

O DEVER DE MITIGAR A PERDA NO DANO AMBIENTAL

Quando a vítima do dano ambiental no âmbito particular tem responsabilidade pelo resultado fatídico que poderia evitar ou atenuar se tivesse agido com boa-fé

DUTY TO MITIGATE THE LOSS OF THE ENVIRONMENTAL DAMAGE

When the victim as part of the environmental damage has particular responsibility for the outcome that could avoid or mitigate if he had acted in good faith

Elcio Nacur Rezende

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas; Professor e Coordenador do Mestrado em “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável” da Escola Superior Dom Helder Câmara; Professor no Centro Universitário UNA; Procurador da Fazenda Nacional

Bruno Torquato de Oliveira Naves

Doutor e Mestre em Direito pela PUC Minas; Professor do Mestrado em “Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável” da Escola Superior Dom Helder Câmara; Professor de Direito na PUC Minas; Pesquisador do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito

Resumo: O presente trabalho demonstra a aplicabilidade do “Duty to Mitigate the Loss” nas demandas que tenham por objeto a perquirição da responsabilidade civil ambiental promovida de forma individualizada (dano individual ambiental ou dano reflexo). O texto apresenta a tese de que se uma pessoa poderia ter evitado ou atenuado um dano ambiental sofrido por ela, mas, optou, voluntariamente, em se omitir, deverá ter seu crédito mitigado. Tal consequência liga-se diretamente à concepção contemporânea da Ciência do Direito que pretende reestabelecer o conteúdo ético do Direito. A boa-fé objetiva, como princípio jurídico, é capaz não só de subsidiar a fundamentação da tese do “Duty to Mitigate the Loss”, ao estabelecer um padrão social de comportamento, mas também de revigorar esse fundamento ético do Direito.

Palavras-Chave: Dever de mitigar a perda; Dano ambiental; Ética; Responsabilidade civil.

Abstract: The aim of this paper is to demonstrate the applicability of the Duty to Mitigate the Loss on the demands that search the liability at an single way (Single or Reflex Environmental damage). Thereby, the purpose of this text presents the hypothesis that a person could have avoided or mitigated an environmental damage suffered by him, but, voluntarily, he chose a default behavior, as a consequence he must have his credit mitigated. This result is directly linked to the contemporary perspective of Jurisprudence which aims to restore the ethical content of Law. The good faith, as a legal principle, is able not only to subsidize confirm the thesis of the "Duty to Mitigate the Loss", to establish a pattern of social behavior, but also to reinvigorate this ethical foundation of law.

Keywords: Duty to Mitigate de Loss; Environmental damage; Ethics; Liability.

1. INTRODUÇÃO

Todos que estudam o Direito Ambiental têm, por óbvio e justificadamente, uma preocupação significativa na busca dos responsáveis pela deterioração ambiental, para, com razão, imputar àqueles que causaram o dano uma justa responsabilidade, e por consequência, exigir que o meio ambiente retorne ao estado anterior.

Os princípios da precaução e prevenção, importantíssimos em várias searas do Direito Ambiental, possuem o papel de conscientizar e induzir os potencialmente degradadores a evitar o dano ao meio ambiente que é, inexoravelmente, muito mais importante que a condenação na reparação do prejuízo sofrido, pois esta nem sempre será, faticamente, possível.

Sabemos, todavia, que hodierna e odiosamente, os danos ambientais são presentes na nossa sociedade e, assim, a imputação de responsabilidade ao degradador é necessária, não somente com a intenção da tentativa de recuperar o dano, mas também para puni-lo (mormente da esfera penal) e para que tenha um caráter inibitório em relação a outros degradadores.

Esse estudo subsume-se acerca da responsabilidade civil do degradador, não abarcando, portanto, a responsabilidade penal e administrativa.

A questão fulcral que trazemos refere-se ao estudo do comportamento da vítima do dano ambiental, vale dizer, não estamos a tratar do dano ambiental comum, aquele que o

prejuízo é suportado por pessoas não identificadas, mas, sim, o dano ambiental em que a vítima é personificada individualmente e facilmente identificada.

Ressalte-se que o aqui expendido não é aplicável ao dano ao meio ambiente mais comum, isto é, aquele de natureza difusa, em que não se sabe ao certo as pessoas que sofreram ou sofrerão com a deterioração, tipicamente tutelado pelas ações coletivas (ação civil pública, ação popular etc.).

O “Duty to Mitigate the Loss”, há muito estudado pelo Direito Civil, consiste, em breves palavras, no dever de se mitigar o dano sofrido pela vítima (futuro credor), uma vez que esta, de alguma forma, não evitou ou atenuou o resultado danoso, mesmo podendo fazê-lo, agindo, portanto sem boa-fé.

No Direito Ambiental, entendemos que tal análise deve ser feita, naturalmente, com cautela, pois, como sabemos, os danos são comumente maiores.

Por outro lado, com a agradável observação que o meio ambiente vem sendo cada vez mais objeto de atenção jurídica em todo o mundo, o estudo “Duty to Mitigate the Loss” justifica-se, sobretudo, quando o dano é exclusivo de uma pessoa física que, lamentavelmente, distanciando-se de um comportamento ético, poderia, mas optou por não atenuar ou evitar o dano.

2. “DUTY TO MITIGATE THE LOSS”

2.1. Ética e Direito nas Relações Privadas

Miguel Reale sustentava que três princípios sustentam as relações humanas frente o Direito, quais sejam: a operabilidade, socialidade e a eticidade. Esses princípios proporcionam que o tráfego das relações jurídicas ocorram com observância a conceitos jusfilosóficos, próprios da Ética, como o bem estar da sociedade como um todo, a diversificação das realidades humanas em um país continental e, sobretudo, a boa-fé.

Por operabilidade, entende-se como a necessidade do magistrado estar atento às enormes diferenças existentes nas relações, graças à complexidade do ser humano e da sociedade em que se insere. Para tanto, demonstra a importância das denominadas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que são normas abertas, mais flexíveis e que exigem do aplicador, mormente o magistrado, esforço exegético, para compreensão do fato à luz da norma e, conseqüentemente, proporcionar solução mais adequada ao caso concreto, homenageando, assim, suas particularidades.

O princípio da socialidade, de maneira simples, pode ser explicado como a distanciação e crítica do pensamento egoístico das relações privadas, demonstrando que o ser humano insere-se em sociedade e, portanto, seu comportamento, ainda que em uma relação particular, tem repercussão no grupo social que o cerca. Logo, caso sua conduta seja prejudicial a este, a autonomia privada, pode ser restringida.

A eticidade, objeto central no presente estudo, tem por mote a boa-fé, como preceito jurídico fundamental nas relações jurídicas, que, insofismavelmente, devem ser estruturadas em conformidade com padrões de comportamento de lealdade e transparência, afastando a tutela daqueles que, embora eventualmente ajam ontologicamente em restrita observância ao Direito, distanciam-se do padrão social de conduta ou, até mesmo, possuem a intenção de prejudicar outrem.

Quanto à operabilidade, Reale afirma em seu artigo denominado “Visão Geral do Projeto de Código Civil”:

[...] toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina. O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado... Isto posto, o princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino "estrutura hermenêutica". (REALE, 2013)

A preocupação com a socialidade ou o “sentido social” da norma é exposta por Reale como um dos objetivos na elaboração do atual Código Civil, distanciando-se do individualismo característico do primeiro Código. Estamos de pleno acordo com Reale em afirmar que a pessoa humana deve ser o centro de toda regulação normativa. (REALE, 2013)

Por fim, Reale explica que o “rigorismo formal” típico das codificações oitocentistas e das teorias positivistas colocam em segundo plano a justiça e a boa-fé.

Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como "abecennragens jurídicas", entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas, sem apelo a princípios considerados metajurídicos. Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à "concreção jurídica", conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa... Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores. (REALE, 2013)

Independente da concepção de princípios adotada pela Ciência do Direito – se mais axiológica ou deontológica – certo é que a busca por uma fundamentação ética do Direito tem sido o caminho a se trilhar. O Positivismo Jurídico puro acabou expor suas próprias mazelas e por distanciar-se da justiça; agora, tentamos reatar os laços entre Ética e Direito.

2.2. A Boa-fé nas Relações Sociais e a Contradição Consigo Mesmo: A Filosofia Pura na Construção do “Duty to Mitigate the Loss”

A boa-fé, sem dúvida, é elemento essencial nas relações sociais pautadas na probidade, retidão e honestidade com seu semelhante, em que a consciência do indivíduo e a regulação social sobrelevam-se.

Segundo Immanuel Kant (2004), o conteúdo moral da boa-fé perpassa pela verdade e pela não contradição consigo mesmo, na medida em que o imperativo hipotético (não categórico) exige do indivíduo um comportamento coerente.

Por outro lado, Kant sustenta que a Ética não é um preceito universal, na medida em que é algo psíquico, vale dizer, interno à condição humana, portanto para a filosofia kantiana só é admissível a denominada boa-fé subjetiva. Todavia, a Moral, por sua vez é um elemento universal o que a faz estar intimamente ligada à boa-fé objetiva. (HARA, 2011)

Conclui-se, dessa breve anotação kantiana, que a proibição de um comportamento que se contradiz ao aspecto interno honesto, isto é, se o agir é dissociado do pensamento probo, a boa-fé afasta-se do indivíduo.

Exemplificando, se eu tenho como valor a preservação ambiental, não posso agir, v.g., desperdiçando água em um longo banho com escopo relaxante, sob pena de estar configurada a má-fé. Ou ainda, não posso educar um filho ensinando-o a respeitar o patrimônio alheio se sou capaz de furtar um chocolate em uma loja para presenteá-lo.

Fichte, bem ensina onde queremos chegar:

O homem deve continuamente estar de acordo consigo mesmo; jamais deve contradizer-se. A saber, o Eu puro nunca pode estar em contradição consigo mesmo, pois não há nele diferença alguma, mas é sempre um e o mesmo. O Eu empírico, porém, determinado e determinável pelas coisas exteriores, pode contradizer-se – e sempre que se contradiz é um sinal seguro de que ele não é determinado segundo a forma do Eu puro, por si mesmo, mas mediante as coisas exteriores. E não deve ser assim; pois o homem é o seu próprio fim; deve determinar-se a si mesmo e nunca se deixar determinar por algo estranho; deve ser o que é, porque o quer ser e o deve querer ser. O Eu empírico deve dispor-se de modo como eternamente poderia estar disposto. (FICHTE, 1999, p. 25)

Hegel, corroborando, enfatiza que se uma pessoa proba age em desconformidade com o seu pensar, assume as consequências da sua atitude e, portanto, a sanção jurídica é lúdima, na medida em que ele próprio reconheceu como devido, honrado, pois, na sua condição se ser racional. (RADBRUCH, 2013, p. 29)

Portanto, deve ser afastado qualquer comportamento contraditório entre o querer e o fazer, pois, se um homem agir sob tal preceito, eticamente atuará em má-fé.

O Direito Civil coloca o comportamento contraditório – *venire contra factum proprium* – dentre as vedações ínsitas à boa-fé objetiva, isto é, àquele padrão de agir socialmente recomendado.

2.3. “Duty to Mitigate the Loss” (Dever de Mitigar o Prejuízo)

A partir do estudo filosófico narrado nos itens anteriores, construiu-se uma teoria que determina que uma vítima de determinado dano arcaria com uma sanção, qual seja: a redução da reparação do prejuízo que sofreu.

Justifica-se a não reparação integral da vítima individualizada (repita-se que esta teoria não se aplica ao dano difuso) pela ausência de comportamento da vítima que poderia evitar ou atenuar o dano que sofreu.

Afinal, a boa-fé além de ser um conceito jusfilosófico foi encampado pelo ordenamento jurídico, como nos artigos 113 e 422 do Código Civil, que dispõem que os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e que os contratantes são obrigados a avançar conforme a probidade e boa-fé.

Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal, na primeira Jornada de Direito Civil, emitiu os Enunciados 25, 26 e 27¹, em que estabelece que é dever do magistrado exercer o papel de hermeneuta, perquirindo se as partes atuam segundo o padrão ético recomendado para aquele negócio.

Nesse diapasão surge a Teoria do “Duty to Mitigate the Loss”, ou seja, a mitigação do prejuízo da vítima (futuro credor).

¹ Enunciado 25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Enunciado 26 - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Enunciado 27 - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

Com efeito, se o credor de uma obrigação poderia ter agido para evitar o agravamento da situação do devedor ou até mesmo a inexistência da obrigação do “solvens”, mas, por ausência de boa-fé, optou por suportar o prejuízo na expectativa de seu ressarcimento (ou uma indenização maior), deverá ser sancionado por ausência de probidade.

Nesse sentido o Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

A origem do instituto reside no Direito Contratual, a partir do artigo 77 da Convenção de Viena de 1980, que estabeleceu:

A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.

Vários exemplos demonstram a importante aplicabilidade do tema na seara contratual, a saber:

a) Uma empresa adquiriu uma máquina que apresentou má operabilidade, todavia, em vez de procurar rapidamente o conserto, permitiu que o equipamento parasse de funcionar para exigir uma indenização; (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 5ª Câm. Cív., AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009, DJ 27.05.2009)

b) Alguns arrendatários de terras pactuaram que deveriam os arrendantes por ocasião da assinatura do contrato providenciar o corte de árvores. Todavia, os arrendantes permaneceram inertes com seu dever e, por outro lado, os arrendatários continuaram na posse do imóvel sem, contudo, provocar o corte das árvores por parte daqueles. Com isso, não puderam invocar a exceção do contrato não cumprido para evitar a mora; (BRASIL, STJ, Recurso Especial n. 758.518 - PR (2005/0096775-4), Rel. Min. Vasco Della Giustina)

c) Um locador que se aproveita de uma cláusula penal que lhe favorece, retarda o ajuizamento da ação de despejo contra o locatário inadimplente auferindo enriquecimento sem causa;

d) Uma empresa produtora de semente de uvas, mesmo ciente que o produto que havia adquirido para evitar o ressecamento das cepas era, em verdade, prejudicial, continuou a utilizá-la na certeza de uma vindoura indenização; (ALEMANHA, Bundesgerichtshof, Clout case 318, in A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS830; Number: VIIIZR 121/98)

e) Uma instituição financeira de crédito que opta por não notificar o devedor inadimplente para auferir lucro em razão de juros acima dos praticados no mercado;

f) Vários outros casos concretos foram julgados no Brasil, como, por exemplo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul² e no Tribunal de Justiça de São Paulo³, conforme citado por Daniel Pires Novais Dias (2012).

Não obstante ter sido no Direito Contratual a origem do “Duty to Mitigate the Loss”, existe também enorme importância na seara da Responsabilidade Civil.

O Código Civil, em sua literalidade, cuidou da definição de ato ilícito nos artigos 186 e 187. No primeiro dispositivo, prescreveu que os elementos dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) são requisitos para a constatação de uma ação ou omissão ilícita e, uma vez suportado um dano por outrem, aquele deverá repará-lo. O artigo 187, dispondo sobre o abuso de direito, estipulou que se uma pessoa, embora exercendo um direito, atua em desconformidade com a boa-fé, bons costumes ou sem finalidade econômica/social, também age ilicitamente.⁴

Concluindo a análise do texto legal, diante da constatação da ocorrência de uma ação ou omissão dolosa ou culposa, quer pela definição clássica quer pelo abuso de direito, aquele que perpetrar deverá reparar o prejuízo sofrido por outrem, nos termos do artigo 927⁵.

Exemplo didático pode ser encontrado em uma situação em que dois carros se chocam no trânsito. O condutor do veículo inocente observando uma pequena chama e podendo perfeitamente apagá-la com seu extintor, opta por deixar o fogo alastrar-se intencionando receber uma indenização equivalente a um carro novo. Propõe-se, nessa

² 12ª Câmara. Civ., AC 7002.813.8113, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 29.01.2009; 5ª Câmara. Civ., AC 70025267683, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 18.02.2009; 5ª Câmara. Civ., AC 70025609579, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 20.05.2009; 6ª Câmara. Civ., AC 70028036465, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 09.04.2009; 19ª Câmara. Civ., AC 70019328889, Des. Rel. José Francisco Pellegrini, j. 13.05.2009; 9ª Câmara. Civ., AC 70022586994, Des. Rel. Guinther Spode, j. 01.04.2008; 6ª Câmara. Civ., AC 70029093150, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 17.09.2009; 6ª Câmara. Civ., AC 70029906492, Rel. Des. Liège Puricelli Pires, j. 27.08.2009; 10ª Grupo Cível, EI 70024988883, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 22.08.2008; 18ª Câmara. Civ., AC 70029284296, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 25.06.2009.

³ 34ª Câmara. de Dir. Priv., AC com revisão 1036109-0/8, Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery, j. 27.06.2007, r. 06.07.2007; 31ª Câmara. Civ. AI 1288546- 0/2, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 25.08.2009; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 1029972-4, Rel. Des. Candido Alem, j. 05.09.2006; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 1.293.652-8, Rel. Des. Windor Santos, j. 19.02.2008; 23ª Câmara. de Dir. Priv., AC 7.233.601-9, Rel. Des. J. B. Franco de Godoy, j. 29.04.2009; 18ª Câmara. de Dir. Priv., AC 7.321.841-4, Rel. Des. Rubens Cury, j. 10.03.2009; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 7199559-0, Rel. Des. Candido Alem, j. 17.06.2009; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 0891290-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 19.05.2009; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 096785IT, Rel. Des. Candido Alem, j. 02.06.2009; 31ª Câmara. de Dir. Priv., AC com revisão 1242899- 0/5, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 16.06.2009; 35ª Câmara. de Dir. Priv., AC com revisão 1196110- 0/1, Rel. Des. Clovis Castelo, j. 16.03.2009; 11ª Câmara. de Dir. Priv., AC 7355554-1, Rel. Des. Rangel Desinano, j. 18.06.2009; 16ª Câmara. de Dir. Priv., AC 1.170.013-1, Rel. Des. Candido Alem, j. 03.07.2007; 31ª Câmara. de Dir. Priv., AC com revisão 978450- 0/0, Rel. Des. Willian Campos, j. 19.12.2006; 31ª Câmara. de Dir. Priv., AR 992.09.04 9036-2, j. 01.12.2009.

⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

situação, que a vítima que deixou de atuar para minimizar o dano receba, tão somente, o valor que equivalha ao dano efetivamente provocado inicialmente.

Sabemos que em uma ação de indenização por responsabilidade aquiliana, incumbirá ao autor, em regra, o ônus da prova do fato constitutivo do direito, que corresponderá à demonstração de que o réu cometeu um ato ilícito, que o autor suportou um dano e que este é consequência daquele, o que se denomina nexo causal.

Para que se possa aplicar o “Duty” é necessário que o juiz verifique que a vítima, autora da ação indenizatória, tenha agido com dolo ou culpa na medida em que vislumbrou que sua omissão acarretaria um ganho para ela, vantagem essa que, se tivesse agido com boa-fé, seria evitada.

Figura-se na narrativa do parágrafo anterior o que os civilistas denominam de culpa concorrente da vítima, acarretando a repartição dos danos apurados. Vale dizer, se autor e réu foram culpados pela causação do resultado, ambos devem arcar com as consequências indenizatórias. Este preceito foi adotado no Direito Civil conforme disposto no artigo 945 do Código Civil⁶.

Conforme Dias (2012), Grécia, Itália, Alemanha, Suíça e Portugal são países que legislaram no sentido exposto no parágrafo anterior:

Código Civil alemão: “§ 254 (Participação na culpa). Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado. Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que *negligenciou ele de afastar ou de minorar o dano* (grifo nosso) [...]” (DINIZ, Souza, op. cit., p. 57.)

Código Civil grego: “Art. 300. Se aquele que sofreu o dano, contribuiu culposamente para a sua produção ou para sua extensão, o tribunal pode não conceder a indenização ou diminuí-la. O mesmo acontece quando quem sofreu o dano *omitiu-se em impedi-lo ou em limitar a sua extensão* (grifo nosso), ou se não tiver chamado a atenção do devedor sobre o perigo de um dano extraordinariamente elevado que o devedor não conhecia nem deveria conhecer. [...]”. (tradução nossa) (ALCOZ, María Medina. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 157.)

Código Civil italiano: Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor. Se o fato culposo do credor houver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa e a magnitude das consequências que lhe são derivadas. *O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária* (grifo nosso). (tradução nossa)

Código Federal Suíço das Obrigações: “Art. 44 (IV. Motivos de redução) (1) Se o lesado concordou com o ato danoso, ou se as circunstâncias, pelas quais deve ele responder, atuaram para *criar ou aumentar o dano ou agravaram* (grifo nosso), de

⁶ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

outro modo, a situação do obrigado à indenização, poderá o juiz minorar a obrigação de indenização ou, inteiramente, não a reconhecer.” (DINIZ, Souza. *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1961, p. 164).

Código Civil português: Artigo 570º (Culpa do lesado) 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a *produção ou agravamento dos danos* (grifos nossos), cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

Vários doutrinadores – como Cavalieri Filho (2009) e Brandão Proença (1997) – optam por dispensar a aplicabilidade do “Duty” aduzindo que a culpa concorrente da vítima é suficiente para que se mitigue a obrigação da reparação integral⁷. Todavia, não concordamos.

Constata-se na leitura do artigo 945 e da doutrina, que para a configuração de culpa concorrente é necessário que a vítima tenha agido em desconformidade com o direito em sua conduta, ressalte-se, a própria ação ou omissão do autor da ação de indenização provocou o resultado danoso suportado por ela, mas a mesma foi culpada, pois agiu ilicitamente.

Exemplifica-se como uma situação rotineira em que um motociclista sem capacete (ato ilícito) é vítima de um motorista que muda de faixa sem dar seta (também um ato ilícito), vindo a sofrer uma lesão no tórax e na cabeça. Fica sobejamente comprovado que a lesão no crânio teria sido, inexoravelmente, evitada caso o motociclista cumprisse a norma que determina o uso da proteção cranial. Realmente, nesse caso, havia dupla ilicitude (réu e autor) e, portanto, culpa concorrente.

Sustentamos, porém, que a culpa concorrente não substitui o “Duty to Mitigate the loss”.

Os fundamentos de nossa assertiva são, mormente: os deveres anexos de uma relação jurídica e a vedação do abuso de direito, que não são intrínsecos à culpa concorrente.

Resumidamente, o dever de cooperação ou solidariedade (um dos denominados deveres anexos) bem fundamenta a obrigação genérica de todos que atuam com boa-fé devem ter para evitar um evento danoso. Karl Larenz explica:

El deber de hacer todo lo exigible y posible para eludir el daño que amenaza (o la agravación del ya producido) y de disminuirlo cuando ya haya tenido lugar, es un deber de conducta que obliga al perjudicado frente al obligado a indemnizar y que, por otra parte, ha de fundarse en la ‘buena fe’ y estar delimitado por ésta. (1959, p. 223)

⁷ Como sustenta Pothier (2001) quando narra o caso de um comprador de vaca doente que contamina todo o rebanho e, por consequência, em razão da ausência de bois para puxar o arado, o vendedor deverá indenizar a vaca e o rebanho, mas não os lucros não advindos pela ausência da produção agrícola, pois estes não são consequências diretas da vaca doente.

O abuso de direito, já explicado acima quando tratamos da lei civil, dispõe que se uma pessoa é titular de um direito e, portanto pode exercê-lo nada estará ocorrendo de ilícito. Todavia, se o exercício do direito não for propulsionado pelo interesse econômico, social, bem como, não se coadunar com comportamentos costumeiramente aceitos como positivos ou for animado pela má-fé, a ilicitude se concretizará.⁸

Com efeito, o Direito não nos impõe, em hermenêutica restritiva, que atuemos para minimizar um prejuízo causado por outrem. Todavia, se a omissão for fundada na malícia de obter vantagem indevida, estar-se-ia verificada a má-fé, um péssimo costume que é inadmissível entre pessoas leais, restando, pois, enquadrá-lo como um abuso inadmitido juridicamente.

O “venire contra factum proprium”, ou seja, a proibição do comportamento contraditório, comumente estudado em conjunto com o abuso de direito, reforça a tese expendida. Afinal, se uma pessoa é vítima, significa dizer que ela não desejava suportar o dano, bem como, não foi em hipótese alguma sua causadora (quer por ação ou omissão). No “Duty” é justamente isso que não se vislumbra, pois a pessoa que sofreu o dano poderia ter evitado ou ao menos atenuá-lo.

2.4. “Duty to Mitigate the Loss of the Environmental Damage” (Dever de Mitigar o Prejuízo no Dano Ambiental)

Passemos, pois, a tratar da questão fulcral desse estudo, ou seja, a aplicabilidade do “Duty to Mitigate the Loss” na responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.

Com efeito, a responsabilidade civil ambiental possui nuances próprias que a diferenciam da responsabilidade civil comum.

A primeira e mais notável é sua objetivação, ou seja, não se discute a imputação de culpa quando se constata o dano. Vale dizer, para que uma pessoa seja condenada a indenizar por ter causado um dano ao meio ambiente não se faz necessário que ela tenha agido com negligência, imprudência, imperícia ou tampouco voluntariamente, basta, portanto, que demonstre a sua ação ou omissão, o nexo causal e a deterioração ambiental. Nesse sentido o artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei n. 6.938/81 que dispõe:

⁸ Nesse sentido o Enunciado nº 37 do CJF: “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Ademais, o dano ambiental é, essencialmente, difuso, ou seja, não existe um titular identificado, pois, obviamente, todos que de alguma forma sofrem com um meio ambiente prejudicado são vítimas e, portanto, podem pleitear a recuperação. Nesse sentido, Benjamin afirma que:

[...] o dano ambiental, via de regra, é de natureza difusa, atingindo toda uma coletividade de pessoas [...] o regime jurídico da responsabilidade civil aquiliana exigia a prova da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do poluidor, para, só então, aplicar o princípio do poluidor-pagador. Apenas o dano culposamente causado era passível de indenização. (1993, p. 234)

Todavia, nesse trabalho vamos afastar a natureza difusa e iremos atentar tão somente ao dano ambiental individual (“não-difuso”), embora raro.

Assim, ainda que a perquirição de culpa daquele causou o dano ambiental seja despicienda, vamos estudar o comportamento da vítima.

Ressalte-se, portanto, que o elemento subjetivo se fará presente neste estudo, não para avaliarmos a psique do autor do dano, mas sim da vítima. Importante, portanto, entendermos bem o que seja culpa. Registre-se Kelsen:

O momento a que chamamos “culpa” é uma parte integrante específica do ato ilícito: consiste numa determinada relação positiva entre o comportamento (atitude) íntimo, anímico, do delinqüente e o evento produzido ou não impedido através da sua conduta externa; consiste na sua previsão ou na sua intenção, àquele evento dirigida. (1999, p. 134)

A tese que ora sustentamos, como já dito algumas vezes nesse texto, só é aplicável ao dano ambiental onde a vítima é (são) pessoa(s) identificada(s), pois nessa hipótese, pouco comum, ainda que não seja necessário a demonstração de culpa ou dolo do infrator para que alguém seja responsabilizado pelo dano e, portanto, deva reparar o prejuízo que causou, pensamos que devemos analisar o comportamento subjetivo da vítima.

Assim, quando uma pessoa mover uma ação de indenização contra um provocador de dano ambiental sofrido especificadamente pelo demandante, não se pesquisará se houve culpa do ofensor, mas, como iremos demonstrar, poderá, em homenagem ao “Duty to Mitigate the Loss” ocorrer a mitigação do prejuízo graças a um comportamento da vítima.

Imaginemos, pois, uma situação hipotética: determinado fazendeiro, plantador de eucalipto, percebe um incêndio provocado por seu vizinho vindo na direção de sua plantação, onde um riacho também se situa. Em vez de combater o incêndio iminente, opta por nada fazer, pois, sabendo que sua cultura padece de doença provocada por formigas, prefere suportar a perda total dos pés de eucalipto, bem como, danos ao pequeno riacho que ali se situa, para, futuramente, alegar um enorme dano ambiental consistente em danos emergentes, lucros cessantes, ressecamento do riacho, erosão, dentre outras questões ambientais para fazer jus a uma indenização vultosa a ser paga pelo rico (e infrator) vizinho.

Ora, se todos somos responsáveis pela preservação ambiental nos termos do artigo 225 da Constituição Federal⁹ e se a boa-fé é, inexoravelmente, elemento da ética, como admitir que a vítima narrada no parágrafo anterior se enriqueça em detrimento do meio ambiente que se insere, bem como as futuras gerações?

Nesse diapasão surge a tese que sustenta que a vítima não receberá o mesmo valor se tivesse agido para evitar ou minimizar o dano sofrido, o que a doutrina convencionou em chamar de “Duty to Mitigate the Loss”.

Se no que tange aos bens patrimoniais individuais essa teoria já possui significativa aceitação dentro do Direito Civil, com muito mais razão o comportamento da vítima deve ser analisado no Direito Ambiental, pois essa, sobretudo, deverá envidar todos os esforços para que o resultado danoso ambiental não ocorra, pois o interesse ainda que também seja individualizado, muito provavelmente prejudicará outras pessoas (danos transindividuais).

Outro exemplo hipotético que podemos explicitar: suponhamos que um grupo de pescadores teve ciência que determinada indústria estava despejando resíduos poluentes em uma lagoa onde exerciam, profissionalmente, a sua atividade pesqueira. Observaram que aqueles resíduos provocariam em médio prazo a exterminação completa dos peixes, provocando, assim, um impedimento no exercício da sua única fonte de renda. Desta forma, se reuniram na sede da Associação dos Pescadores e, de comum acordo, optaram por nada fazer, com a manifesta intenção de, uma vez constatado o extermínio das espécies e a impossibilidade da pesca, exigir da indústria uma vultosa indenização, bem como, uma pensão perpétua por terem sido impedidos de exercer a sua profissão pesqueira.

Ora, mais uma vez constatamos a patente má-fé por parte das vítimas (pescadores) que, certamente, deverá ser levada em conta por ocasião da fixação do “quantum debeatur”.

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Embora o caso acima seja hipotético, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento 656320, já julgou situação fática semelhante, assim ementando¹⁰:

É que, conforme demonstrado, os autores, à época dos fatos, exerciam a função de pescador, trabalho esse que era a base de suas economias domésticas e, como corolário lógico, uma das bases de sua estrutura familiar. Assim, sem a possibilidade dos autores retirarem o sustento de sua família de seu trabalho, já que simplesmente não podiam trabalhar, a frustração, o desamparo e a sensação de impotência são sentimentos que nascem do dano ambiental gerados pelos réus. A questão se aquilata ao observarmos que o Rio Pomba era mais que um local de trabalho para os autores, mas também era um local de lazer da comunidade, situação essa que gera em todos, um sentimento de profunda tristeza e dor d'alma. Nesse sentido, não deve prevalecer a alegação dos réus de que uma eventual condenação aqui poderia inviabilizar o cumprimento do TAC que teriam pactuado com o Ministério Público. É que, aberraria ao bom senso acreditar que uma obrigação assumida por um dos réus ilidiria toda sua responsabilidade, bem como a responsabilidade dos outros réus que causaram os danos ao meio ambiente, responsabilidade essa que vale sublinhar, é de cunho objetiva.

Um terceiro exemplo hipotético poderia ocorrer no tocante à poluição sonora, onde um determinado morador, apreciador de “rock and roll” em alto volume, tem como vizinho uma casa de shows especializada nesse estilo musical. Durante anos o morador nunca se incomodou com a poluição sonora e, mesmo ciente que sua audição seria prejudicada com o passar do tempo, optou por permanecer inerte. Constatado anos depois a redução da capacidade auditiva, utiliza-se da responsabilidade civil ambiental para ter êxito na demanda indenizatória.

¹⁰ Na primeira instância (Juizado Especial do Rio de Janeiro) a decisão teve a seguinte ementa: "Indenização - Derramamento de óleo cru na Baía de Guanabara - Desastre ecológico-ambiental que atinge ilha em que moram os autores - (...) - Danos causados que não são totalmente reparados nem contidos pelas medidas técnicas adotadas pela ré, vez que estas estancam os efeitos nocivos do impacto ambiental na forma de ações emergenciais, mas não têm o condão de eliminar todas as consequências ambientais e sócio-econômicas danosas decorrentes do fato a nível futuro. Responsabilidade civil - Empresa-ré que é fornecedora de serviço na forma do art. 3º Codecon - Autor que se enquadra na qualificação de consumidor por equiparação (vítima do evento) Art. 17 Codecon - Princípio da dimensão coletiva das relações de consumo a ser considerado no caso - Dever de reparação pelos danos causados - Arts. 12 caput §1º c.c 6º VI Lei 8078/90 - Empresa-ré que na esfera administrativa se compromete a pagar aos autores R\$ 500,00 mensais ao longo de dez meses a título de indenização por danos materiais, e que efetua tão somente o primeiro pagamento decidindo unilateralmente cancelar os restantes - Autor que ajuíza ação em sede de JEC pleiteando o pagamento pela ré das nove parcelas pendentes e indenização por dano moral em face da conduta desrespeitosa da empresa - Ré que em peças defensivas enumera e exemplifica medidas técnico-administrativas e sociais implementadas logo após o evento danoso para minimização de suas consequências, mas que não comprova o controle e a erradicação dos males e prejuízos oriundos do mesmo - Danos materiais existentes e inclusive estimados pela própria empresa-ré - Danos morais ocorrentes em face da falta ao dever de cuidado e cooperação com os interesses do cidadão e da insegurança a ele imposta bem como a todo o meio ambiente. Preliminares arguidas pela ré em peça contestatória acertada e fundamentadamente rechaçadas pelo Juízo *a quo* - Sentença de procedência total do pedido que condena a ré a pagar aos autores R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) a título de indenização por danos materiais e ainda R\$ 1.540,00 (Hum mil quinhentos e quarenta reais) por danos morais, que se confirma. (Proc.: 2001.700.001245-8; Juíza Relatora: Cristina Tereza Gaulia)

Um quarto exemplo, tirado da doutrina de Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati (2007, p. 285) pode ter origem na queimada de palha de cana-de-açúcar, que causa dano aos brônquios de quem se expôs à poluição. Deveria, em sã consciência, o prejudicado buscar com rapidez a interrupção da atividade do agente poluidor e, se não o fez, seu crédito vindouro deve ser mitigado.

É claro, que tudo o que foi hipoteticamente construído não será aplicado nas ações indenizatórias movidas em prol do interesse difuso, mormente pelo Ministério Público, uma vez que os valores aí auferidos não serão dirigidos diretamente a pessoas determinadas.

Nesse diapasão é importante ressaltar que o dano ambiental subsume-se a qualquer lesão causada pela ação humana ao meio ambiente classificado como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante e, indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que se refletem no denominado microbem¹¹. (LEITE, 2003, p. 108)

Outrossim, também é importante ressaltar que nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, a ação coletiva, v.g., ação civil pública, não gerará litispendência com a ação individual movida pelo prejudicado individualizado, ainda que com origem no mesmo ambiental.

É claro, conforme já asseverado, não pretendemos nesse trabalho sustentar a aplicabilidade do “Duty to Mitigate the Loss” nas ações coletivas, razão pela qual devem ser discernidas as situações processuais narradas.

Nesse sentido esclarece José Rubens Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati que também é relevante o “dano individual ambiental ou reflexo, que ocorre quando a agressão a um elemento do meio ambiente resvala no indivíduo, lesando os seus interesses próprios, relativos ao microbem ambiental.”. (2007, p. 272)

Os autores completam sua exposição explicando que a reparabilidade e o interesse envolvido quando se constata o dano ambiental pode ser próprio individual (que nos interessou nesse trabalho) ou de reparabilidade indireta, quando diz respeito a interesses difusos e coletivos. (LEITE; PILATI, 2007)¹²

¹¹. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P.108.

¹² Observa-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a existência de dois sistemas processuais paralelos: um para regular os conflitos individuais, formado pelo Código de Processo Civil e pela legislação extravagante individual; outro para tutelar os interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), integrado pelas disposições da Lei da Ação Civil Pública, do Título III e demais disposições processuais do CDC. Vide: PILATI, Luciana Cardoso. O sistema processual supraindividual e a responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente: ação civil pública e código de defesa do consumidor. *In*: BENJAMIN,

3. CONCLUSÃO

A boa-fé é elemento comum a toda e qualquer relação jurídica juridicamente admitida.

Se a vítima de um dano poderia ter evitado ou atenuado o prejuízo ambiental que sofreu, todavia faltou com a boa-fé e se omitiu ou retardou a ação, deve ter seu crédito reduzido.

Nas demandas que tenham por objeto a responsabilização pelo dano ao microbem ambiental, assim entendido como aquele afrontado em razão de um interesse individual afligido (dano reflexo), a Teoria do “Duty to Mitigate the Loss” tem perfeita aplicabilidade.

Não obstante, reforça essa tese o fato inexorável de que o bem ambiental tem natureza transindividual e, portanto, todos temos o dever de preservá-lo para as atuais e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman. **O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Servanda, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 fev. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Daniel Pires Novais Dias. O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS** (Revista Eletrônica), Salvador, n. 139, jan. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 12/02/2013.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Lições sobre a vocação do sábio e reivindicação da liberdade de pensamento**. Lisboa: Edições 70, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito ambiental**. 11. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

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, jul./set. 2004.

HARA, Livia Ofugi. **A natureza jurídica da boa-fé**. 2011. 54f. Monografia (Conclusão do curso) - UniCeub - Centro Universitário de Brasília, Direito, Brasília. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1279/1/20657675.pdf>>. Acesso em: 11/02/2013.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. 1.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. Evolução da responsabilidade civil ambiental: 25 anos da Lei n. 6.938/81. In: ROCHA, João Carlos Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). **Política Nacional do Meio Ambiente**: 25 anos da Lei 6.938/81. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 259-346.

MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, F. C. Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, t. 22.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 1997.

RADBRUCH, Gustav. **O homem no direito**. Tradução de Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: <http://www.valorjustica.com.br/radbruch_homem.htm>. Acesso em: 05/03/2013.

REALE, Miguel. **Visão geral do Projeto de Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 11/02/2013.

STEIGLEDER, Annelise. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.