

A irreparabilidade do dano evitável no Direito Civil brasileiro



1. Introdução

Esta é a primeira de uma série de três colunas sobre a regra da irreparabilidade do dano evitável — doravante referida por meio do termo *ride*, que corresponde à reunião das letras iniciais do seu *nomen iuris*. Como o próprio nome sugere, pela *ride* o devedor inadimplente não responde pelos danos decorrentes da sua inexecução os quais o credor poderia ter evitado. Ilustrativamente, essa norma foi o fundamento de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reduziu o valor da indenização do comprador de uma máquina industrial defeituosa, excluindo a responsabilidade do vendedor pelos danos que o credor sofreu durante o tempo que a máquina permaneceu sem funcionar, mas que ele poderia ter evitado sofrer mediante, por exemplo, a imediata aquisição de outra máquina.^[1]

Trata-se de norma prevista em diversos ordenamentos jurídicos e que nos últimos anos vem ganhando uma maior atenção da comunidade jurídica brasileira. No Brasil, esse recente fenômeno é marcado pelas seguintes características: (i) há uma forte inspiração no instituto do sistema anglo-americano chamado, entre outros nomes, de *mitigation of damages* ou, como é mais conhecido, *duty to mitigate the loss*; (ii) pressupõe-se uma lacuna no CC para regular o problema de responsabilidade pelo dano evitável pelo próprio lesado; e, (iii) para colmatar essa lacuna, é proposto o recurso a institutos como o abuso do direito (artigo 187, CC) ou os deveres acessórios da boa-fé (artigo 422, CC).^[2]

Não há, contudo, essa lacuna no CC. Segundo o artigo 403, mesmo quando a inexecução resulte de dolo do devedor, ele somente responde pelos prejuízos efetivos e pelos lucros cessantes “por efeito dela direto e imediato”, donde se extrai que o devedor inadimplente não responde pelo dano que o credor poderia ter evitado. O dano evitável é, por outras palavras, efeito indireto e mediato da inexecução do devedor. Essa ausência de lacuna implica a desnecessidade e mesmo a incorreção dos referidos recursos ao abuso do direito ou à boa-fé para solucionar o problema de responsabilidade pelo dano evitável.^[3]

Para fundamentar essa conclusão, nessa primeira coluna é apresentado um resumo da tradicional relação entre o limite do “efeito direto e imediato” da inexecução e a irreparabilidade do dano evitável. Na segunda, são abordados os contornos dogmáticos da aplicação da *ride* no Direito brasileiro. E na terceira, analisa-se a natureza jurídica dessa regra, ou seja, o que ela representa e que lugar ocupa no sistema jurídico brasileiro.

2. Tradição jusracionalista: dano evitável como dano indireto

A relação entre o dano evitável e o dano indireto remonta ao período do jusracionalismo (séculos XVII e

XVIII), especialmente à doutrina de Robert-Joseph Pothier. Essa relação foi assimilada e sintetizada em 1804 pelo Código Civil francês, na previsão legal que limita a responsabilidade do devedor inadimplente à consequência imediata e direta da sua inexecução (artigo 1231-4 do *Code Napoléon*). Essa previsão legal, e a tradição a ela subjacente, foi recepcionada em codificações civis de outros países, com destaque para o Código Civil italiano de 1865 (artigo 1.229) e os Códigos brasileiros de 1916 (artigo 1.060) e de 2002 (artigo 403).

2.1. A *ride* na obra de Pothier

Em sua obra *Tratado das Obrigações*, Pothier trata com frequência da irreparabilidade do dano evitável. Em diversos exemplos, Pothier estabelecia como pressuposto da reparabilidade de determinado dano o fato de que o credor inadimplido não pôde evitá-lo por meio de contratação com terceiro, como no caso de não entrega do cavalo a um cônego na data marcada, o que fez com que ele não chegasse ao seu local de destino a tempo de receber vantagem que lhe era devida. Na análise desse caso para fim de fixação da extensão da responsabilidade do devedor, Pothier menciona o fato de que o cônego não teve condições de obter o cavalo de terceiro.^[4] Exigência análoga está presente também no caso de locatário cuja casa é indevidamente tomada logo depois de ele a ter ocupado. Para que o locatário inadimplido seja indenizado pelos lucros que teria obtido com o desenvolvimento de alguma atividade lucrativa na casa, Pothier menciona como requisito que ele “não tenha podido encontrar outra casa no bairro”^[5].

Mas, para a relação entre o dano indireto e o dano evitável, o trecho mais relevante é aquele em que Pothier apresenta o caso, originariamente exposto por Ulpiano, da compra e venda da vaca doente. Segundo esse caso, se um comerciante vendeu uma vaca contaminada por doença contagiosa, tendo ocultado esse vício, ele seria responsável por todos os danos que o comprador sofresse, ou seja, não só pelos danos à vaca vendida, mas também pelos danos aos outros animais que foram contaminados pela vaca doente, porque foi a sua intencional ocultação da doença que causou todo esse dano.^[6]

Em seguida, Pothier questiona se o devedor deveria responder também pelos demais danos sofridos pelo credor, que são “uma consequência mais distante e mais indireta” do dolo do devedor. Por exemplo, se a contaminação e morte do rebanho do comprador obstar o cultivo das suas terras, o dano que ele sofreu pela ausência desse plantio também decorre do inadimplemento doloso do vendedor. Contudo, sendo essa “uma consequência mais distante” do que a morte do rebanho pela contaminação, deveria o comerciante ser responsabilizado por esse dano? Mas antes de responder a essa pergunta, Pothier complica ainda mais a questão: e se o dano emergente da morte do rebanho e o lucro cessante da falta de cultivo não permitiram ao comprador pagar as suas dívidas e os seus credores executaram seus bens e os venderam a preço baixo? O vendedor responderia também por esses danos? Em resposta, Pothier afirma que a solução para esse caso se daria pela aplicação da regra segundo a qual não se deve incluir nos danos e interesses pelos quais um devedor é responsabilizado aqueles danos “que não somente são apenas uma consequência distante, mas que não são uma consequência necessária, e que podem ter outras causas.”^[7] Assim, no exemplo proposto, o comerciante não responde pelos danos decorrentes da apreensão dos bens do comprador, uma vez que “esse dano é apenas uma consequência muito distante e muito indireta do seu dolo, e não há uma relação necessária”, pois, embora a morte do rebanho tenha tido influência sobre a desordem do patrimônio do comprador, essa desordem também poderia ter decorrido de outras causas.

No fim dessa exposição, Pothier afirma ainda que as perdas decorrentes da falta de cultivo das terras do

comprador são, em comparação com os danos decorrentes da apreensão dos seus bens, consequências menos distantes do inadimplemento doloso. Todavia, ele entende que essas perdas não devem ser imputadas ao vendedor ou, ao menos, não integralmente. Isso porque essa ausência de cultivo “não é uma consequência absolutamente necessária” da morte do gado, uma vez que, apesar desse obstáculo, o comprador poderia ter evitado essa falta de plantio: ele poderia ter comprado outros animais e assim cultivado as terras ou, se ele não tivesse essa possibilidade, poderia tê-los alugado, ou então, se não tivesse mesmo condições de cultivar as terras por si, o credor poderia tê-las arrendado a terceiro.[8]

2.2. Concretização no Código Civil francês

Em 1804, essas lições de Pothier serviram de base para a clássica e ainda vigente previsão do Código Civil francês: “Mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, em relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho que ele foi privado, apenas o que é uma consequência imediata e direta da inexecução da convenção.” (artigo 1151, correspondente em parte ao atual artigo 1231-4)

Em sua obra de análise da discussão do Código Civil francês no Conselho de Estado, Jacques de Maleville, membro da Comissão que elaborou o Código Civil, afirma que o título no qual está inserido esse artigo 1151 é apenas um extrato da obra Tratado das Obrigações de Pothier e que essa obra é um dos melhores comentários a esse título. Nos comentários aos artigos 1149, 1150 e 1151, Maleville reafirmou a importância de se ter em conta os princípios de equidade e os exemplos dados por Pothier no tópico sobre os danos e interesses decorrentes da inexecução da obrigação para interpretar esses dispositivos.[9]

Por mais de um século, doutrina e jurisprudência francesa (e italiana) majoritárias extraíram a *ride* do limite legal da responsabilidade à consequência imediata e direta.[10] No entanto, com o tempo, parte da comunidade jurídica francesa passou a não mais associar dano evitável com dano indireto. Esse processo de dissociação se deve, entre outras causas, a uma desvalorização e mesmo desconhecimento por parte da doutrina e jurisprudência acerca da sua própria tradição jurídica.[11]

Nesse sentido, é a crítica de Jean-Pascal Chazal a duas decisões da Corte de Cassação, nas quais o tribunal afirmou que a vítima não teria de limitar seu prejuízo no interesse do responsável. Em artigo intitulado “‘a ultra-indenização’ — uma indenização para além dos prejuízos diretos”, Chazal afirma que essas decisões descortinam um grave desconhecimento da tradição presente na doutrina e nos tribunais franceses, uma vez que a irreparabilidade do dano evitável é “profundamente enraizada” na cultura jurídica francesa.[12]

2.3. Recepção e aplicação pelo Direito brasileiro

O CC/1916 recepcionou a limitação da responsabilidade do devedor inadimplente ao dano por efeito direto e imediato da inexecução (artigo 1.060) e, com isso, a irreparabilidade do dano evitável. Essa identificação entre o dano indireto e o dano evitável foi inclusive reconhecida por diversos autores brasileiros.

Segundo Antonio Lindbergh Montenegro, “o dano que podia ser evitado pelo ofendido” é indireto e, portanto, irressarcível.[13] Para José de Aguiar Dias, por causa do limite legal das perdas e danos ao efeito direto e imediato, os ganhos não auferidos em decorrência de artifício do lesado não deveriam ser tidos como lucros cessantes.[14] Tratando do tema das perdas e danos, Washington de Barros Monteiro

relata exemplo de alguém que compra forragens para os seus animais, mas o vendedor não as entrega e os animais morrem de fome. Segundo Monteiro, o vendedor não é responsável pelos danos decorrentes da morte dos semoventes, porque “a verdadeira causa da morte dos semoventes não foi a falta de entrega das forragens, mas a culpa do próprio comprador” que não procurou outras formas de alimentar os animais.^[15] E, por fim, Agostinho Alvim, estudando o sentido da previsão legal “efeito direto e imediato”, analisa, entre outras passagens relevantes, o caso da vaca pestilenta proposto por Pothier e conclui que nesse caso, à luz do Direito brasileiro, o vendedor não deveria responder pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, porque eles seriam efeito indireto e mediato da inexecução. ^[16]

Sob a vigência do CC/2002, contudo, essa ligação entre dano direto e o dano evitável tem sido ignorada ou, muitas vezes, recusada sob o argumento de que o artigo 403 CC trataria apenas de causalidade, questão que seria intrinsecamente distinta do dano evitável. Essa crítica infundada será rebatida na terceira e última coluna da presente trilogia.

Conclusão

A *ride* tem fundamento no artigo 403 CC. Essa fundamentação legal é reflexo da tradicional relação entre o dano evitável e o dano indireto, a qual remonta, em especial, à doutrina de Pothier. Ela foi legalmente consagrada no CC francês (artigo 1231-4), donde foi recepcionada por outros sistemas jurídicos, como o italiano e o brasileiro. Não há, portanto, lacuna para solucionar os casos de dano evitável, sendo desnecessário e equivocado recorrer à boa-fé para resolvê-los.

Aproveito para agradecer à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo pelo convite para escrever em sua coluna na **ConJur**, *Direito Civil Atual*, sobre um tema que me é muito caro e sobre o qual pesquiso desde 2009, ano em que escrevi meu trabalho de conclusão de curso de graduação. Com pausa no mestrado, esse tema me acompanhou no doutorado e em período de pesquisa pós-doutoral.

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT e UFBA).*

¹ TJRS, AC 70025609579, 5ª Câm. Cív., Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009, DJ 27.05.2009.

² Para maiores detalhes, ver: Daniel Dias. A corresponsabilidade do lesado no Direito civil: da fundamentação da irreparabilidade do dano evitável. Tese de doutorado. USP. 2016, p. 170 e ss.; Daniel Dias. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano, in Doutrinas essenciais: obrigações e contratos, vol. III. RT: São Paulo, 2011, p. 683 e ss..

³ Sobre o equívoco e os perigos do recurso à boa-fé, e às cláusulas gerais em geral, quando já há no ordenamento regra específica aplicável ao caso, ver: Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt, in Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 5, ano 2, 2015, p. 349 e ss.

[4](#) Robert Joseph Pothier. Traité des obligations: selon règles, tant du for de la conscience que du for extérieur, t. 1. 2. ed. Paris: Debure; Orleans: J. Rouzeau-Montaut, 1764, §§ 161 e 162.

[5](#) Pothier, Traité, op. cit., § 162.

[6](#) Pothier, Traité, op. cit., § 166.

[7](#) Pothier, Traité, op. cit., § 167.

[8](#) Pothier, Traité, op. cit., § 167.

[9](#) Jacques de Maleville. Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat, t. 3. 3. ed. Paris: Libraire de la Cour de Cassation, 1822, p. 32.

[10](#) Dias, A corresponsabilidade, op. cit., p. 62 ss.

[11](#) Sobre as razões para o indevido “esquecimento” na França da tradição jusracionalista do dano evitável como dano indireto, ver: Dias, A corresponsabilidade, op. cit., p. 123 ss.

[12](#) Ver p. ex.: Jean-Pascal Chazal. “L’ultra-indemnisation”: une réparation au delà des préjudices directs. In: D., n. 34, 2003, p. 2326-2330.

[13](#) Antonio Lindbergh C. Montenegro. Ressarcimento de danos. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 22.

[14](#) José de Aguiar Dias. Da responsabilidade civil, vol. 2. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 770.

[15](#) Washington de Barros Monteiro. Curso de direito civil, v. 4: direito das obrigações, 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 335.

[16](#) Alvim, Da inexecução, op. cit., p. 362. Para uma análise mais detalhada desses autores, ver: Dias, A corresponsabilidade do lesado, op cit., p. 111 e ss.

Date Created

26/02/2018