SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS E O NEXO CAUSALIDADE: APLICABILIDADE, DELIMITAÇÃO E AMPLITUDE NO DIREITO BRASILEIRO.

DUTY TO MITIGATE THE LOSS AND CAUSATION : APPLICABILITY , DEFINITION AND SCOPE IN BRAZILIAN LAW .

Luisa Vieira Rosado Pimenta [1]

Resumo

A pesquisa reconhece a existência de uma crise dos desdobramentos da boa-fé entre as partes de uma relação obrigacional ou contratual. O duty to mitigate the loss atua como importante ferramenta, para a não violação da eticidade, agravando a situação de dano experimentado na relação. Invocado pela doutrina e jurisprudência brasileiras como elemento novo para solucionar conflitos ligados à obrigação indenizatória, vem sofrendo flexibilização em sua aplicação, sendo utilizado para situações clássicas e evidentes de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, bem como de danos indiretos. O presente artigo apontará os fundamentos, os parâmetros e as restrições na ordem brasileira.

Palavras-chave: Boa fé objetiva, Nexo de causalidade, Mitigação do dano, Direito civil

Abstract/Resumen/Résumé

The survey recognizes the existence of crisis of the consequences of good faith between the parties of obligatory contractual relationship. The duty to mitigate the loss acts as important tool for the non violation of ethics, aggravating the situation of damage experienced in the relationship. Invoked the doctrine and Brazilian law new element to resolve conflicts related to the indemnification obligation is suffering flexible in its application, being used for classical and obvious situations exclusive fault or competitor of the victim, as well as indirect damage. This article will point the fundamentals, the parameters and constraints in the Brazilian order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Good objective faith, Causation, Mitigation of damage, Law civil

[1] Acadêmica do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora voluntária do Programa de Iniciação cientifica - PICV, desenvolvendo trabalho Tutela Provisória e Direito Empresarial.

Introdução

Uma obrigação é um processo em execução, em que tem como elementos os sujeitos, que são o credor e o devedor, e o objeto, que é o cumprimento de uma prestação, cujo adimplemento é garantido pelo patrimônio de quem ocupam o pólo passivo da relação jurídica. A origem desta relação pode estar em um negócio jurídico ou em uma lesão antijurídica provocada independentemente de uma negociação prévia entre as partes.

É de todo oportuno já trazer para o raciocínio desta pesquisa o posicionamento de Emilio Betti (2005. pags. 124-125) que já reconhecia a existência de uma verdadeira crise de cooperação na relação obrigacional entre credor e devedor, que exigia a atuação benéfica do direito para atenuar a natural tensão existente entre as partes antagônicas, em prol do princípio da boa-fé objetiva.

A partir de tão básicas informações pode-se concluir pela existência da responsabilidade civil negocial e da responsabilidade civil extranegocial, que correspondem à obrigação de reparar os danos causados pelo descumprimento do negócio jurídico ou pela lesão delitual indevidamente provocadas, ferindo as premissas acordas ou normas jurídicas já estabelecidas.

Para que o lesado tenha direito ao ressarcimento de seu prejuízo, ele deverá provar o dano; a ação ou omissão do ofensor, que, na hipótese de responsabilidade civil subjetiva, dependerá da caracterização da sua ilicitude; e o nexo causal entre ambos.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2004. Pág. 09), responsabilidade, para o direito, nada mais é, que uma obrigação derivada - um dever jurídico sucessivo - de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar de acordo com os interesses lesados.

As dificuldades evidentes e as muitas questões ainda não adequadamente assimiladas e resolvidas pela doutrina e jurisprudência sobre a eficácia do ressarcimento do dano, não podem ser empecilho para a inserção de novas figuras que tenham por objetivo a concretização de uma reparação adequada dos danos suportados.

Deve-se fazer uma aproximação, verificando-se os pontos de sobreposição com institutos já vigorantes, propondo um estudo de Direito Comparado, buscando o que pode ser internalizado e afastando naquilo que colidir com o sistema brasileiro jurídico.

É nesse contexto que a presente pesquisa preocupa-se em investigar, a "novidade" do *duty to mitigate the loss*, figura anglo-saxã, que, literalmente, pode ser

traduzida como o "dever de mitigar a perda", e analisar se a vítima tem a obrigação, de minimizar, de evitar a extensão do dano que lhe foi provocado. Em outras palavras, em uma obrigação reparatória, o comportamento da vítima deve influenciar a indenização a ser paga pelo agente? Em caso afirmativo, em quais condições isto deve dar-se?

É preciso cautela para não se chamar de duty to mitigate the loss a já conhecida excludente de causalidade ligada à atuação da vítima ou mesmo a conclusão genérica de inexistência de obrigação de reparar o prejuízo por se tratar de dano indireto.

Objetiva-se, portanto, analisar criticamente o recurso *duty to mitigate the loss* pela doutrina e jurisprudência brasileiras, bem como examinar os fundamentos por elas utilizados.

Desenvolvimento

Segundo José de Aguiar Dias (1994. Pág. 01), toda a manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade. A ideia é trabalhar a manifestação humana, no intuito de evitar o resultado danoso, devendo o homem viver honestamente em sociedade e não causar prejuízo a outrem. A precaução que tem como fundamento ético a prudência e a segurança jurídica deve fazer parte da responsabilidade civil. Assim, desponta uma responsabilidade preventiva, que atuará junto à responsabilidade reparadora. Desse modo, a precaução e a prevenção constituem medidas antecipatórias que visam evitar danos ou que ofensas danosas ocorram, pois se projetam para o futuro, ao contrário da reparação, que apenas visualiza o passado depois do fato danoso.

Interessante ainda destacar que Rapport d'Information n. 558, registrado na Presidência do Senado francês em 15/07/2009[1], que considera que a obrigação se qualifica como uma obrigação de agir ou de se abster. Portanto, quando a vítima emprega recursos próprios com o objetivo de diminuir seu prejuízo, ela tem o direito de recuperar as despesas efetuadas, mesmo que a medida empregada não tenha permitido uma diminuição efetiva do dano, desde que, razoavelmente, fosse apta para tanto.

No Brasil, é preciso destacar, inicialmente, a doutrina de Véra Maria Jacob Fradera (2004, p. 109-119) que, na III Jornada do Conselho de Justiça Federal (2005),

[1] Instituição da common law, a obrigação de diminuir o dano está presente tanto no direito inglês quanto no direito americano, em nível dos Estados federados e do Estado Federal. Ele deve ser considerado como a obrigação de o juiz levar em consideração no cálculo das perdas e danos, especialmente no âmbito contratual, os esforços "razoáveis" empregados pelo credor para limitar o seu prejuízo.[1] (2009, p. 69) //

no estudo do artigo 422 do Código Civil, sugeriu o seguinte enunciado: "O credor poderá ser instado a mitigar o próprio prejuízo". Na justificativa ao enunciado, que foi aprovado sob o número 169, a autora iniciou indicando a necessidade de um estudo mais aprofundado acerca do tema, principalmente por não ter a lei brasileira tratado expressamente do comportamento do credor quanto a este aspecto, não obstante a existência de normas eficazes que tratam desta questão, com destaque.

Consoante o pensamento de Fradera (2005, p. 175-178), há uma aproximação entre o art. 77 da Convenção de Viena de 1980[2] e o art. 422 do Código Civil brasileiro, devendo o *duty to mitigate the loss* ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, podendo, ainda, a recepção fundamentar-se no *venire contra factum proprium* e no abuso de direito. E, conclui a autora, que o credor que agir para minimizar os danos, deve obter o ressarcimento das despesas efetuadas com este intento, porém, quando não intervir na mitigação do prejuízo, deverá responder por perdas e danos, o que deve ser tratado como culpa delitual, já que não haveria obrigação contratualmente estipulada.

Para os fins objetivados no presente estudo, conceitua-se duty to mitigate the loss como a possibilidade de se exigir da vítima um comportamento voltado para a minimização da ofensa que lhe foi provocada de forma antijurídica, mediante o emprego de medidas razoáveis. Partiu-se, dentro desta pesquisa, da consideração de que o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a lesão suportada pela vítima restou consolidado e, ainda assim, poder-se-á exigir do ofendido uma atuação visando à redução do próprio prejuízo, beneficiando, com isso, o ofensor, que, então, pagará uma indenização menor justamente em virtude de um comportamento da vítima que, igualmente, será beneficiada pela redução do seu dano, devendo os seus esforços serem recompensados, por meio do ressarcimento do montante empregado para a minimização do prejuízo, havendo ainda que se considerar a vantagem da redução do custo social que, inevitavelmente, todo o dano representa.

Novais Dias (2011, p. 79), traz elementos interessantes para a discussão. O autor afirma que no sistema jurídico da common law "o duty to mitigate the loss não

[2] O caso cuja repercussão influenciou a doutrina e jurisprudência brasileira tramitou na França e denomina-se "Bailleux x Jaretty". E se contextualizava pela existência de um contrato de locação entre os envolvidos. Tal contrato passou a ser descumprido pelo locatário, e essa situação perdurou por 11 anos sem que o locador externasse qualquer oposição. Após esse longo período, o locador intentou ação valendo-se da cláusula resolutiva da avença em razão do inadimplemento, porém, seu direito de invocar tal cláusula foi repelido em razão do montante da dívida que por mais de uma década sofreu agravamento em total prejuízo do locatário. Ali foi consignado que tal postura do credor era alheia ao que determina a boa-fé e a confiança. Utilizou-se dessa teoria, portanto, como derivação da boa-fé objetiva.

corresponde a um dever", mas sim a um dos limites criados pela jurisprudência para o balizamento da devida indenização, ao lado, por exemplo, da consideração de que "o ofensor não deve indenizar danos que não poderia prever à época da contratação ou delito (remoteness), ou os danos decorrentes da intervenção de causa estranha que rompa o nexo de causalidade (interventi cause)".

Adotando o pensamento de José de Aguiar Dias, cabe falar em fato da vítima e não apenas em culpa da vítima. E seguindo este raciocínio, muito mais do que se estabelecer um confronto entre a gravidade da culpa do ofendido e do autor do dano, a equação deve ser estruturada de acordo com a participação causal de cada um para o evento. Auxiliando nesta compreensão sobre a causalidade, trazemos Noronha (2003,p.645), que pontua que os autores que defendem a divisão de acordo com a gravidade da culpa de cada um argumentam que a responsabilidade civil, além da função reparatória do dano, tem também uma função sancionatória (ou punitiva) e ainda uma função de prevenção (ou dissuasão) de novos danos. (...) Pelo menos de lege ferenda, a melhor solução é a da repartição conforme a causalidade. A solução da divisão de acordo com a gravidade da culpa de cada um pode atribuir a uma pessoa a responsabilidade por danos bem maiores do que aqueles que ela realmente causou.

O liame causal exige do julgador um exame atento e mesmo uma sensibilidade para concluir pela sua configuração ou não. É o que se pode sintetizar com Noronha (2003, p. 609)[3], o nexo de causalidade deve ficar provado, mesmo que muitas vezes tal prova seja inferida pelo juiz, a partir de presunções simples, isto é, das 'regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece'.

O autor Christian Sahb Batista Lopes em sua tese "A mitigação dos prejuízos no direito contratual" faz um importante estudo sobre o *duty to mitigate the loss* e defende que o direito brasileiro impõe ao credor a mitigação do dano causado pelo inadimplemento do devedor, que tem a natureza de ônus jurídico e não de dever, a partir da cláusula geral de boa-fé prevista nos arts. 422 e 187 do Código Civil, reduzindo-se com isso os custos econômicos e sociais dos descumprimentos contratuais. Ele sustenta, em suas conclusões finais, que o credor não deve ser ressarcido dos prejuízos que poderiam ser evitados com o emprego de esforço razoável de sua parte; que da indenização deve ser reduzido o montante que a vítima auferiu em razão do

[3] O autor defende, ainda, que o problema da extensão dos danos a reparar não pode ser resolvido apenas em termos de causalidade, por acreditar que elas têm uma limitação, defendendo, então, a existência de um outro requisito da responsabilidade civil, que é o dano reparável ser um bem protegido pelo ordenamento jurídico.

inadimplemento; que cabe o reembolso das despesas efetuadas com o intuito de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento; e que o ônus da prova de que o credor poderia ter mitigado o dano e qual a diminuição que teria tido o dano diante de tal providência é do devedor (2011, p. 247-249).

Defende Daniel Dias outros juristas que a ninguém é imposto o dever de mitigar o prejuízo já que é permitido por diversos dispositivos (art. 1.275, II, 385, 538, todos do Código Civil) a diminuição das próprias posses. Assim, não há falar-se em dever de não permitir as próprias perdas. No entanto, o problema ganha forma quando essa opção de permitir a ocorrência de perdas patrimoniais prejudica o inadimplente responsável pelo pagamento da indenização. Defende o mesmo autor que a obrigação dos contratantes de não onerar a avença decorre não da boa-fé, mas do próprio contrato, porquanto "o credor que onera ou complica a atuação do devedor está se voltando contra o que foi por ele pactuado, bem como contra o equilíbrio das prestações" (2012, 117). Não tratar-se de boa-fé, mas sim da execução do contrato, que a seguir enquadrar-se-á como encargo. Nesta mesma esteira o autor pontua, que para afastar a caracterização da teoria em tela como dever acessório, argumenta também que é insuficiente esse conceito de "dever" quando se analisa a responsabilidade aquiliana, onde não se pode exigir da vítima que tome atitudes visando preservar o patrimônio do ofensor.

É a discussão, por exemplo, do acórdão brasileiro do STJ, REsp 758518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, que, em suas palavras esclarece o liame "Cinge-se a controvérsia em saber se o promitente-vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem se deu por culpa do credor, em razão da não observância, por parte deste, do princípio da boa-fé objetiva". O Tribunal de Justiça do Paraná assentou "que, não obstante o direito do promitente-vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não-fruição (período compreendido entre a data do início inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente." Sem espaço para maiores detalhamentos fáticos, para o STJ ficou evidenciado o descaso com o prejuízo sofrido e o inadimplemento do dever de mitigar o próprio prejuízo, segundo a Corte, oriundo do princípio da boa-fé objetiva, eis que o promitente-comprador deixou

de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001, tendo o credor só realizado a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, quando ajuizou a ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização[4].

E a conclusão do voto atesta que não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, pois a não agilidade no exercício do direito, feriria o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais e a conduta da credora violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracterizou o seu inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária.

Esclarece-se que o credor pode valer do prazo prescricional para ter sua ação conhecida, porém existe hoje por decisões nos Tribunais a limitação do montante indenizatório almejado no provimento judicial, essa limitação se dá em decorrência da demora injustificada para o ajuizamento da demanda.

Conclusões

A boa-fé objetiva trata-se de um conceito aberto que possibilita o magistrado adequar à aplicação do direito e dos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável. É certo que a matriz ontológica do duty to mitigate the loss decorre da cláusula geral de boa-fé, contida no art. 422 do CC/02. Quanto a nossa inicial indagação, se é possível à aplicação do dever de mitigar a perda ao direito civil brasileiro, a resposta chegada é pela positividade.

Todavia, cabe aqui esclarecer e pontuar a forma do seu enquadramento no quadro jurídico brasileiro. O *duty to mitigate the loss*, oriundo da common law, tem sido invocado para solucionar conflitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, não devendo ser aplicado confundindo-o com a excludente do nexo de causalidade ligada ao comportamento da vítima e os conceitos de dano indireto e remoto. Defende-se que só faz sentido no direito brasileiro, independentemente tratar-se de responsabilidade

[4] STJ, REsp 758518/PR, Rel. Ministro Vasco Della Giustina :"Desse modo, verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano."

negocial ou extranegocial, quando, estabelecido o nexo de causalidade entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo lesado, exigir-se deste o emprego de medidas razoáveis para mitigar o seu próprio prejuízo.

REFERÊNCIA

BETTI, Emilio. Teoria geral das obrigações. Campinas: Bookseller, 2005.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Daniel Pires Novais. O Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Revista de Direito Privado nº 45. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan-Mar. / 2011.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** volume 3 : responsabilidade civil. 4. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. xxxvi, 378p.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. III, 2005, Brasília. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005. 507 páginas.

LOPES, Christian Sahb Batista. A mitigação dos prejuízos no direito contratual. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOVAIS DIAS, Daniel Pires. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 413, p. 71-117, jan/jun. 2011.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo; Saraiva, 2003. V.1.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson Peixoto. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, v.65, p. 25-33, 2010.