outorga, em seu art. 1.221, a opção da execução específica ao credor, o que parece indicar, pela ausência de distinção ali reinante, que também a reparação em forma específica seguirá esse critério, no campo contratual.

Se a escolha pelo credor na responsabilidade contratual parece ser o caminho da reforma francesa, o mesmo não ocorre no âmbito da responsabilidade extracontratual, pois o projeto de reforma da responsabilidade civil, datado de março de 2017, que pretende prever expressamente a reparação em forma específica, sob a denominação reparação em natura, não define textualmente a prioridade, nem a quem cabe a escolha.

Dentre nós, entendemos prioritária a reparação em forma específica, não apenas pelo texto do art. 947 do Código Civil brasileiro (seara contratual), como também pelo que determinam o art. 497 do Código de Processo Civil e o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (campo contratual e extracontratual).

Um dos exemplos mais marcantes de reparação em forma específica (reparação *in natura*) surge justamente no âmbito da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, como, aliás, resta previsto de forma expressa no art. 4º da Lei nº 6.938/81 e nos arts. 3º e 11 da Lei nº 7.347/85.

Na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, não resta dúvida alguma e a reparação em forma específica (reparação *in natura*) é claramente prioritária, sem cogitar-se limite da onerosidade excessiva.



Não há que se confundir reparação em via específica com a execução específica.

Esta, sendo a execução forçada da própria obrigação, tem por objetivo a eliminação do dano em sua fonte, pelo próprio adimplemento, de forma a prevenir sua produção e atuar diretamente sobre a sua causa, enquanto aquela, embora mais perfeita do que a indenização pelo equivalente em dinheiro, pressupõe o dano já havido e atua sobre a consequência do ilícito, com natureza sucedânea.

Mesmo nas obrigações contratuais, a reparação em forma específica não se confunde com a ação ou pretensão de adimplemento, representando um fazer sucedâneo materialmente equivalente à prestação ou obrigação legal.

A pretensão ao adimplemento consiste em pleitear-se o próprio bem da vida objeto da relação obrigacional e não uma tutela próxima, materialmente equivalente, embora diversa.

E a reparação específica busca uma tutela substitutiva que materialmente equivalha ao adimplemento, sem se confundir com ele.

Entre as formas de tutelas tratadas no presente trabalho existe uma hierarquia lógica, sendo preferível, quando possível, a execução específica, que elimina o incumprimento, seguida pela reparação em forma específica, que reconstitui (por equivalência material) a situação anterior à inexecução ou ao dano, restando, por último, a reparação pelo equivalente em pecúnia (equivalência econômica), incidente quando impossível ou excessivamente onerosa a utilização das figuras que lhe são prioritárias.

Por derradeiro, cabe afirmar que a reparação em forma específica tem o condão de descortinar soluções práticas mais efetivas para inúmeros problemas alusivos à responsabilidade civil, contratual e extracontratual, sem que necessariamente a indenização se converta em pecúnia, tendo a possibilidade de corrigir distorções como a aleatoriedade na fixação de valores monetários no campo dos danos extrapatrimoniais e, ainda, serve como barreira a eventual tendência meramente distributiva.

**BIBLIOGRAFIA**

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, vol. 2, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, Saraiva: São Paulo, 1949.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis* in: Revista dos Tribunais nº 744/725.
- AMORTH, Giorgio. *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano: Giuffrè, 1967.
- ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral*, In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*, 3. ed., São Paulo: RT, 1999.
- AURICCHIO, Alberto. *Appunti sulla prescrizione*, Napoli: Casa Editrice Dtto. Eugenio Jovene, 1971.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova*. In: Temas de Direito Processual, segunda série, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3. ed., São Paulo: RT, 2001.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile – la responsabilità*, tomo III, Milano: Giuffrè, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Diritto civile – l’obbligazione*, tomo IV, Milano: Giuffrè, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Diritto civile – la responsabilità*, tomo V, Milano: Giuffrè, 1994.

BRIGANTI, Ernesto. *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, Camerino: Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino (a cura de Pietro Perlingieri), 1981.

BORODITSKY, Lera. *Does language shape thought? Mandarin and English speakers' conceptions of time*. *Cognitive psychology*, volume 43, n<sup>o</sup> 1, p. 1-22, 2001. In: [http://logic.amu.edu.pl/images/7/7e/Socjo\\_Boroditsky.pdf](http://logic.amu.edu.pl/images/7/7e/Socjo_Boroditsky.pdf).

BUZOID, Alfredo. *A ação declaratória no Direito Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BOUTONNET, Mathilde; GUEGAN, Anne. *Historique du principe de précaution*. In: Annexe I a G. VINEY e P. KOURILSKY, *Le principe de précaution*, Paris: Ed. Odile Jacob, 2000.

BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*, 3. ed., Torino: G. Giappichelli, 2013.

BUZOID, Alfredo. *A ação declaratória no Direito Brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

CASTERMANS Alex-Geert; DANKERS-HAGENAARS, Diana; DEJEAN DE LA BATIE, Alice; BORGHETTI, Jean-Sebastien; DE CABARRUS, Charlotte et al. *Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile: le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, aborde sous l'angle du droit compare*. In: *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, 2017, p. 5 – HAL Id: hal-01520244. In: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01520244>.

CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Da prescrição e da decadência*, São Paulo: Saraiva, 1939.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*, 3. reimpr., Coimbra: Almedina, 2012.

CANTILLO, M. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale – Le obbligazioni*, tomo I, Torino: UTET, 1993.

\_\_\_\_\_. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale – Le obbligazioni*, tomo II, Torino: UTET, 1993.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. *Doutrina e prática das obrigações (ou tratado geral dos Direitos de Crédito)*, atualizada por J. M. de Carvalho Santos, tomo I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*, 7. ed., vol. XXI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

\_\_\_\_\_. *Código Civil brasileiro interpretado*, 7. ed., vol. III e XII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*, 3. ed., Milano: Giuffrè, 2005.

CATALÁ, Lucía Gomes. *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Pamplona: Aranzadi, 1998.

CECCHERINI, Grazia. *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano: Giuffrè, 1989.

CIAN, Giorgio e TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve ao Codice Civile*, Padova: Cedam, 1981.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*, 2. ed., São Paulo: Lejus, 1997.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations – commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code Civil – e-book*, Paris: Dalloz, 2016.

\_\_\_\_\_. *Blog Réforme du droit des obligations – Présentation du projet de réforme de la responsabilité civile (2)*. In: <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2017/03/22/presentation-du-projet-de-reforme-de-la-responsabilite-civile-2/>.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1965.

COBELLI, Cristina Ebene. *Risarcimento in forma specifica*, in: *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale – la responsabilità civile*, diretta da Guido Alpa e Mario Bessone, tomo V, Torino: UTET, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *La résolution des contrats synallagmatiques en Droit Allemand*, Paris: Rousseau & Cia, 1940.

\_\_\_\_\_. *Inexécution et faute contractuelle en Droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, Bruxelles: Librairie Encyclopédique, 1960.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*, 2. ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1953.

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

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Da ação de adjudicação compulsória*, 4. ed., São Paulo: RT, 1988.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no Processo Civil*, São Paulo: RT, 1993.

DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer. *La cláusula penal*, Buenos Aires: De Palma, 1981.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno – teoria generalde della responsabilità civile*, vol. II, 2. ed., Milano: Giuffrè, 1970.

\_\_\_\_\_. *I fatti illeciti*. In: Trattato di Diritto Civile diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, vol. 4, Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1961.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito – enganosa, abusiva, infantil, digital, comparativa*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. *Electa una via non datur regressus ad alteram*. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno, 3. ed., vol. II, São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Causa de pedir e ônus de afirmar*. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno, 2. ed., vol. II, São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2004.

DOMINGUES, Mario. *Ignez de Castro na vida de D. Pedro*, Lisboa: Prefácio-Edição de Livros e Revistas, Lda., 2002.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones*, tomo II-1º, Barcelona: Bosch, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de derecho civil*, Apéndice – Código Civil Alemán (BGB), Barcelona: Bosch, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FRICERO, Natalie. *Le nouveau régime de la prescription et la procédure civile – loi n° 2008-651 du 17 juin 2008*. In: [https://www.courdecassation.fr/IMG/intervention de Mme](https://www.courdecassation.fr/IMG/intervention%20de%20Mme).

JOURDAIN, Patrice. *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*. In: *Les métamorphoses de la responsabilité – sixièmes journées René Savatier*, Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

GILMORE, Grant. *The death of contract*, 2. ed., Ohio University Press, 1995.

GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, vol. II, Madrid: Reus, 1928.

GIUSTI, Alberto; PALADINE, Mauro. *Il contratto preliminaries*, Milano: Giuffrè, 1992.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Função social do contrato*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, 2. ed., São Paulo: RT, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, São Paulo: Saraiva, 2003.

GUTIÉRREZ, Paloma Tapia. *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2013.

HOLMES, Eric M. *Is there life after Gilmore's death of contract-inductions from a study of commercial good faith in first-party insurance contracts*, 65 Cornell L. Rev. 330 (1980).  
In: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol65/iss3/2>

HOUAISS, Antonio. *Grande Dicionário Houaiss*, versão eletrônica. In: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#6>.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEMOES, Patrícia Faga Iglesias. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário – análise do nexa causal*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental – responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*, 2. ed., São Paulo: RT, 2008.

LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité e des contrats*, Paris: Dalloz, 8. ed., 2010.

LOPES, Tereza Ancona. *O princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAGAZZÙ, Andrea. *Clausola penale*. In: Enciclopedia del Diritto, VII, Milano: Giuffrè, 1960.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica – arts. 461, CPC e 84, CDC*, São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. In: RIDB, Ano 3 (2014), nº 9, [www.idb-fdul.com\\_uploaded\\_files\\_2014\\_09\\_07073\\_07122](http://www.idb-fdul.com_uploaded_files_2014_09_07073_07122).

MAURO, Antonio de; FORTINGUERRA, Fabio. *La responsabilità precontrattuale*, Padova: Cedam, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3. ed., tomo III, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, 9. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno, São Paulo: Malheiros, 2005.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Direito das obrigações*, Reimpressão, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 399.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*, 3. ed., São Paulo: RT, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale – analisi comparata di un problema*, Padova: CEDAM, 1989.

MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, 2. reimp., Coimbra: Almedina, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, 2ª parte, 24. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

MORSELLO, Marco Fábio. *A responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – responsabilidade civil*, vol. 7, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NANNI, Luca. *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale – I contratti in generale – I requisiti del contratto*, tomo III, Torino: UTET, 1991.

PINNA, Andrea. *La mesure du préjudice contractuel*, Paris: Prix de l'Université Paris II, 2007.

PINTO, Néson Luiz. *Ação de usucapião*, 2. ed., São Paulo: RT, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomos XXV e XXVI, XXXIX e LIII, 3. ed., 2. reimp., São Paulo: RT, 1984.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomos IV e VI, 4. ed., São Paulo: RT, 1983.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*, 3. ed., Coimbra: Almedina, 1995.



\_\_\_\_\_. *Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra: Almedina, 1985.

QUARANTINO, Maurizio Iacono. *La responsabilità per l'inadempimento*. In: *Le Obligatione – diritto sostanziale e processuale*, tomo I, a cura di Pasquale Fava, Milano: Giuffrè 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, vol. IV – Responsabilidade Civil, 10. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

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

SALVI, Cesare. *Risarcimento del danno*. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XL, Milano: Giuffrè, 1989.

SCAFF, Fernando Campos. *Direito à saúde no âmbito privado*, 1. ed. – e-book, São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço, do Código Civil ao Código de proteção e Defesa do Consumidor*. *Revista dos Tribunais*, volume 737, março 1997.

\_\_\_\_\_. *As novas figuras contratuais e a autonomia da vontade*. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 91, p. 141-159, jan. 1996. ISSN 2318-8235. In: <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/67332/69942>>. Acesso em: 3 mar. 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v91i0p141-159>.

SILVA, Clóvis do Couto e. *O conceito de dano no Direito Brasileiro e Comparado*. In: *Revista dos Tribunais* n<sup>o</sup> RT 667/7-16.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência – início dos prazos*, São Paulo: Atlas, 2013.

TAMBURRINO, Giuseppe. *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*. Milano: Giuffrè, 1954.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

TOLSADA, Mariano Yzquierdo. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

TUNC, André. *La responsabilité civile*, 2. ed., Paris: Economica, 1989.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil, les obligations, la Responsabilité: effets* – dir. de Jaques Ghestin, Paris: LGDJ, 1988.

\_\_\_\_\_. *Traité de Droit Civil – introduction à la responsabilité*, direction de Jaques Ghestin 3. ed., Paris: LGDJ, 2008.

\_\_\_\_\_; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil: conditions de la responsabilité*, direction de Jaques Ghestin 3. ed., Paris: LGDJ, 2006.

\_\_\_\_\_; KOURILSKY, Philippe. *Le principe de précaution*, Paris: Ed. Odile Jacob, 2000.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*, vol. I, trad. de Fadda e Bensa, Torino: UTET, 1925.