

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Marcos Leonardo Rocha Filho

**ANÁLISE FUNCIONAL APLICADA DO DEVER DE MITIGAR OS DANOS,
NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL, NA
PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO:**

por uma metodologia extensível

Belo Horizonte

2020

Marcos Leonardo Rocha Filho

**ANÁLISE FUNCIONAL APLICADA DO DEVER DE MITIGAR OS DANOS,
NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL, NA
PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO:**

por uma metodologia extensiva

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R672a Rocha Filho, Marcos Leonardo
Análise funcional aplicada do dever de mitigar os danos, no campo da responsabilidade civil extracontratual, na perspectiva tridimensional do direito: por uma metodologia extensível/ Marcos Leonardo Rocha Filho. Belo Horizonte, 2020.
101 f.

Orientador: Rodrigo Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito civil. 2. Direito - Filosofia. 3. Responsabilidade (Direito). 4. Função social. 5. Sociologia jurídica. 6. Dano (direito civil). 7. Reparação (Direito). I. Magalhães, Rodrigo Almeida. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 340.12

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Marcos Leonardo Rocha Filho

**ANÁLISE FUNCIONAL APLICADA DO DEVER DE MITIGAR OS DANOS,
NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL, NA
PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Aline França Campos (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 25 de março de 2020

*A Deus,
fonte da graça transbordante,
derramada pelo Espírito Santo,
na minha vida em Cristo Jesus.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu erudito orientador, Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães,
pelo apoio, incentivo, dedicação e compreensão,
desde do início deste ciclo acadêmico;

A meus pais,
pela oportunidade de aprender e
de compartilhar o saber;

A minha esposa Thatiana,
por apostar em mim,
e me fazer tão feliz;

A vó Leonor,
pelo exemplo de vida
e de batalhas vividas;

Por todo aquele que, de alguma forma,
contribuiu para a minha formação acadêmica e, sobretudo, humana;

E ao meu filho Marcos Neto,
manancial de força e energia,
quem também me motiva,
noite e dia

*"[...] O Direito não tem existência em si próprio.
Ele existe na sociedade.
A sua causa material está nas relações de vida,
nos acontecimentos mais importantes para a vida social." (NADER, 2014, p.56)*

RESUMO

O presente estudo tem como objeto a análise funcional aplicada do instituto jurídico do dever de mitigar os danos - também conhecido como *Duty to mitigate the loss* - no campo da responsabilidade civil extracontratual, na perspectiva da teoria tridimensional do direito. A partir de então, busca-se estabelecer uma dialética de implicação entre os elementos constitutivos da experiência jurídica: **fato, valor e norma**, mediante os quais é possível de se investigar os pressupostos teóricos delimitados, de forma interdisciplinar e integrada. Portanto, a pesquisa teórica percorre pelas seguintes disciplinas fundamentais da Teoria Geral do Direito: Sociologia Jurídica, Filosofia do Direito e Ciência Jurídica. A metodologia proposta, *a priori*, é desenvolvida por meio de uma análise teórica-estrutural do fenômeno jurídico e social. Em seguida, é desenvolvida a análise funcional aplicada, concreta e específica, no âmbito da jurisprudência, mediante a pesquisa empírica qualitativa e do estudo de caso, através do método indutivo de observação. O trabalho acadêmico desenvolvido tem como escopo o estabelecimento de uma metodologia de trabalho científico extensível a outras categorias da dogmática jurídica, bem como a outros ramos do saber. Acredita-se que, para fins de melhor compreensão do fenômeno jurídico, o pesquisador do direito deve ter uma noção da experiência jurídica nas suas três dimensões. A conclusão do trabalho é positiva e proclama pelo reconhecimento do direito não só como como legítima experiência jurídica, mas também como verdadeira experiência de vida.

Palavras-chave: Metodologia científica. Estudos Empíricos em Direito. Função Social do Direito. Fenômenos Sociais. Fenômenos Jurídicos. Responsabilidade Civil Extracontratual. Dever de Mitigar os Danos. Análise Funcional Aplicada. Estudo de casos.

ABSTRACT

The present study has as its object the functional analysis applied by the legal institute of the duty to mitigate damages - also known as Duty to mitigate the loss - in the field of non-contractual civil liability, in the perspective of the three-dimensional theory of law. From then on, an attempt is made to establish a dialectic of implication between the constitutive elements of legal experience: fact, value and norm, through which it is possible to investigate the theoretical assumptions delimited, in an interdisciplinary and integrated way. Therefore, theoretical research covers the following fundamental disciplines of General Theory of Law: Legal Sociology, Philosophy of Law and Legal Science. The proposed methodology, a priori, is developed through a theoretical-structural analysis of the legal and social phenomenon. Then, applied functional analysis is developed, concrete and specific, within the scope of jurisprudence, through qualitative empirical research and case study, through the inductive method of observation. The academic work developed aims to establish a scientific work methodology that can be extended to other categories of legal dogmatics, as well as to other branches of knowledge. It is believed that, for the purpose of better understanding the legal phenomenon, the researcher of law should have a notion of legal experience in its three dimensions. The conclusion of the work is positive and proclaims the recognition of the law not only as a legitimate legal experience, but also as a true life experience.

Keywords: Scientific methodology. Empirical Law Studies. Social Function of Law. Social Phenomena. Legal Phenomena. Non-contractual Civil Liability. Duty to Mitigate the loss. Applied Functional Analysis. Case Study.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
1. INTRODUÇÃO	11
1.1 Tema.....	11
1.2 Referencial teórico	17
1.3 Contexto espacial e temporal	19
1.4 Interdisciplinaridade necessária	21
1.5 Justificativa	23
1.6 Plano de trabalho	24
2. FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO.....	28
2.1 Prólogo	28
2.2 Fato, valor e norma	29
2.3 Ordem Cronológica de ocorrência dos elementos da pesquisa	32
2.4 Sociologia Aplicada ao Direito e a eficácia social da norma jurídica	33
2.5 Ciência do Direito e vigência da norma jurídica	38
2.6 Filosofia do Direito e os fundamentos da norma jurídica.....	38
2.7 Análise estrutural e análise funcional do direito	39
2.8 Prevenção e composição de conflitos, e promoção do bem comum.....	42
3. FENÔMENOS SOCIAIS E JURÍDICOS.....	47
3.1 Inter-relação entre fato, teoria e lei.....	47
3.2 Fatos Sociais.....	48
3.3 Aspecto histórico-cultural: A Lei de Gérson e o jeitinho brasileiro	53
3.4 Fatos jurídicos	55
3.5 Direito Subjetivo	56
3.6 Atos Ilícitos	58
3.7 Noção de experiência jurídica	60
3.8 A Jurisprudência.....	63
4. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL	65
4.1 Prólogo	65
4.2 Evolução da Teoria da Responsabilidade Civil	66
4.3 Divisão binária	69

4.4 Dever jurídico	70
4.5 Funções da Responsabilidade Civil	71
4.6 Abuso de Direito	76
5. O DEVER DE MITIGAR OS DANOS	78
6. ANÁLISE FUNCIONAL APLICADA	83
6.1 O Direito como experiência de vida	83
6.2 Metodologia: pesquisa qualitativa, método indutivo, estudo de caso	84
6.3 Estudo de caso: o comportamento da vítima após um acidente	87
7. CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS.....	98

1. INTRODUÇÃO

Navegar é preciso, viver não é preciso

*Navegadores antigos tinham uma frase gloriosa:
“Navegar é preciso; viver não é preciso”.
Quero para mim o espírito [d]esta frase,
transformada a forma para a casar como eu sou:*

*Viver não é necessário; o que é necessário é criar.
Não conto gozar a minha vida; nem em gozá-la penso.
Só quero torná-la grande,
ainda que para isso tenha de ser o meu corpo e a (minha alma) a lenha desse fogo.*

*Só quero torná-la de toda a humanidade;
ainda que para isso tenha de a perder como minha.
Cada vez mais assim penso.*

*Cada vez mais ponho da essência anímica do meu sangue
o propósito impessoal de engrandecer a pátria e contribuir
para a evolução da humanidade.
É a forma que em mim tomou o misticismo da nossa Raça. (Fernando Pessoa)*

1.1 Tema

O descortinar da Teoria Geral do Direito não faz parte do propósito do presente trabalho acadêmico...

Deveras, tal pretensão seria por demais elevada e excederia os limites do objeto deste texto dissertativo.

Entretanto, nos dizeres do poeta: ***“navegar é preciso [...]”; o que é necessário é criar!***

Assim dito, o navegar não é só preciso, como também necessário, rumo ao vasto “oceano” da Teoria Geral do Direito, em prol da produção acadêmica-científica.

Nem que seja, ao menos, para aprumar-se em seus ventos favoráveis após esta conveniente inclinação, absorvendo o conteúdo imprescindível para a boa cognição, contextualizando o tema proposto e usufruindo dos melhores instrumentos de orientação - disponibilizados pela doutrina - a bordo do navio.

Ao cabo da navegação, almeja-se pisar em terra firme, concluindo a análise do instituto jurídico anglo-saxão denominado *Duty to mitigate the loss*, ora traduzido como o dever de mitigar as perdas, ou danos, mais apropriadamente, sob o prisma da teoria funcional do direito, no campo da responsabilidade civil extracontratual.

Com todo o respeito às opiniões contrárias - tanto para o indivíduo quanto para a sociedade - o Direito não constitui um fim em si mesmo.

Qual seria, então, a função ou finalidade do Direito?

Muitos estudiosos procuraram responder esta questão mediante múltiplas respostas...Paz social, segurança coletiva, alcance da justiça, podem ser citadas, além da promoção do bem comum, essa última preferida pela sociologia jurídica, e ora adotada neste trabalho acadêmico, adianta-se logo.

Neste enfoque pode-se afirmar que a promoção do bem comum está umbilicalmente atrelada à realização da justiça material do indivíduo e da coletividade.

Em qualquer sociedade, o ordenamento jurídico tenderá a promover: "(I) repressão de comportamentos; (II) prevenção de comportamentos; (III) criação e distribuição de poderes; (IV) distribuição de bens." (FARIAS, 2019, p.67).

Obviamente, a problemática desvendável não consiste somente em responder esta questão. Mil vezes não!

Isto não teria um viés prático-jurídico, por se tratar de uma matéria muito mais pertinente à metafísica filosófica, do que ao Direito Civil, cujo instituto objeto da análise funcional nele está inserido.

Do ponto de vista etimológico, a palavra função - em latim *functio* - é derivada do verbo *fungor*, ou cumprir, significando satisfazer uma finalidade.

Utilizando-se o termo função social, pode se depreender que a doutrina pretende estabelecer uma finalidade ao direito em total sintonia com o interesse social, preservando assim também, logicamente, o interesse dos indivíduos que compõem a sociedade.

Para Durkheim (2007), considerado o pai da sociologia moderna, a sociedade é um corpo constituído por membros, os quais nada mais são do que as vontades individuais agrupadas.

Em relação à sociedade, Francisco Amaral (2006) muito bem destacou a importância de sua análise pelos operadores do Direito:

O seu estudo científico, indispensável à atividade dos profissionais de direito, deve levar em conta, porém, as condições políticas, econômicas e sociais que determinaram ou influíram no seu processo de formação histórica e cultural, assim como as funções que pode desempenhar na solução dos problemas típicos de uma sociedade em desenvolvimento, tendo presentes os valores e os princípios que lhes servem de fundamento e lhe conferem legitimidade (AMARAL, 2006, p.02)

Para fins didáticos, a função social pode ser compreendida como espécie de princípio ou valor, sendo assim considerada a sua natureza jurídica.

Quanto à acepção da palavra direito foi adotada a mais comum e frequente que o designa como um conjunto de prescrições por meio das quais se disciplina e organiza a vida em sociedade, na erudição de Francisco Amaral (2006).

Tais prescrições, logicamente, são revestidas de juridicidade possuindo caráter jurídico, o que as diferencia das demais regras de comportamento social e lhes confere a eficácia pretendida pelo Estado de Direito.

Eis, portanto, a escolha terminológica da palavra direito que mais se assemelha ao significado de norma jurídica, podendo também ser compreendida como direito objetivo, exterior ao sujeito, e positivo, posto no ordenamento jurídico.

Além de se buscar a finalidade do direito e mais propriamente a finalidade do instituto jurídico *Duty to mitigate the loss*, o objetivo primordial deste trabalho consiste em tentar contribuir de forma imediata para o desenvolvimento de uma metodologia para fins de eventual aplicação da análise funcional ora desenvolvida, a outras categorias jurídicas do Direito Privado, de modo extensível, por meio de um instrumento de trabalho útil e adequado.

Por via reflexa, se pretende estimular o raciocínio e a reflexão jurídica.

Confessa-se: a preocupação inicial do autor era a de verificar a aplicabilidade desta teoria anglo-saxã no campo da responsabilidade civil extracontratual.

Entretanto, o processo de conhecimento, por esta via acadêmica, por bem superou a problemática arguida por meio da análise teórico-doutrinária e pela jurisprudência dos tribunais.

Certo é que dúvidas não mais repousam sobre a aplicabilidade do dever de mitigar os danos na esfera da responsabilidade aquiliana também reputada como sinônimo da responsabilidade civil extracontratual.

Outra questão crucial, também levantada *a priori*, residia na busca de se conhecer os fundamentos teóricos da aplicabilidade do instituto jurídico *Duty to mitigate the loss*, a partir da observação das ocorrências fáticas no âmbito do campo de estudo.

De plano, verificou-se ser o abuso de direito a resposta mais adequada para este desafio, ora apresentado em forma de problema.

Por conseguinte, foi preciso do autor ousar um pouco mais, para ir além do destino inicialmente traçado pelo projeto de pesquisa.

O problema passou a ser de ascendência metodológica, já que a pretensão do trabalho residia no esforço de não somente conhecer a teoria funcional do direito mediante o estudo de grandes pensadores da ciência jurídica, como também em aplicar a análise dela decorrente, nas situações jurídicas observadas no setor da responsabilidade civil extracontratual.

Daí então, a superficialidade, inicialmente deparada, deu à luz uma aspiração incipiente mais elaborada, a fim de se explorar mais profundamente a temática proposta, a partir da definição do marco teórico, bem como dos elementos objeto de estudo, a saber: fato, valor e norma, não, necessariamente, nesta ordem cronológica de exposição.

Assim sendo, no decorrer do trabalho, a partir da doutrina de Norberto Bobbio (2007) alinhada a de Miguel Reale (2002), ambas tridimensionalistas, vislumbrou-se a possibilidade de estabelecer um critério metodológico para guiar o trabalho, mediante o qual o dever de mitigar os danos (*Duty to mitigate the loss*) foi considerado como instituto jurídico relacionado ao elemento formal denominado **NORMA** jurídica ou lei.

A função social ou fim social foi tida como fundamento teórico de caráter axiológico, com natureza jurídica de princípio, relacionado ao elemento denominado **VALOR**.

E a responsabilidade civil extracontratual, foi analisada como campo de observação empírica relacionado ao elemento **FATO SOCIAL**.

Analogicamente, este critério não serviu apenas como bússola, mas como uma verdadeira constelação estelar apta a guiar o navio já em alto-mar.

Destarte, a temática explorada gravita em torno dessa estrutura tríplice elementar, uma vez que os acontecimentos sociais, após serem valorados, refletem na área jurídica por meio da norma de conduta estabelecida legitimamente do ponto de vista formal e material.

Uma vez estabelecida este critério estrutural, o qual será edificado sobre conceitos tradicionais - ou não - da dogmática jurídica, o estudo de casos se tornará viável de ser empreendido, mediante uma pesquisa de índole qualitativa.

Situações fáticas e jurídicas serão investigadas empiricamente no campo da responsabilidade civil extracontratual sob a ótica da função (valor) social (fato) do direito (norma), concebendo-se assim, a pretendida análise funcional do instituto jurídico do *Duty to mitigate the loss*, sob a perspectiva tridimensional.

Contudo, ainda faltava algo. Aquela peça sem a qual a engrenagem do navio não iria funcionar...

Então surgiu a ideia da experiência jurídica elaborada por Miguel Reale que impulsionou a navegação do presente trabalho acadêmico.

Portanto, ressalta-se que navegar é preciso, extrapolar a superficialidade também, rumo à análise funcional. Avante!

Adverte-se que a análise funcional almejada não constitui um fim, mas sim um começo.

Quem sabe a partir deste “projeto piloto” será possível utilizar da mesma metodologia proposta para promover a análise funcional de outras categorias do Direito Privado?

Teoria dos danos punitivos, doutrina da perda de uma chance, responsabilidade civil por abandono afetivo, matrimônio homoafetivo, poliamor, teoria do *favor debitoris*, são só **alguns exemplos** de possíveis campos de investigação...

São todos fenômenos sociais por excelência, justos ou injustos, carregados de valores éticos, morais, culturais, etc., revestidos - ou não - por uma norma jurídica com validade formal - ou não - e com eficácia social - ou não.

Contudo, para que isso ocorra ainda tem muito percurso pela frente.

A jornada pode ser longa e complexa, mas inspiradora e gratificante!

Como bem refletiu o poeta Fernando Pessoa “*engrandecer a pátria e contribuir para a evolução da humanidade*”, este sim é um ideal gigante para uma alma que pretende enxergar ao longe.

A maior recompensa do trabalho proposto seria o fomento da criação de um mecanismo instrumental, composto por uma matriz metodológica sob o prisma empírico, apto para avaliar as mais diversas categorias do direito, tais como relações e situações jurídicas, institutos e instituições jurídicas, fatos, teorias, leis e hipóteses, conforme a análise funcional do direito.

Nesta linha de raciocínio, como seria, então, a construção de uma análise sobre o instituto do *Duty to mitigate the loss*, sob o ponto de vista tridimensionalista ao crivo da experiência jurídica de Miguel Reale?

Esta reflexão soou mesmo como um verdadeiro desafio assim traçado: de fato, essa análise funcional seria possível, viável, relevante ou transformadora?

1.2 Referencial teórico

Além da precursora visão sociológica de Norberto Bobbio (2007) materializada pela doutrina da função social, digna de maior apreço é, pois, a relevante teoria tridimensional do direito cunhada por Reale, a qual, por sua vez, se inspirou nos estudos do jusfilósofo italiano, diga-se de passagem.

Deste modo, a análise funcional estudada, por meio da qual se espera conferir utilidade ao instituto jurídico *“Duty to mitigate the loss”*, traz em sua composição uma concepção sociológica do Direito.

A pesquisa proposta está fundamentada por referências teóricas de conceituados estudiosos em todos os seus três elementos, fato, valor e norma, desde Émile Durkheim (2007) com a sua teoria sociológica do fato social; passando por Vicente Ráo (1999) – um clássico autor civilista; Paulo Nader (2014) e Francisco Amaral (2006) - ambos adeptos da visão tridimensionalista e da experiência jurídica enquanto critério hermenêutico; percorrendo por Sérgio Cavalieri Filho - em seus dois programas, Sociologia Jurídica (2007) e Responsabilidade Civil (2008); César Fiuza (2018), a quem se dedica toda a nossa gratidão, estima e consideração; Flávio Tartuce (2015), Nelson Rosendal e Felipe P. Braga Netto (2019) – todos detentores de uma visão mais moderna da responsabilidade civil.

No que tange à funcionalização do direito, Fiuza (2018, p. 48) esclarece que “a grande virada do Direito moderno é a passagem da estrutura para a função”. Ainda nesta vereda ele conclui que **“a teoria do abuso de direito milita no sentido de operacionalizar a função social do direito”** (FIUZA, 2018, p. 49).

Sendo assim, é insuficiente, para o intérprete, o mero reconhecimento da existência de valores normativos determinados por categorias, institutos e conceitos jurídicos, sem a sua devida operacionalização e aplicação às circunstâncias concretas do universo jurídico.

No contexto da responsabilidade civil extracontratual (campo de investigação/fato social) discorre Cavalieri (2008) da seguinte forma:

“Na precisa lição do professor Ricardo Pereira Lyra, “o dever jurídico pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Neste último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial comumente chamado *ilícito* contratual, por isso que mais frequentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o *ilícito* é *extracontratual*, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos. *Ilícito extracontratual* é, assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto o ilícito contratual é violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p.15)

Finalmente, a dissertação ancorou-se no trabalho acadêmico de Luis Henrique Sapia Franco (2017), orientado por Arruda Alvim, oriundo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, de quem se faz especial menção.

Franco (2017) dedicou todo o seu estudo em definir os contornos da temática inerente ao dever de mitigação dos danos, aperfeiçoando o legado deixado por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, quem, por sua vez, importou para o direito pátria o instituto *Duty to mitigate the loss*.

Ele teve por foco as relações jurídicas contratuais, descrevendo o instituto, mas sem empreender uma análise funcional do mesmo.

Sobre a teoria “*Duty to mitigate the loss*” (instituto jurídico/norma) Tartuce (2015) a conceitua como sendo o dever imposto ao credor de mitigar suas próprias perdas, ou seja, o próprio prejuízo.

Ademais, não se pode olvidar da importância de Marconi e Lakatos (2003), de Maíra Rocha Machado (2017), e de Eduardo Bittar (2016) no âmbito da teoria da metodologia jurídica, dos estudos empíricos em direito, do estudo de casos como instrumento analítico-qualitativo proposto.

Aproveitando o ensejo, cita-se o voto do Desembargador Wagner Wilson, membro do TJMG, nos autos do processo de Apelação Cível nº 1.0701.07.183692-1/001, quem, diante dos fatos relativos a um acidente de trânsito, considerou que “no campo da responsabilidade civil extra negocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva

decorre do instituto do abuso de direito, consubstanciado no artigo 187 do Código Civil [...]”.

Dando continuidade na sua argumentação, o magistrado ainda esclareceu o seguinte:

“Na espécie, o dever de mitigar tem aplicação em ambas as situações retratadas nos dois primeiros parágrafos deste tópico: a) diante da possibilidade de a reparação dos danos materiais causados ao veículo ser feita, de modo menos gravoso para o devedor, pela aquisição de um similar, deve ser esta a via escolhida, em detrimento da reposição de peças no automóvel acidentado, o que praticamente dobraria a indenização devida; b) e, paralelamente, os apelantes não fazem jus ao ressarcimento das despesas com 'diferença de acomodação', ou seja, mudança de ambulatório (cujos custos são cobertos integralmente pelo plano de saúde) para apartamento, pois, defronte à ausência de provas de sua necessidade, consistem em violação ao referido subprincípio, pois oneraram indevidamente o devedor.” (TJMG, 2009, on-line)

Feita a exposição dos autores que mais contribuíram para a consecução do presente trabalho, outros também são louváveis, na medida da colaboração de cada um.

1.3 Contexto espacial e temporal

Apesar do instituto jurídico objeto da análise funcional ter a sua origem nos Estados Unidos, cujo sistema jurídico é integrado pelo direito comum, ou *commom law*, aqui no Brasil ele é amplamente utilizado nas decisões judiciais pátrios, adquirindo contornos próprios.

Ao longo do texto, mais especificamente, no capítulo relativo à descrição teórica-conceitual do *Duty to mitigate the loss*, uma análise comparativa é realizada conforme o direito comparado.

Contudo, o contexto espacial da análise funcional empreendida é tão somente a República Federativa do Brasil na qualidade de Estado Democrático de Direito.

No Brasil, o fenômeno sociológico do direito serviu como base valorativa da Constituição Federal de 1988, a qual já trazia em seu corpo a marca da funcionalização dos institutos jurídicos.

Quanto ao contexto temporal, a pesquisa está situada na atual conjuntura da Pós-Modernidade para fins de aplicação da referida análise.

Estas considerações preliminares quanto ao lugar e tempo são relevantes pela simples razão do direito se realizar de forma dinâmica, sendo influenciado pelo contexto no qual é concebido, desenvolvido ou extinto, podendo ainda sofrer transformações, ou mutações, as quais impactam positivamente ou negativamente o sistema social.

Quanto a isto, não é necessário voltar muito tempo ao passado, numa época em que o direito era “o” instrumento nas mãos de tiranos, conhecidos ou não, cuja hermenêutica tinha alguns desígnios bem estabelecidos tais como: a usurpação dos valores democráticos, a violação de direitos e garantias legais, o atentado aos direitos humanos, dentre outros, etc.

Com efeito, os regimes nazistas e fascistas, de Hitler e Mussolini, encontraram no direito as suas fontes de legitimidade e coerção, as quais conferiam plena liberdade de ação ao poder ditatorial, intolerante e sanguinário.

No pós-guerra, com o advento do Estado Social e com a promoção da dignidade da pessoa humana, alçada ao mais alto patamar axiológico, o mundo buscou um novo olhar sobre o direito, um efetivo contra-ataque às pretensões antidemocráticas e cruéis.

Neste contexto, a teoria sociológica do direito se encaixou como luva e foi se aperfeiçoando para se enraizar nos sistemas jurídicos ao redor do mundo, passo a passo, diga-se de passagem.

Hoje, vive-se no pós-guerra fria, no estado neoliberal, no pós-positivismo, enfim, na pós-modernidade, em que o mundo não é mais bipolarizado, mas plural.

O muro de Berlim, a cortina de ferro, já não mais subsiste. Já se passaram 40 anos de sua derrocada.

Era do consumo, dos avanços tecnológicos, do empreendedorismo, da velocidade das comunicações, das redes sociais.

Sob o prisma da teoria sociológica, o Direito é um subsistema do sistema social geral, onde dele encontra a sua gênese, a sua fonte de ser e de coexistir.

Destarte, existe uma conexão direta entre a metodologia empírica com o Direito, ao passo que essa perspectiva demonstra que: “o Direito está imerso em um contexto

social, cultural e histórico específico, que lhe molda e lhe condiciona.”, como bem explica Rebecca Lemos Igreja (IGREJA, 2017, p.17).

1.4 Interdisciplinaridade necessária

O recurso ao processo interdisciplinar de pesquisa permite a devida inserção do instituto jurídico *Duty to mitigate the loss*, ora analisado, nos contextos espaciais e temporais já declinados, incluindo-o numa perspectiva global mediante o direito comparado, superando, portanto, o mito da neutralidade científica tão caro ao positivismo e ao estruturalismo.

Indubitavelmente, o instituto do dever de mitigar os danos se enquadra no domínio do Direito Civil enquanto disciplina jurídica, por estar conectado ao tema responsabilidade civil expressamente prevista no Código Civil vigente.

Entretanto, para o melhor alcance da completude do fenômeno jurídico digno de observação, o desenvolvimento do raciocínio jurídico demanda o estudo de certos conceitos jurídicos extraídos de disciplinas tidas por fundamentais, quais sejam: a Ciência do Direito, a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito.

Neste rumo, as preciosas lições de Paul Nader denotam que, realmente, o conhecimento do Direito é capaz de motivar intensamente o espírito do ser humano, sendo que “é indispensável uma orientação inicial aos que visam a alcançar o conhecimento sistemático do Direito: **a compreensão plena de nossa ciência exige o conhecimento anterior do homem e da sociedade.**”. (NADER, 2014, p.41, grifo nosso)

Porquanto, as normas jurídicas são estabelecidas de acordo com a natureza humana e em razão dos seus interesses, bem como provém das condições culturais, morais e econômicas que as influenciam.

Na seara da Teoria Geral do Direito, a perspectiva positivista de Hans Kelsen não prepondera mais, apesar de que a sua análise estrutural do ordenamento e dos institutos jurídicos ainda é o ponto de partida da pesquisa no campo da Ciência do Direito, sendo de grande e notória valia.

O presente estudo não desconsidera a enorme contribuição dada pela teoria pura do direito para a evolução da ciência jurídica.

Contudo, o positivismo jurídico kelseniano não tem mais o monopólio de antes. Não mesmo.

De fato, a teoria positivista é um notável referencial teórico, já que a criação de novos saberes parte de Kelsen.

Isto ocorreu com Norberto Bobbio (2007), que a partir da análise estrutural dos institutos jurídicos, marca do positivismo de Kelsen, desenvolveu a sua visão sociológica do direito, como um complemento já que, segundo ele, a teoria pura do direito não era suficiente para a melhor compreensão dos fatos sociais e jurídicos.

Assim, a teoria funcional que, muito embora não sendo fruto exclusivo do pensamento de Bobbio, foi por ele produzida em plena harmonia com o contexto espacial e temporal do mundo globalizado e da sociedade pós-moderna.

Eis uma possibilidade de se compreender melhor o fenômeno jurídico da atualidade.

Segundo a visão de Kelsen no âmbito da doutrina pura do Direito, o direito é ordenamento coativo, não possuindo uma função específica, mas flexível, conforme os fins almejados pelo poder estatal. Irrelevante era para Kelsen a função social do Direito.

Daí se depreende o uso do direito como legítima ferramenta institucional de dominação e de poder, tal como fora utilizada nos regimes totalitários.

De seu turno, o jusnaturalismo, felizmente, não ressurgiu das cinzas com a derrocada do positivismo clássico, eis que não conferia a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento do Estado Neoliberal.

A edificação de novos fundamentos teóricos do Direito foi imprescindível para a evolução da ciência jurídica, uma vez que as antigas concepções doutrinárias, não mais atendiam as necessidades e aos fins sociais do mundo na contemporaneidade.

“Cada instituto deverá ser estudado em função do ser humano, em função da sociedade etc. Neste contexto é que se fala em função social, função econômica, função repressiva, função preventiva de uma norma ou de um instituto jurídico.” (FIUZA, 2019, p. 141).

Atualmente, a exegese jurídica se volta para a função desempenhada por qualquer instituto jurídico objeto da análise empreendida, em prol do ser humano e da sociedade,

e não somente para a sua classe e estrutura, como por exemplo o sujeito, o objeto e o liame entre os dois no campo da relação jurídica.

Diante desta assertiva, a função social do direito será exposta ao longo deste trabalho como um viés analítico-principiológico, para fins de investigação dos fenômenos observados no cerne do dever de mitigar os danos enquanto instituto jurídico.

Não basta ao autor desta dissertação, portanto, acreditar na análise funcional de um instituto jurídico, em abstrato. Na sua visão, é preciso arriscar, ousar, para aplicá-la como uma poderosa ferramenta apta a avaliar a justiça, a validade e a eficácia social de qualquer instituto jurídico.

Contudo, o recorte é necessário para delimitar o alcance da análise funcional somente em relação ao instituto “*Duty to mitigate the loss*”, e mesmo assim, somente no campo da responsabilidade civil extracontratual.

1.5 Justificativa

É sabido que a função social do direito é um princípio estruturante do ordenamento jurídico, cuja moderna teoria desponta no cenário do Direito Contemporâneo, sendo, instrumento de interpretação do fenômeno jurídico e social.

O presente tema justifica-se assim, por sua relevância teórico-prática, considerando a necessidade de se empreender o presente estudo diante da escassez de pesquisas acadêmicas realizadas e permeadas por meio da análise funcional do instituto objeto da dissertação, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

A dogmática jurídica contemporânea contempla a função social do direito como princípio e instrumento hermenêutico de interpretação e de aplicação do direito e também como fim precípua das normas jurídicas.

Diante desta premissa é possível afirmar que, realmente, o estudo é atual e relevante, salvo melhor juízo. É indubitável que o projeto proposto irá desvendar “territórios” ainda não explorados pela ciência do Direito, por meio da metodologia a seguir consignada.

Neste passo, convém mencionar a abordagem norte-americana denominada *Empirical Legal Studies* cuja metodologia se baseia no estudo multidisciplinar do Direito em estreita conexão com outras áreas do saber, tais como sociologia, psicologia, a

ciência política, a antropologia, a história, a economia, a estatística, ciência de dados, entre outras, com o intuito de melhor compreender o objeto próprio das ciências jurídicas.

O conhecimento dos fenômenos jurídicos e sociais não é mais exaurido pelo estudo da dogmática, essencial a todos os juristas, pesquisadores e operadores do direito.

Por si só, a dogmática jurídica tradicional não é mais capaz de atender aos anseios e reclames sociais, exigindo, assim, uma visão mais ampla por parte da Ciência do Direito, a partir do problema, operada pela metodologia indutiva ao estilo da “tópica” preconizada por Theodor Viehweg (1979).

De seu turno, a pesquisa empírica em direito, operada mediante a investigação e observação das situações jurídicas é uma tarefa de suma importância, apesar de pouco difundida no meio acadêmico e profissional.

Parte-se do pressuposto de que o direito é construído mediante a observação de fatos sociais e por meio das experiências vivenciadas em sociedade.

A partir da observação empírica são coletados os dados os quais serão manipulados por meio de inferências específicas para fins de análises quantitativas e qualitativas conforme for o escopo da pesquisa, cujos empregos não são excludentes.

Neste contexto, é totalmente pertinente essa narrativa acerca da pesquisa empírica em direito, diga-se de plano.

1.6 Plano de trabalho

Para facilitar o emprego da análise funcional do Direito em face do instituto do dever de mitigar os danos na responsabilidade civil extracontratual, foram elaborados conceitos informativos de cada elemento estrutural da pesquisa ora considerados como pressupostos teórico-metodológicos.

Nesta senda, o próximo capítulo deste trabalho (capítulo 2) trata, com mais minúcias, dos aspectos atinentes à Função Social do Direito, inserindo ao estudo, mediante análise comparativa, a visão tridimensionalista abstrata e estática elaborada por Bobbio e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale considerada específica

e concreta, ambas erguidas sob os elementos constitutivos do fenômeno jurídico, a saber: fato, valor e norma.

De igual modo, muito longe de esgotar este vastíssimo tema, foram traçadas as abordagens sociológica, filosófica e normativa do direito no campo da experiência jurídica, cuja noção também fora descrita

O capítulo 3 foi palco da investigação teórica dos fenômenos sociais e jurídicos.

A pesquisa, neste ponto, contextualizou fato, teoria e lei (norma) perpassando pelos fatos sociais na visão de Durkheim, pelo aspecto histórico cultural citando o exemplo da famosa “Lei de Gerson”, pelos fatos jurídicos, atos ilícitos, até se alcançar a noção de experiência jurídica, a qual, engloba todas as categorias jurídicas, e, por fim, destacou a jurisprudência como sendo importante fonte da interpretação autêntica.

O capítulo 4, após breves considerações primárias, elucidou importantes assuntos pertinentes ao campo da responsabilidade civil.

Tratou-se da evolução desse instituto, da sua divisão binária em contratual e extracontratual, da obrigação de reparar conforme o atendimento de seus pressupostos, inquiriu o comportamento da vítima, se atentou para o princípio da reparação integral e percorreu o hostil território do comportamento da vítima na seara da indústria das indenizações.

Adentrando no âmago do dever de mitigar os danos no capítulo 5, o texto se inspirou no direito comparado para traçar o panorama do *Duty to mitigate the loss* em solo brasileiro, obviamente, com a densidade necessária para o seu adequado enquadramento e tratamento como peça-chave da pesquisa, na qualidade de instituto jurídico.

Prosseguindo, a teoria foi colocada à prova, a princípio, mediante o estabelecimento da análise funcional em abstrato.

Com fulcro na metodologia empírica descrita, uma pesquisa qualitativa - sob as vestes de “estudo de caso” - fora empregada, no âmbito do capítulo 6 denominado como “Análise Funcional Concreta” e tendo como referencial teórico o tridimensionalismo do direito de Miguel Reale, com a sua distinta noção de experiência jurídica - vetor condutor metodológico da pesquisa.

Por derradeiro, mediante o nortear dos conceitos desenvolvidos incidentalmente nos elementos objetos da pesquisa, fato, valor e norma, foi possível de se estabelecer as considerações finais sob a forma de conclusão, utilizando-se das inferências criadas metodologicamente bem como dos instrumentos de investigação empírica.

Destarte, uma conclusão de ordem geral pôde ser produzida, sendo também acompanhada das devidas proposições, por meio da observação dos fenômenos jurídicos e sociais verificados.

Uma vez elevado a conceito funcional, o direito composto por seus elementos constitutivos, fato social, valor e norma, se constitui na chamada experiência jurídica.

A pesquisa tentará evidenciar a indissociabilidade destes elementos no âmbito da experiência jurídica mediante a dialética de implicação estabelecida entre eles, os quais servem também como verdadeiros instrumento de aferição da funcionalidade social de qualquer categoria jurídica.

É o que se pretendeu provar mediante a análise teórica elaborada somada ao estudo empírico do direito realizado.

No que diz respeito ao instituto do dever de mitigar os danos no campo da responsabilidade civil, sem desprezar a sua importância normativa, salienta-se que ele serviu tão somente como elemento de teste da metodologia proposta, para cuja configuração se fazia necessária a composição de três elementos distintos, sob o prisma tridimensional do direito, saber: uma categoria normativa-estrutural - no caso o instituto jurídico *Duty to mitigate the loss*; inserida como fato social no contexto histórico-cultural da responsabilidade civil extracontratual, dotada de um fundamento axiológico - no caso o abuso de direito, positivada no ordenamento jurídico nos moldes do art.187 do Código Civil.

Portanto, o instituto do dever de mitigar os danos é o objeto da pesquisa que mediante a análise de sua ocorrência em uma situação concreta, individualizada, foi possível de se avaliar a sua eficácia social, o seu fundamento axiológico e a sua vigência normativa.

A análise funcional nada mais é do que a configuração da presença, ou não, dos três elementos, ou três dimensões, da experiência jurídica, numa situação concreta ou

ocorrência, haja vista que a contextualização é imprescindível para conferir a devida concretude na pesquisa.

Logo, inicialmente, o que se pergunta é:

1. Esta situação repercute socialmente? Sim ou Não?

Se sim, ela tem eficácia social (FATO);

2. Esta situação é justa ou injusta? Sim ou não?

Se sim, ela tem fundamento axiológico (VALOR);

3. Esta situação está prevista no ordenamento jurídico? Sim ou não?

Se sim, ela tem vigência normativa (NORMA).

Contudo, a pesquisa pretende comprovar esta hipótese, considerando que, para a consecução de uma experiência jurídica plena se faz necessária a conjugação destes três fatores presentes simultaneamente.

Mãos à obra!!!

2. FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

*Na verdade, o Direito é calcado em conceitos funcionais
(função social da propriedade, da pessoa jurídica, dos contratos, da empresa etc.).
Estes conceitos integram dois planos, o jurídico e o social.
Assim, o prisma puramente normativo não seria mais adequado para abordar o Direito.
(FIUZA, 2018, p.48)*

2.1 Prólogo

No direito pátrio contemporâneo, existe um crescente desenvolvimento de pesquisas acadêmicas relacionadas à função social no âmbito dos institutos jurídicos em geral.

Como se sabe, o estudo funcional representa no universo jurídico um tema “clássico da Sociologia do Direito”.

Nesta jornada, é inquestionável a ascensão conferida à noção realista da função social no âmbito do Direito Civil, em detrimento da velha noção metafísica de direito subjetivo.

O Código Civil de 1916 traduzia uma racionalização dos interesses e valores básicos de uma sociedade burguesa, liberal e conservadora.

A atual fase, não só do Direito Civil, como também de todo o Direito Privado, está alinhada e comprometida com a abertura do sistema judiciário - mediante o franco acesso à justiça, impregnada de valores humanistas - intrínsecos à dignidade da pessoa humana, carregada de conteúdos axiológicos atinentes ao solidarismo e de caráter despatrimonialista.

Tudo isto, em prol do bem comum, construído em torno de um Estado de Direito, composto por uma sociedade democrática, igualitária, pós-moderna e plural.

Pretende-se, por meio da funcionalização do direito, a reconstrução dos principais institutos do Direito moderno, objetivando alcançar novo equilíbrio entre os interesses individuais e as necessidades coletivas e sociais.

Por conseguinte, uma nova adaptação dos institutos jurídicos com o bem-estar da sociedade se mostra indispensável.

Ansiava-se que as situações jurídicas vivenciadas e anteriormente protegidas pelo individualismo predominante do Estado Liberal cedessem espaço para uma maior

ingerência estatal na vida privada, mediante o estabelecimento de novas normas jurídicas de conteúdo aberto e principiológico.

Diante deste contexto de transição do individualismo para a sociabilidade, a doutrina da função social se insurge mediante um viés filosófico, sendo mais do que suficiente para restringir o individualismo.

O seu designío é o de promover o atendimento aos clamores sociais, ou seja, aos interesses da coletividade.

Para tanto, persegue-se uma possível igualdade material aos sujeitos de direito operada pelo pretense equilíbrio das forças atuantes.

Do ponto de vista prático-sociológico, considerando o instituto jurídico do dever de mitigar os danos, a sua análise funcional deverá ser pautada na efetiva contribuição que ele auferir para o funcionamento contínuo e adequado da sociedade, numa certa analogia com a ideia de que a função de um órgão representa também a efetiva contribuição que ele dá para o bom funcionamento do organismo.

2.2 Fato, valor e norma

Convém fazer o registro do estudo das regras jurídicas, consoante a visão de Bobbio (2007), a qual perpassa necessariamente pela resolução de uma tríplice ordem de problemas.

Trata-se dos três problemas distintos: da justiça, da validade e da eficácia de uma norma jurídica.

Pergunta-se pois, no que tange à norma jurídica:

- 1) se ela é justa ou injusta;
- 2) se ela é válida ou inválida;
- 3) se ela é eficaz ou ineficaz.

Quanto ao problema da **justiça** a análise se desenvolve visando avaliar a adequação ou não da norma aos valores últimos ou finais de um determinado ordenamento jurídico os quais atribuem a ele a legitimidade necessária.

Neste campo de investigação, se investiga os valores supremos abordados pelo direito, no âmbito do Estado Democrático de Direito, tais como os definidos no preâmbulo da Constituição Federal vigente: liberdade, segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Ou seja, trata dos fins sociais da norma jurídica.

“Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema deontológico do direito.” (BOBBIO, 2001, p. 46)

Em relação ao problema da **validade**, ontológico por natureza, diz respeito à existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não.

A eficácia também trata da sua vigência, do aspecto técnico-formal da norma jurídica, ligado a seu sentido técnico-jurídico cujos requisitos de forma abrange competência legislativa, compatibilidade, processo legislativo, por exemplo.

Nesta seara, a noção de eficácia da norma jurídica busca examinar o direito enquanto norma obrigatória e coativa de conduta, passando pelo exame do ordenamento jurídico em seu aspecto procedimental.

Já a **eficácia social** é o problema de ordem histórico-sociológica, o qual avalia se a norma jurídica é ou não obedecida por seus destinatários.

Ou seja, considera-se, pois, a aplicabilidade das normas jurídicas, analisando os comportamentos individuais e coletivos no seio social e dos interesses ocultos, abrindo espaço para as pesquisas empíricas acerca da vida do direito, tanto na sua origem, desenvolvimento, modificação e extinção.

O direito nasce, cresce, se modifica e se extingue, conforme as circunstâncias que o impele, conduz ou o obstaculiza.

Existem normas, as mais eficazes, cujo atendimento ocorre de forma espontânea.

Outrossim, há outras normas, tidas por menos eficazes, as quais dependem de meios coercitivos para serem obedecidas.

O estudo para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma parte do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia pelo fato de investigar os fenômenos sócias ocorridos no mundo jurídico em determinado lugar e época.

Estes critérios de abordagem da norma jurídica são distintos e independentes um do outro, “no sentido em que a justiça não depende nem da validade nem da eficácia, a eficácia não depende nem da justiça nem da validade.” (BOBBIO, 2001, p.48).

Sobre o tema, Norberto Bobbio (2001) formula seis preposições, conferindo exemplos a cada uma, de modo que:

1. Uma norma pode ser justa sem ser válida;
2. Uma norma pode ser válida sem ser justa;
3. Uma norma pode ser válida sem ser eficaz;
4. Uma norma pode ser eficaz sem ser válida;
5. Uma norma pode ser justa sem ser eficaz;
6. Uma norma pode ser eficaz sem ser justa.

Na concepção de Norberto Bobbio (2001) a Filosofia Jurídica determina os fins pelos quais a sociedade deve se inspirar, a Sociologia Jurídica indica os meios que devem ser usados para se alcançar melhor aqueles fins e, finalmente, a Teoria do Direito estabelece a forma dentro da qual aqueles meios devem se conter para atingir o fim visado.

Assim, o Direito deveria ser estudado por três ciências distintas, na sua formação e evolução, na sua estrutura formal e no seu valor.

Segundo a ótica da **Teoria Tridimensional do Direito** de Miguel Reale, o Direito se compõe da conjugação harmônica dos seus três aspectos básicos e primordiais: **fato**, **norma** e **valor**, os quais dão origem a três planos de problemas diferentes: **eficácia**, **vigência** e **fundamento**.

Então, pode se dizer que:

A **Sociologia Jurídica (sociologismo jurídico)** se ocupa com o problema da **eficácia** [fato, substância, meio, formação e evolução, causa imediata]. Na perspectiva sociológica, são considerados, tanto as causas quanto os efeitos das normas jurídicas.

A **Filosofia do Direito (moralismo jurídico)**, se ocupa com o problema do **fundamento** [valor, fins, causa mediata]. Na perspectiva filosófica, são identificados os valores e os princípios que fundamentam e legitimam a análise funcional do direito.

A **Ciência do Direito (normativismo jurídico)**, se ocupa com o problema da **vigência** [norma, forma, estrutura formal]. Na perspectiva científica, por exemplo, o instituto jurídico *Duty to mitigate the loss* é estudado por meio dos seus conceitos, categorias e estruturas fundamentais, assim como pela realização de suas normas;

2.3 Ordem Cronológica de ocorrência dos elementos da pesquisa

Importa destacar que a Ciência do Direito somente tem a sua existência após o surgimento da primeira norma na sociedade, uma vez que o seu objeto somente aparece a partir do momento em que forem estabelecidos os elementos atinentes à forma de Estado, forma de Governo, bem como aos institutos jurídicos do Direito Privado inseridos na ordem constitucional tais como o casamento e a propriedade.

Para corroborar com esta reflexão, cita-se Sérgio Cavalieri Filho (2015) da seguinte forma:

“Enquanto o grupo social estiver se organizando, decidindo que forma de Estado e de Governo vai adotar – unitário, federado, democrático, republicano –, que organização social e política vai estabelecer – situação da família, sistema de produção, etc. –, haverá campo apenas para a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito. Dependendo das correntes filosóficas predominantes e dos fatos sociais existentes teremos esta ou aquela estrutura política e social. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.86).”.

Portanto, primeiro ocorre o fato social, depois se valoriza o fato e por último, ele é normatizado.

Em seu programa de Sociologia Jurídica, Cavalieri Filho cita, inclusive, um bom exemplo para fins didáticos, a saber: a união estável de homossexuais.

No caso em vertente, a união homoafetiva somente fora admitida legalmente a partir do julgamento de seu paradigma no âmbito do controle de constitucionalidade, cuja decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), militou favoravelmente para a conquista da união estável entre pessoas do mesmo sexo e posteriormente para a conquista do vínculo matrimonial. Verifica-se, pois, que o fato social já preexistia, e se exteriorizava bem antes da sua admissibilidade jurídica.

Ou seja, milhares de pessoas do mesmo sexo conviviam sob o mesmo teto, partilhando a vida sexual, sentimental e doméstica como se casais fossem.

Até mesmo no que diz respeito à adoção, ainda no contexto fático da união estável, ela era possível, ao menos em tese.

Logo, a preexistência do fato social era inquestionável. Contudo, a norma legitimando essas situações jurídicas somente surgiu dois anos após o reconhecimento da união estável pelo STF, mediante uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça que autorizou o registro de casamentos entre pessoas do mesmo sexo pelos cartórios de registro civil, não permitindo eventual recusa.

Neste contexto fático existe um terreno fértil para a análise filosófica, porquanto, um acirrado debate de matriz ideológica foi instaurado entre os grupos de pressão, tais como, movimentos sociais LGBT's, movimentos religiosos e os órgãos de serventias extrajudiciais, dentre outros.

Deste modo é por demais evidente que, do ponto de vista cronológico, primeiro ocorre o fato social (causa imediata), depois este fato social é coberto por valores ideológicos (causa remota), conforme os fundamentos axiológico-filosóficos nele inseridos.

E, por último, este fato é normatizado do ponto de vista jurídico, recebendo o seu substrato formal e exteriorizado.

2.4 Sociologia Aplicada ao Direito e a eficácia social da norma jurídica

Cabe ao Direito a tarefa de elaborar as normas jurídicas aptas a regerem a convivência social.

Por sua vez, a Sociologia compreende o Direito como originado dos fatos sociais, nos acontecimentos e ocorrências verificadas na sociedade.

“Fatos sociais são criações históricas do povo, que refletem os seus costumes, tradições, sentimentos e cultura. A sua elaboração é lenta, imperceptível e feita espontaneamente pela vida social”. (NADER, 2014, p.56).

A “Sociologia tem por fim o estudo do fato social na sua estrutura e funcionalidade, para saber, em suma, como os grupos humanos se organizam e se desenvolvem [...]” (REALE, 2002, p.28)

De seu turno, a Sociologia Jurídica se encarrega de analisar as causas imediatas do fenômeno jurídico, deixando o estudo dos motivos lógicos ou morais, ou seja, os fundamentos axiológicos que impulsionaram o legislador na elaboração das normas jurídicas, a cargo da Filosofia do Direito.

Nesta ótica, o Direito não pode evoluir alheio aos fatos sociais por se tratar de um fenômeno emergido do convívio do ser humano com o meio em que ele vive, no caso, a sociedade.

Logicamente, costumes e tradições diferentes implicam em fatos sociais distintos, sendo que cada povo tem a sua própria história e os seus recíprocos fatos sociais.

Entretanto, existem valores universais como a dignidade da pessoa humana tal como insertos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Para Vicente Ráo “o direito assume o caráter de força social propulsora, quando visa proporcionar, por via principal aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade”. (RÁO, 1999, p. 54).

Partindo da premissa de que o ser humano é, essencialmente, um ser racional e social, a ocorrência de conflitos na sociedade denota a necessidade de “algo maior” e eficaz, a fim de coibir os excessos praticados pelos envolvidos e prevenir a ocorrência de condutas contrárias ao bem-estar individual e coletivo.

A sociedade é, pois, a fonte de criação do Direito e palco de sua ação, desenvolvimento e evolução.

Impossível é ao homem viver isolado como Robson Crusoe em uma ilha. A convivência social não só é necessária como também inafastável.

Somos obrigados a viver em grupo, sendo o ajuntamento humano uma coletividade de pessoas dependente de um mínimo de organização imprescindível para a sua manutenção e sobrevivência.

Por conseguinte, essa organização é feita mediante regras e padrões de conduta as quais formam o Direito.

Dentre as várias acepções da palavra direito existentes, a que mais interessa ao presente trabalho acadêmico é a noção do Direito como norma de conduta, apta a reger os fatos sociais.

Nesta órbita o Direito é tido como o “conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graça ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros.” (REALE, Miguel, p.18).

Ainda nesse enfoque, o Direito também pode ser definido como “o conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto à sua observância.” (GARCIA, Gustavo, 2015, p.15).

Na mesma linha de raciocínio Paulo Nader (2014) elucida a questão ao expor a sua visão sociológica do direito: “Direito e sociedade são entidades congênicas e que se pressupõem. O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade.”

O Direito rege a sociedade como sendo essa o seu campo de atuação e inspiração, devendo, pois, ser o reflexo da realidade social.

Em suma, sem sociedade não há direito: *bi societas, ibi jus* - onde está a sociedade está o Direito.

E a recíproca é verdadeira: *ubi jus, ibi societas* - onde está o Direito está a sociedade.

Enfim, um não pode existir sem o outro e vivem em constante interação e interdependência.

Atualmente Sociologia e Direito caminham lado a lado, após eras de hostilização mútua, em prol da funcionalização do direito como fruto da evolução do ser humano enquanto ser social por excelência.

Para a Escola Sociológica o direito não tem origem em Deus, nem na razão, nem na consciência do povo, e nem no estado. A origem do direito advém das relações sociais.

A democratização do Direito é uma das maiores conquistas desta concepção, fato que possibilitou o acesso do povo à lei, a qual antes era monopólio dos monarcas, do clero e da nobreza, bem como de sábios, filósofos e juristas, dependendo da compreensão do direito nascido de Deus ou da razão humana.

Eis o advento do acesso à Justiça: “[...] o povo passou a ter consciência dos seus direitos como aspecto da cidadania; o Direito ganhou as ruas, as praças e fez-se linguagem de todo o povo.” (CAVALIERI FILHO, 2007, p.18)

A Sociologia Aplicada ao Direito considera que o direito tem um caráter social.

Esta assertiva é um postulado da Sociologia Jurídica para se conhecer a essência do direito em seu caráter social e para limitar o conhecimento do direito no âmbito de suas relações sociais.

O direito está situado dentro de uma realidade, conforme o contexto histórico estudado.

E não só isso!

O direito enquanto fenômeno social deve ser configurado nos aspectos temporal, espacial e circunstancial apto a sofrer mudanças.

Daí então, se pode inferir que o direito possui um dinamismo imanente, pois está propenso a evoluir ou regredir com o passar do tempo e com a mudança de contexto espacial e circunstancial.

Nos dizeres de Miguel Reale:

A sociedade das abelhas e dos castores pode ser vista como um simples dado da natureza, porquanto esses animais vivem hoje, como viveram no passado e hão de viver no futuro. A convivência dos homens, ao contrário, é algo que se modifica através do tempo, sofrendo influências várias, alterando-se de lugar para lugar e de época para época. (REALE, 2002, p.37)

Logicamente, também existem interesses e objetivos ocultos que influenciam na construção ou desconstrução do direito, cuja missão de desmascará-los compete à Sociologia Jurídica.

De igual modo, a Sociologia Jurídica tem como objetivo, na qualidade de Sociologia Aplicada, a investigação empírica do sistema jurídico e suas instituições, bem como dos aspectos funcionais dos indivíduos, grupos e do próprio sistema.

Neste sentido, ela estuda os fenômenos jurídicos definidos em normas e integrados na estrutura social vigente, investigando as conexões existentes com a realidade apresentada contextualmente, e com a interação entre os indivíduos membros da coletividade.

No entendimento do notável sociólogo francês Émile Durkheim (2007), a Sociologia Jurídica tem como objeto a investigação de como as regras jurídicas se constituíram e o modo de funcionamento das mesmas.

Cabe ao direito atender as necessidades sociais, sendo os fenômenos sociais a causa de existência dos fenômenos jurídicos a razão de ser do direito.

O direito é símbolo da solidariedade social, sendo que o número de relações sociais é proporcional à quantidade de normas jurídicas que as regulamentam.

A Sociologia Jurídica tem por objeto a investigação das normas jurídicas para verificação da adequação das mesmas às necessidades sociais.

A normatização não é suficiente, haja vista que as regras jurídicas devem ser eficazes.

O estudo da eficácia compreende dois sentidos distintos, conforme o prisma de análise.

Para a Teoria do Direito a eficácia é estudada em seu sentido formal, no qual se avalia o grau de aplicabilidade efetiva e de obediência à norma.

Enquanto que para a Sociologia Jurídica, o estudo da eficácia é realizado em seu sentido substancial, na capacidade da norma jurídica produzir os efeitos para os quais ela foi elaborada

Analisa-se, assim, a sua adequação aos seus fins

De fato, a norma jurídica, no momento de sua elaboração pode estar em plena sintonia com a realidade social.

Porém, com o passar dos anos pode se tornar ultrapassada, ineficaz, em razão da evolução da sociedade na qual ela está inserida em seu sistema.

Logo, eficácia social tem um conceito e eficácia jurídica tem outro, senão vejamos:

“Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos.

Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a sua simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com ela conflitam” (TEMER, 2007, p.25)

2.5 Ciência do Direito e vigência da norma jurídica

Resta dizer, então, que o Direito é uma ciência essencialmente social.

Por sua vez, a Ciência do Direito também se preocupa com a vigência da norma jurídica, uma vez que “enquanto a lei estiver em vigor, cabe ao jurista estudá-la, interpretá-la, comentá-la etc., ainda que se trate de lei já completamente desatualizada e em desuso.” (CAVALIERI FILHO, 2007, p.68).

Portanto, a Ciência do Direito após ter conhecimento do fenômeno social travestido de norma jurídica, ela estuda os fenômenos jurídicos bem como as suas ocorrências no tempo e no espaço, mediante a sistematização de conhecimentos obtidos pela observação e verificação dos fatos, para fins de formulação teórica das leis gerais que o regem.

A atividade científica necessita de método para que o conhecimento seja corretamente ordenado conforme princípios e regras próprias, apresentando uma lógica coerente e determinada.

Nesta seara, sem desconsiderar a importância do pluralismo metodológico, é de todo modo conveniente à Ciência do Direito, quando necessário for, de se utilizar de mecanismos lógico-indutivos, desenvolvendo um processo de raciocínio a partir de fatos particulares ocorridos no cotidiano da vida social.

2.6 Filosofia do Direito e os fundamentos da norma jurídica

A Filosofia do Direito se pauta nos valores fundantes da ordem social, política e jurídica nacional. Ou seja, a Filosofia do Direito preocupa-se com os fundamentos do direito, os quais constituem o objeto dessa disciplina cujos problemas a ela relacionados se referem ao ideal da justiça e do direito, a natureza de seus elementos, suas causas e seus princípios últimos, consubstanciados em conteúdos éticos e axiológicos.

Ademais, a investigação das ideologias e correntes de pensamento pertencem ao campo desta disciplina, a qual busca incessantemente o fundamento valorativo dos principais institutos jurídicos.

Por essa razão, torna-se uma área do conhecimento humano essencial para a decisão judicial, que deverá ser tomada levando-se em conta esses valores.

O escopo do Estado Democrático de Direito define-se por esses parâmetros valorativos que se destinam a assegurar, como se encontra consagrado no texto constitucional:

“o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (Brasil, 1988)

Verificando-se, por exemplo, como aparece uma lei, podemos indagar de suas razões últimas, dos motivos lógicos ou morais que guiaram o legislador em sua tarefa, relacionados ao próprio problema da justiça, ou da liberdade, da segurança e da ordem, por exemplo.

Estamos, pois, diante de uma pesquisa de natureza filosófica, que diz respeito às condições lógicas e éticas do fenômeno jurídico. Indagamos, pois, das causas não remotas, mas imediatas da lei.

A Filosofia do Direito distingue-se da Sociologia do Direito, dentre outras razões, pelo fato desta última tratar das causas imediatas ou próximas do fenômeno jurídico em sua abordagem.

2.7 Análise estrutural e análise funcional do direito

Os estudos de Teoria Geral do Direito foram orientados durante muito tempo pela análise estrutural dos ordenamentos jurídicos, sob forte influência da teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Salienta-se, desde já, a importância das contribuições geradas por tal análise no campo do direito, cuja teoria positivista serviu como núcleo dos sistemas jurídicos.

O modelo jurídico formalizado em estruturas jurídicas, compreende a classificação das normas em regras e princípios, o estudo dos institutos jurídicos conforme a sua inserção no Direito Público ou Privado, a adoção de certos conceitos, categorias e pré-compreensões, enfim, dispõe de todo um aparato composto por seus elementos e envolve num sistema normativo mediante a técnica-jurídica.

Assim sendo, conforme a teoria estrutural do direito as normas jurídicas são normas de comportamento ou de organização social provenientes do Estado, quem não somente propõe como também garante realizá-las.

Os institutos jurídicos, pela análise estrutural, são o conjunto de normas que disciplinam uma determinada relação jurídica, tal como: o casamento, a propriedade, a filiação, o contrato, etc.

Enquanto “as instituições, termo de natureza sociológica, são grupos sociais dotados de uma determinada ordem e uma organização interna, que se criam e se justificam por um fim comum, como a família, a empresa, o Estado.”. (AMARAL, 2006, p.6)

Portanto, o instituto é uma construção técnico-jurídica, enquanto instituição é um grupo social, dotado de ordem e organização.

A propósito, a consideração da função como elemento essencial ao direito não implica, entretanto, na rejeição da visão estrutural do direito.

A análise funcional ou sociológica não a refuta, e sim a complementa, sendo ambas as visões, perfeitamente compatíveis entre si, devendo ser integradas uma à outra.

Logo, apesar de serem duas visões do direito distintas, elas são complementares: a estrutural e a funcional

Para Kelsen, o direito é uma técnica para o controle social que persegue a finalidade constituída por quem detém o poder coercitivo, no caso, o Estado, sendo o direito um sistema em si mesmo, fechado.

A teoria pura do direito fora edificada na estrutura formal do ordenamento jurídico, cuja análise funcional dos institutos jurídicos não era relevante, uma vez que o fim do

direito, era plenamente flexível conforme a vontade representada pelo poder estatal dominante.

A este respeito, ao prefaciar o livro de Norberto Bobbio - marco teórico da presente pesquisa - denominado *“Da estrutura à função”*, Celso Lafer assim se posicionou: “A análise estrutural examina o direito como um sistema, a partir do ângulo interno ao jurídico, sem maiores elaborações sobre as suas funções em relação aos destinatários das suas normas.” (BOBBIO, 2007, p.LI)

Assim sendo, Bobbio, por sua vez, não desconsiderou a teoria kelseniana, de forma alguma – frisa-se, mas foi além.

Ele, a princípio considerou o direito como um subsistema social, parte integrante de algo maior.

Posteriormente, auxiliado pela sociologia jurídica, ampliou o seu entendimento para elaborar a sua teoria funcional.

A sociologia do direito serviu como alicerce para o desenvolvimento da análise funcional do direito na medida em que forneceu os meios, os instrumentos necessários para a sua solidificação, mediante o aporte de conhecimentos empíricos proveniente das ciências sociais.

Bobbio ocupou-se das funções, ou seja dos fins do direito, haja vista ser um pensador dotado de um perfil analítico, fruto de suas inserções na realidade fática e na História, impactado pelo contexto do Estado Democrático, reformista, intervencionista e umbilicalmente ligado ao bem-estar social.

A socialização do direito evoluiu juntamente com o desenvolvimento do Estado Social, uma vez que o estruturalismo fundado no positivismo já não mais correspondia aos anseios do mundo do pós-guerra.

As mudanças nos sistemas jurídicos ao redor do mundo se alastraram progressivamente:

“O estruturalismo foi perdendo forças, dando lugar a teoria da funcionalização, o que se firmou com o fim dos regimes autoritários, já que o pensamento positivista legitimou regimes políticos antidemocráticos” (MATOS, 2016)

Saímos da teoria estrutural/formal, para dar lugar a teoria funcional/sociológica.

Não é à toa que ao Direito sempre interessou o estudo das relações sociais e das relações humanas.

Todavia, tradicionalmente a ciência jurídica se atentava apenas para a estrutura e para a natureza jurídica dos institutos jurídicos objetos de estudo, sem se preocupar com a finalidade e utilidade dos conceitos produzidos.

Atualmente a exegese jurídica se volta para a função desempenhada pelo instituto analisado, em prol do ser humano e da sociedade, e não somente para a sua classe e estrutura, como por exemplo o sujeito, o objeto e a relação jurídica. Assim sendo, a análise do jurista sempre parte da estrutura de cada instituto jurídico, de cada categoria, mas não se encerra por aí... Também são sopesados pelo analista a função que cada instituto desempenha em prol do indivíduo e da coletividade.

Graças à funcionalização do direito civil, os juristas passaram a se ocupar não somente com a estrutura dos institutos, ponto de partida essencial, mas também para o desempenho de cada um deles em prol do bem comum.

Fiuza (2019) também cita um exemplo de Braga Netto (2003) no qual o conceito de produto adequado no contexto das relações de consumo não é somente aquele aprovado em conformidade com as normas técnicas fiscalizadoras, mas de sobremaneira aquele adequado ao fim que se destina.

A exegese jurídica se volta, pois, para a função desempenhada pelo instituto analisado, em prol do ser humano e da sociedade, e não somente para a sua classe e estrutura, como por exemplo o sujeito, o objeto e a relação jurídica.

2.8 Prevenção e composição de conflitos, e promoção do bem comum

O direito, particularmente o direito civil, vem se formando ao longo dos séculos como inerente à vida e à cultura dos povos, tendo como sentido e razão de ser a solução de conflitos, do que resulta o caráter de sua problematicidade, vale dizer, a sua função de pensamento chamado a resolver questões jurídicas concretas,

O conflito de interesses gera o litígio e este, por sua vez, quebra o equilíbrio e rompe a paz social.

A primeira função social do direito é prevenir, evitando tanto quanto possível, a colisão de interesses.

A priori o Direito existe para impedir que ocorram os conflitos mediante a estipulação de regras de conduta. Portanto, o Direito possui muito mais feição preventiva do que repressiva ou corretiva.

É óbvio que os conflitos são inerentes ao processo civilizatório e na maioria das vezes inevitáveis conforme for o grau de evolução do povo.

Quanto mais evoluída for a sociedade, em tese, mais evoluído é o seu Direito e mais efetiva é a sua função preventiva.

Nem todos os membros da coletividade submete à disciplina imposta pelo ordenamento jurídico.

Desta feita, o Direito é chamado para intervir para promover a composição mediante técnicas e critérios de solução, seja favorecendo a autocomposição ou mediante a heterocomposição.

A composição de conflitos consiste, pois, em superar os conflitos de interesses instaurados no seio social.

A propósito, o fim colimado pela Política Judiciária Nacional é a consolidação de uma justiça mais cidadã e mais acolhedora, oportunizando o acesso à justiça e a pacificação social pela solução mais adequada dos conflitos de interesses, reduzindo a excessiva judicialização das controvérsias, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, bem como reduzindo a insatisfação dos jurisdicionados e criando uma **“transformação social com mudança de mentalidade”** (WATANABE, 2011).

Atualmente pode-se destacar outra importante função social do direito, qual seja: a promoção do bem comum.

A promoção do bem comum guarda intrínseca afinidade com a socialização do direito.

Porquanto, ao Direito é dada a árdua missão de pacificação social, seja mediante a prevenção ou repressão dos conflitos.

Não olvidando que, mediante a regulação da vida em sociedade, o Direito guarda a sua finalidade precípua de garantir a dignidade e a felicidade individual dos membros da coletividade e consequentemente o bem-estar geral.

De seu turno, o fenômeno da socialização do direito teve a promulgação da Constituição de 1988 como sendo o seu marco precursor

A partir de então, princípios antes tidos como absolutos, a exemplo da autonomia da vontade e da propriedade privada, foram relativizados para darem espaço para a nova mentalidade legislativa baseada na função social do Direito.

Não é à toa que o Código Civil de 2002 abraçou a nova mentalidade ao estabelecer os seus três princípios estruturantes: socialidade, eticidade, operabilidade:

O **princípio da socialidade** é aquele que impõe prevalência dos valores coletivos sobre os individuais.

O **princípio da eticidade** é aquele que impõe a justiça e a boa-fé nas relações civis.

O **princípio da operabilidade** é aquele que impõe soluções viáveis, operáveis e sem grandes dificuldades de aplicação do direito.

A função social do Direito atinente a promoção do bem comum se opera aparando arestas, ou seja, limitando o exercício abusivo do direito e da liberdade de contratar.

Então, além de atuar como critério de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113) e como fonte de deveres autônomos para os contratantes (art. 422), a boa-fé objetiva também tem o importante papel de limitar o exercício de direitos subjetivos.

No artigo 187 do novo Código Civil a função social do Direito é colocada como limite para o exercício de todo e qualquer direito, verdadeiro cláusula geral de barreira ao abuso.

Neste sentido:

“Em outras palavras, o exercício de todo direito subjetivo está condicionado ao fim que a sociedade se propôs: a paz, a ordem, a solidariedade e a harmonia coletiva, enfim, ao bem comum, porque o Direito, repita-se, é o instrumento de organização social para atingir essa finalidade.” (CAVALIERI FILHO, 2007, p.28)

Sendo que a eventual subversão de tais valores corresponde uma afronta aos fins sociais do direito.

Verifica-se que a socialidade é a matriz do Código Civil, uma vez que todo indivíduo deve agir com boa-fé e ética para contribuir com a preservação da paz social e com a promoção do bem comum.

O mesmo pode ser dito em relação ao valor da operabilidade como instrumento de manutenção desta função social do direito.

“No que concerne ao princípio da socialidade, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra nós, em detrimento da palavra eu.” (TARTUCE, 2018, p.61).

Neste contexto surge a função social do Direito, na qualidade de princípio, como a boa-fé objetiva e o abuso de direito, exprimindo notório valor jurídico, conferindo à norma jurídica um conteúdo aberto e contemporâneo, com o intuito de produzir efetividade e pretendendo alcançar o fim da lei almejado pelo legislador: a pacificação dos conflitos e o bem-estar social e individual.

Afinal de contas, esta é a razão de ser do contrato social concebido em seu berço teórico.

Portanto, existe uma função social do Direito a qual se opera como controle social por meio de regras de condutas previamente determinadas pelo processo legislativo constitucional, que por sua vez determinam deveres jurídicos.

Nesta conjuntura, a teoria *Duty to mitigate the loss*” encontra o seu fundamento jurídico na função social do direito, fato que, por si só, confere a legitimidade necessária para a sua aplicabilidade no campo do estudo, no caso a responsabilidade civil extracontratual.

Até mesmo o exercício de um direito legítimo pode ser considerado ato ilícito, por ser abusivo, quando o seu titular o pratica de forma excessiva, extrapolando aos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, nos exatos termos do art.187 do Código Civil.

Não somente comete ato ilícito aquele que viola o direito de outrem, mas também aquele que uso de maneira desmedida, desequilibrada de seu próprio direito.

Portanto, existe uma função social do Direito a qual se opera como controle social por meio de regras de condutas previamente determinadas pelo processo legislativo constitucional, que por sua vez determinam deveres jurídicos.

Nesta conjuntura, a teoria *Duty to mitigate the loss*” encontra o seu fundamento jurídico na função social do direito, fato que, por si só, confere a legitimidade necessária

para a sua aplicabilidade no campo do estudo, no caso a responsabilidade civil extracontratual.

Logo, o objetivo primordial perquirido pelo trabalho acadêmico consiste em realizar uma pesquisa científica com a finalidade de se estudar a função social do direito enquanto fundamento jurídico e social, para, assim, poder legitimar a aplicabilidade da teoria objeto de estudo no cenário fático-jurídico da responsabilidade civil extracontratual.

3. FENÔMENOS SOCIAIS E JURÍDICOS

*"Por que pagar mais caro se o Vila me dá tudo aquilo de um bom cigarro?
Gosto de levar vantagem em tudo, certo?
Leve vantagem você também, leve Vila Rica!"
Expressão que deu origem à "Lei de Gérson" (1976)*

3.1 Inter-relação entre fato, teoria e lei

Importa destacar neste tópico que "o desenvolvimento da ciência pode ser considerado como uma inter-relação constante entre teoria e fato". (GOODE, HATT, 1969 apud MARCONI, LAKATOS, 2003, p. 114).

Do ponto de vista científico, o fato é considerado uma observação empiricamente verificada.

Já a teoria se refere às relações entre fatos e as suas respectivas análises, interpretações e sistematizações, consistindo em conceitos, classificações, correlações, generalizações, princípios, leis, regras, teoremas, axiomas etc.

Os fatos são os acontecimentos ou ocorrências decorrentes de ação humana ou de eventos exteriores ou naturais, podendo, ou não, produzir efeito jurídicos.

Indubitavelmente, a observação de fatos e a posterior descrição e o registro dos acontecimentos pode conduzir a elaboração de teorias que causam impactos no universo do Direito enquanto disciplina integrante das ciências sociais aplicadas.

Logo, as teorias são desenvolvidas a partir da observação de fatos, seguida da definição, generalização e classificação de aspectos comuns aos mesmos, de maneira a poder obter a descrição de um fenômeno verificável cientificamente contendo a sua explicação a partir da teoria descrita.

Segundo Marconi e Lakatos (2003), a teoria e os fatos são inter-relacionados, sendo os principais elementos em prol da busca da verdade e do conhecimento, sendo que não existe teoria sem fatos, e muito menos, não é possível de se ordenar, classificar ou explicar certos fatos sem uma teoria a respeito.

Ou seja, pode-se afirmar que fato e teoria são subsídios indissociáveis para a edificação do conhecimento científico.

A teoria orienta o campo de atuação de uma ciência, oferece um sistema de conceitos, resume o conhecimento, prevê fatos e indica lacunas no conhecimento.

De seu turno, o papel do fato é iniciar a teoria, reformular ou rejeitar, redefinir ou esclarecer, as teorias.

Resumindo, a teoria permite compreender e explicar os fatos, e por derivação pode ser utilizado para se tentar entender outros fatos, descrevendo-os e explicando-os.

Já a lei entra com duas funções (MARCONI e LAKATOS, 2005), que é a de resumir e a de prever os fatos.

A lei pode indicar que existe uma coexistência ou um padrão nas coisas como pode indicar que existe uma regularidade ou padrão na sucessão de eventos.

Na relação teoria com a lei, a teoria é mais ampla que a lei.

Segundo Marconi e Lakatos (2005), a hipótese é um enunciado geral de relações entre variáveis (fatos, fenômenos) que formula uma solução provisória a um dado problema, tem caráter de explicação ou predição, é compatível com o conhecimento científico e com a lógica, e pode ser verificado experimentalmente em suas consequências.

Um problema, para ter validade científica deve ser verificado mediante uma hipótese.

Portanto, o estudo empírico, realizado pela verificação dos fatos se torna uma poderosa ferramenta para a constatação e descoberta dos aspectos invariáveis comuns aos diferentes acontecimentos, os quais guardam uma similitude observada, além de uma regularidade de situações peculiares.

3.2 Fatos Sociais

Fato é todo acontecimento, é toda ocorrência de eventos.

Existem fatos que não repercutem no mundo jurídico, não criam relações jurídicas, como por exemplo uma procissão religiosa.

Esta procissão pode não interessar ao direito, mas pode ser bem significativa para o estudo da cultura de um povo.

Entretanto, pode acontecer que, durante o percurso da procissão, um sujeito qualquer venha a sofrer um atropelamento, culposo ou doloso, vindo a óbito.

Neste caso, o evento procissão, com certeza, irá ser objeto de estudo pelo Direito Penal e Direito Processual Penal para a devida punição do culpado.

Enquanto, a reparação civil será objeto de estudo para o Direito Civil.

Nem todo o fato social impacta o direito.

Porém, todo o fato jurídico tem a sua origem no fato social.

O sociólogo francês Émile Durkheim (1858-1917) foi o responsável por edificar a sociologia sob o fundamento dos fatos sociais, cuja obra denominada “As regras do método sociológico” foi primeiramente publicada em 1895.

Segundo ele, a disciplina de Sociologia seria a “ciência dos fatos sociais”, a qual deveria ser compreendida mediante a observação empírica dos valores, normas culturais e estruturas sociais, transcendentais ao indivíduo, e aptos para exercerem um controle social.

Durkheim definiu fato social como:

É um fato social toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior. ou: que é geral no conjunto de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente das suas manifestações individuais. (DURKHEIM, 2007, p.13)

Ao descrever o método sociológico de observação, Durkheim, num primeiro momento o distinguiu da filosofia, desprendendo a Sociologia de toda e qualquer corrente filosófica, seja positivista, evolucionista, espiritualista, naturalista, etc.

Percebe-se que o seu intento, ou melhor, a sua maior preocupação, era o de orientar as ciências sociais para alcançar resultados práticos.

E para que isso fosse possível era preciso também libertá-la do partidarismo político, uma vez que não estaria umbilicalmente ligada a quaisquer doutrinas, sejam individualistas, liberais, comunistas, socialistas, etc.

Assim sendo, a análise dos fatos sociais não deve ser baseada em ideias pré-concebidas, uma vez que o princípio da causalidade dever-se-ia ser aplicável aos fenômenos sociais como postulado empírico, na medida em que ele considera que cada efeito corresponde a uma só causa.

Portanto, se um fato tem mais de uma causa, então ele não é um fato único/isolado, pressupondo, assim, a existência de outros fatos correspondentes às respectivas causas com seus efeitos.

Para Durkheim (2007) os fenômenos sociais são exteriores aos indivíduos: a sociedade não seria simplesmente a realização da natureza humana, mas, ao contrário, aquilo que é considerado natureza humana é, na verdade, produto da própria sociedade.

Os fenômenos sociais são considerados por Durkheim como exteriores aos indivíduos, e devem ser conhecidos não por meio psicológico, pela busca das razões internas aos indivíduos, mas sim externamente a ele na própria sociedade e na interação dos fatos sociais.

Fazendo uma analogia com a biologia, a vida, para Durkheim, seria muito mais uma síntese de um todo maior, do que a soma das partes, da mesma forma que a sociedade é uma síntese de indivíduos que produz fenômenos diferentes dos que ocorrem nas consciências individuais (isto justificaria a diferença entre a sociologia e a psicologia).

Durkheim considerou o seu método sociológico como sendo de índole objetiva, por tratar os fatos sociais como simples objetos, ou seja, coisas sociais.

Ele tratou a sociologia como uma ciência distinta e autônoma cuja cultura específica seria o instrumento adequado para a compreensão dos fatos sociais. Durkheim acreditava que o conhecimento dos fatos sociológicos deveria vir de fora, da observação empírica dos fatos.

Os fatos sociais, para Durkheim, existem fora e antes dos indivíduos. Durkheim, neste sentido, era essencialmente objetivista, empirista e indutivista.

Quanto às regras relativas à explicação dos fatos sociais, Durkheim esclarece o seguinte:

“A maior parte dos sociólogos acredita ter explicado os fenômenos uma vez que mostrou para que eles servem e que papel desempenham. Raciocina-se como se tais fenômenos só existissem em função desse papel e não tivessem outra causa determinante além do sentimento, claro ou confuso, dos serviços que são chamados a prestar.” (DURKHEIM, 2007, p.91)

Deste modo, Durkheim critica os seus antecessores nas ciências sociais asseverando que o estudo acerca da utilidade de um fato ou fenômeno social, tal como

a formação da sociedade, a instituição do governo, ou a transformação da família, não traduz, necessariamente, na explicação de como ele surgiu nem de como ele realmente é.

Pois os usos a que serve [o fato] pressupõem as propriedades específicas que o caracterizam, mas não o criam.

Sob esta visão de Durkheim é importante pontuar que a observação dos fenômenos sociais, segundo ele próprio, deve se remontar na cadeia de suas causas e efeitos no âmbito do método indutivo.

Ao invés de buscar a causa dos fatos sociais nos fins ou na função que ele desempenha, "a causa determinante de um fato social deve ser buscada entre os fatos sociais antecedentes, e não entre os estados de consciência individual".

Fica esclarecido que o estudo do método sociológico de Durkheim guarda um especial paralelo com o trabalho acadêmico ora empreendido, pois a princípio, sob a ótica do sociólogo francês seria completamente inútil estudar a função do Direito na condição de fato social, uma vez que, dado ao isolamento empírico proposto, tal esforço não seria válido.

Isto porque, preliminarmente, a utilidade de um instituto jurídico, não conduz, necessariamente à sua compreensão ontológica enquanto coisa social.

Porquanto, muito mais significativo seria a sua causa do que a sua utilidade como sendo o efeito desejado.

Entretanto, Durkheim, ao concluir a suas "regras relativas à explicação dos fatos sociais" ensina didaticamente o seguinte:

Por outro lado, concebe-se facilmente que tudo o que precede se aplica tanto à determinação da função quanto à da causa. A função de um fato social não pode ser senão social, isto é, ela consiste na produção de efeitos socialmente úteis. Certamente pode ocorrer, e acontece de fato, que, por via indireta, o fato social sirva também ao indivíduo. Mas esse resultado feliz não é sua razão de ser imediata. Podemos portanto completar a proposição precedente, dizendo: a função de um fato social deve sempre ser buscada na relação que ele mantém com algum fim social." (DURKHEIM, 2007, p.112)

Portanto, aparentemente, o objetivo do trabalho acadêmico de promover a análise funcional do instituto do dever de mitigar os danos na seara extracontratual não esbarrou em uma “pedra” no meio do caminho, parafraseando Carlos Drummond de Andrade, mas sim, numa “verdadeira muralha” chamada Émile Durkheim, tido pelos estudiosos como pai da sociologia, como dito.

Passado o “susto”, a pseudo antinomia foi superada, haja vista a importância também conferida à função de um fenômeno social, apesar de que tal estudo deve, segundo Durkheim, ser realizado de forma isolada de sua causa, por se tratar de um efeito, uma consequência de sua natureza, ou essência, enquanto coisa social.

Apenas a título de reflexão oportuna...

Árdua tarefa seria empreender um estudo acerca das causas pelas quais deram origem ao fenômeno social denominado Direito, raciocinadas de forma isolada da utilidade do mesmo.

Realmente, esta não é a proposta deste texto dissertativo, por ser uma empreitada por demais complexa, especulativa e destituída do pragmatismo ora necessário.

Ademais, o princípio da causalidade pode ser impugnado pela simples constatação da possibilidade de inversão dos eventos, sendo que o fora considerado como consequência pode ser causa.

Ou seja, o Direito pode ter surgido de uma necessidade social, de um desígnio coletivo, não existindo uma causa em si mesmo...Contudo, não convém adentrar neste terreno pelas razões acima apontadas.

Como visto, o fato social é exterior às consciências individuais, exercendo coerção sobre os indivíduos, e apresentando uma generalidade no meio do grupo.

Acerca das regras do estudo sociológico do fato social deve ser observada a sua objetividade, uma vez que o fato social deve ser tratado como coisa, devendo ser afastados todos os preconceitos.

Logo, o objeto de investigação deve ser definido de forma precisa.

Sendo que no presente estudo o elemento analisado sob o prisma funcional é o instituto jurídico correspondente à teoria do dever de mitigar os danos denominado pelo direito anglo saxão como “Duty to mitigate the loss”.

3.3 Aspecto histórico-cultural: A Lei de Gérson e o jeitinho brasileiro

Na cultura brasileira, a “Lei de Gérson” é um princípio consagrado socialmente e sedimentado no imaginário popular, pelo qual uma pessoa, natural ou jurídica, intenta obter vantagens de forma indiscriminada, sem se importar com questões éticas ou morais, por exemplo.

A expressão nasceu em meados da década de 80 quando o jornalista Maurício Dias durante uma entrevista considerou a intenção do brasileiro de levar vantagem em tudo, como sendo uma decorrência “axiológica” da “Lei de Gérson”

Esclareça-se que Gérson de Oliveira, jogador de futebol da seleção brasileira, quem ficou com a fama pela autoria da frase precursora a qual batizou e consagrou“ o “jeitinho brasileiro de ser”.

O fato é que esta famosa “lei” entronizou na sociedade a ponto de disseminar uma cultura popular baseada em seu postulado categórico de “passar a perna” no outrem.

Oportuno considerar, neste passo, que tal lei refletiu o caráter de muitos, que até hoje se gabam por hastear a bandeira da malandragem, da falcatrua e do estelionato.

Assim, a famosa - e ainda vigente - Lei de Gérson teve origem em uma propaganda estrelada por um dos melhores meio-campistas da história do futebol brasileiro a favor do uso dos cigarros “Vila Rica” no ano de 1976. Com efeito, na peça publicitária, o atleta fala sobre as vantagens do cigarro e pronuncia a seguinte frase: “É gostoso, suave e não irrita a garganta”.

Em seguida, depois do atleta fazer o marketing do cigarro ele dá um sorriso maroto, proferindo a famosa expressão: “Por que pagar mais caro se o Vila me dá tudo aquilo de um bom cigarro? Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também, leve Vila Rica!”.

A partir disto, ficou enraizada na cultura popular a “Lei de Gérson”, que embora não tivesse nenhuma eficácia jurídica, a sua eficácia social ainda se faz notória.

Muitas pessoas acreditaram que era bacana ser desonesto, auferindo vantagem indevida em detrimento ao respeito pela integridade física, moral, e financeira do lesado.

A propósito, o jeitinho brasileiro também simboliza a cultura carioca do jeito “malandro de ser”.

Como se ser esperto e prejudicar os outros para ganho próprio fosse algo digno de aplauso e de comemoração.

Seria algo do tipo, de receber do caixa do supermercado um troco a mais na realização das compras e não devolver, saindo sorrindo do estabelecimento se gabando de ter se locupletado facilmente.

Tal sujeito nem pensa na probabilidade deste valor auferido ser exigido do funcionário do supermercado quando do fechamento, nem na hipótese de tal monta ser descontada do seu salário.

Lesar o outro não importa...

O que importa mesmo, para o jeitinho brasileiro é se beneficiar, “malandramente”, como se diz.

A questão é que, neste exemplo analisado abstratamente como fato, a princípio, o seu efeito não repercutiria no mundo jurídico, ficando adstrito como fenômeno social.

A não ser que, dentre outros motivos, o funcionário se recusasse a restituir o empregador e uma vez demitido, por causa de sua conduta culposa, levasse a querela para a justiça trabalhista.

Outro exemplo clássico, o qual provavelmente causaria um impacto maior no mundo jurídico, é o caso de cobrança excessiva de danos em evento de acidente automobilístico.

Suponha-se que, na hipótese de um veículo com algumas avarias do tipo arranhões ou amassados no para-choque traseiro. E uma vez trafegando em via pública acontecesse de ser abalroado em sua traseira.

Hipoteticamente, em eventual acordo realizado com o agente causador dos danos - quem de imediato assume a culpa e se propõe a pagar os danos resultantes de sua conduta - o lesado se compromete em fazer orçamento do prejuízo para fins de reparo.

A questão é, neste caso, eventualmente, o lesado poderia acrescer no orçamento realizado alguns danos pré-existentes ao acidente?

Se a conduta do lesado se pautar na Lei de Gérson e no jeitinho brasileiro de ser, certamente sim.

São inúmeras as situações que poderiam ser aqui descritas e exemplificadas, tal como achar carteira com dinheiro e somente devolvê-la com os documentos e sem o dinheiro; comer em restaurante e sair de fininho ou correndo sem pagar; dentre outras.

Uma vez produzidas em massa, estas situações fáticas se transformam em fenômenos sociais, podendo repercutir ou não no mundo jurídico, adquirindo a vestimenta de fato jurídico.

Pode-se, então, afirmar, sem medo de errar, que todo fato jurídico é antes um fato social por excelência.

E o fato social, por sua vez, está obrigatoriamente inserido num contexto histórico-cultural, ou seja, temporal, espacial e circunstancial.

O aspecto temporal é histórico, haja vista acontecer em uma época, e o espacial e circunstancial é de índole cultural, porque todo espaço social é também cultural, porquanto a cultura é fruto da sociedade e não vice-versa.

3.4 Fatos jurídicos

Os fatos que interessam ao Direito são aqueles que criam, modificam ou extinguem relações ou situações jurídicas.

Estes são chamados de fatos jurídicos ou fenômenos jurídicos.

É todo o acontecimento ou fato exterior ao homem, dependente ou não de sua vontade, suscetível de produzir efeito jurídico.

O estudo dos fatos jurídicos é relevante para o alcance dos resultados almejados neste trabalho, pois é mister enquadrar a Responsabilidade Civil na estrutura geral do direito sendo os fatos jurídicos o seu ponto de partida.

Como dizia Ihering: *facto jus oritur*.

Ou seja, o Direito nasce dos fatos.

Apenas frisando, nem todo fato repercute juridicamente, mas somente aqueles por meio dos quais o Direito é concebido.

“Quando, no mundo real ocorre um fato [abstrato] que se ajusta a hipótese prevista na norma (fato jurígeno), a norma incide sobre este fato, atribuindo-lhe efeitos jurídicos. Eis aí o fato jurídico [...]”. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.6).

Portanto, fato jurídico é todo acontecimento apto a produzir efeitos jurídicos como o nascimento, a modificação e a extinção de um direito subjetivo, ressalta-se.

Os fatos jurídicos são classificados como naturais ou voluntários, conforme seja a decorrência de seus acontecimentos: sejam da própria natureza, como o nascimento, a morte, o trovão, etc., ou sejam voluntários advindos das condutas humanas.

Os fatos jurídicos voluntários, por sua vez, podem ser lícitos ou ilícitos, conforme estejam em harmonia, ou não, com a lei.

Lembrando também que, o fato ilícito por afrontar o direito, decorre de uma violação a um dever jurídico, imposto pela norma de conduta.

3.5 Direito Subjetivo

A tradicional dogmática jurídica insiste em considerar a noção de direito subjetivo como sinônimo de proteção dos interesses do ser humano.

Na lição do jurista Pablo Stolze Gagliano o direito subjetivo “designa a possibilidade ou faculdade individual de agir de acordo com o direito (*jus est facultas agendi*)” (GAGLIANO, 2012, p.42))

Diante desta linha de raciocínio, uma pessoa, física ou jurídica, detém a titularidade do exercício do direito, munida de prerrogativas legais, para que ela alcance determinados efeitos jurídicos pretendidos conforme o caso.

Por exemplo, o direito subjetivo de propriedade gera as prerrogativas de usar, gozar e dispor do bem, o que se enquadra no conceito mencionado.

Salienta-se, pois, que a teoria do direito subjetivo trata dos direitos efetivamente garantidos ao indivíduo por lei, facultando a ele o poder de exigir a sua pretensão, mediante a invocação daquilo que lhe fora previamente garantido na legislação, a fim de garantir o cumprimento da norma positivada.

Já que, em suma, o direito objetivo se *refere* a norma de conduta imposta pelo Estado, a qual deverá ser obedecida pelos destinatários.

Neste contexto, Maria Helena Diniz (1995, p. 224-225) parte da distinção entre o direito objetivo e o direito subjetivo para definir seu sujeito de direito. Assim, o direito objetivo seria “o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano,

prescrevendo uma sanção no caso de sua violação (*jus est norma agendi*)”, enquanto o direito subjetivo seria “a permissão para o uso das faculdades humanas”

Ratificando a complementaridade dos conceitos de direito objetivo e direito subjetivo, Nader (2010, p. 80) afirma que estas “não são duas realidades distintas, mas dois lados de um mesmo objeto”, concluindo que “do ponto de vista objetivo, o Direito é norma de organização social”, sendo também chamado de “*jus norma agendi*”, enquanto o direito subjetivo corresponde “às possibilidades ou poderes de agir que a ordem jurídica garante a alguém”, sendo, portanto, “um direito personalizado, em que a norma, perdendo o seu caráter teórico, projeta-se na relação jurídica concreta, para permitir uma conduta ou estabelecer consequências jurídicas”.

Críticas não faltam à construção teórica dos direitos subjetivos.

Na visão do jurista francês Pierre Marie Nicolas Léon Duguit:

“o homem, pelo simples fato de ser homem, por sua natureza humana, nasce com certos direitos subjetivos, sendo o mais sublime deles a liberdade. Neste sentido, todos têm a obrigação de respeitar o livre desenvolvimento da atividade física, intelectual e moral do indivíduo, sendo essa obrigação o próprio fundamento do direito. Ou seja, o direito objetivo surge, nesta perspectiva, para garantir os direitos naturais do homem (direitos subjetivos), os quais, para sua preservação, sofrem uma limitação recíproca por parte dos direitos individuais de todos os outros sujeitos (DUGUIT, 2009, p. 23).

Pontes de Miranda (1976, p.10 apud Braga Netto, 2016, p.35) foi outro crítico ferrenho da teoria dos direitos subjetivos dotada de um viés extremamente individualista, opondo, assim, ao conteúdo despótico do exercício dos direitos subjetivos, antecipando, em longas décadas, o conceito de função social de determinados institutos jurídicos tais como, o da propriedade e o dos contratos:

“Tampouco se definiria o direito subjetivo como poder de mandar, de impor, de comandar. Aos séculos de pontiagudo individualismo foi grata tal concepção, que pôs o indivíduo no lugar dos déspotas. O ‘meu’ direito (subjetivo) significava a minha força, o meu poder, a minha violência, sucedâneos da força, do poder, da violência do príncipe” (PONTES DE MIRANDA, 1976, p.10).

Ademais, a crítica à concepção tradicional dos direitos subjetivos repousa no fato da dogmática jurídica alçar o indivíduo como razão e fundamento do direito, ao invés da coletividade, como assim aponta.

Este entendimento não condiz com a concepção sociológica do direito preconizada por este trabalho, em cuja epígrafe traduz bem a posição adotada no trecho de autoria de Paulo Nader: “[...] O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. A sua causa material está nas relações de vida, nos acontecimentos mais importantes para a vida social.” (NADER, 2014, p.56)

3.6 Atos Ilícitos

Ato ilícito é toda conduta que contraria a boa-fé.

Esta definição simboliza uma inovação realizada pelo Código Civil vigente que define o ato ilícito a partir de um conceito aberto, o que enseja no desprendimento do elemento culpa à noção de ato ilícito.

Neste ângulo, cita-se o abuso de direito, ato ilícito por lei ao teor do art.187 do Código Civil vigente, cuja ocorrência como fenômeno jurídico está completamente desvinculado do elemento culpa.

A culpa é totalmente dispensável para fins de caracterização do ato ilícito.

Em razão de ser o fato ensejador da responsabilidade civil, o conceito de ato ilícito atinge um grau de maior relevância no campo de investigação deste trabalho.

Questão controvertida, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, reside na inclusão do elemento culpa no plano conceitual do ato ilícito, por também se tratar de um conceito complexo.

O referencial clássico associava-se à ilicitude civil a culpa, o dano e o dever de indenizar. A princípio, são elementos sem os quais pensava-se não ser possível a caracterização de um ilícito civil.

Nesse contexto, Orlando Gomes (2007) define o ato ilícito como sendo a “ação ou omissão culposa com a qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do direito privado, causando-se dano a outrem.” (GOMES apud BRAGA NETTO, 2018, p.137)

Sobre o tema, Braga Netto (2003) considera que nem a culpa, nem o dano, nem o dever de indenizar caracterizam a ilicitude civil. Prosseguindo, ele formula uma crítica da concepção que vê os ilícitos civis como atos voluntários, adjetivados pela culpa, pelo dano e pela eficácia ressarcitória.

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2008), autor referendado em matéria de responsabilidade civil, o ato ilícito possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo.

Em seu aspecto objetivo, o ato ilícito representa, *per si*, um evento, ou uma conduta que contraria o direito por violar ou negar os seus valores e os fins da ordem jurídica. Neste ponto, o aspecto objetivo do ato ilícito se conecta à noção de antijuridicidade.

Por sua vez, a antijuridicidade de uma conduta é assim considerada sob a lente de certos valores sociais pertencentes a noção do bem comum. O aspecto objetivo do ato ilícito não leva em conta se a conduta humana fora praticada voluntariamente ou não, seja ela omissiva ou comissiva, diga-se de passagem.

No que diz respeito ao aspecto subjetivo do ato ilícito, o enquadramento de uma conduta como sendo ilícita depende de um juízo valorativo a este respeito, o que pressupõe de se resultar de um ato humano consciente e livre. Esta linha de pensamento, a qual considera a ilicitude em seu duplo aspecto, coaduna com a seguinte lição do mestre Orlando Gomes:

“Mas a antijuridicidade objetiva distingue-se nitidamente da antijuridicidade subjetiva. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, pode ser provocada por um fato *stricto sensu*, enquanto a antijuridicidade subjetiva é sempre consequência de ato voluntário. (GOMES, 1994, p.254).”.

3.7 Noção de experiência jurídica

Em síntese, **fato**, **valor** e **norma** são dimensões da experiência jurídica.

Para Miguel Reale (2008) o fenômeno jurídico é uma realidade fático-axiológico-normativa, que se revela como produto histórico-cultural dirigido à realização do bem comum.

A noção de experiência jurídica (REALE, 2008), a qual se revela muito atual, também é de suma importância no desenvolvimento deste trabalho por estar diretamente relacionada com a análise funcional pretendida.

Tanto a experiência jurídica ora tratada, quanto a análise funcional se nutrem da mesma fonte: a Teoria Tridimensional do Direito, elaborada pelo professor Miguel Reale.

O autor da Teoria Tridimensional definiu o Direito como “realidade histórico-cultural tridimensional, ordenada de forma bilateral atributiva, segundo valores de convivência”. (REALE apud NADER, 2014, p.360).

Miguel Reale reconhece a sua fonte inspiradora na doutrina de Gustav Radbruch, notável jurista alemão, da qual foi além, dizendo sobre ela o seguinte:

“[...] cada vez mais me parecia necessário ir além de Radbruch, não me limitando a vislumbrar na experiência jurídica a existência de três perspectivas: a do **fato** (objeto por excelência da Sociologia jurídica), a do **valor** do justo (objeto da Filosofia do Direito) e a da **norma** (objeto essencial da Ciência do Direito), tal como ainda pensava ao redigir *Fundamentos do Direito*, em 1940. A solução para essa forma de entendimento só encontrei quando tive a ideia de que **fato, valor e norma se dialetizam**, a meu ver segundo a dialética de complementaridade, e não a de oposição aplicada por Hegel. Segundo o jusfilósofo espanhol Sánchez De La Torre, antes dessa ideia de dialetização dos três apontados fatores, não se poderia falar, apropriadamente, em “Teoria Tridimensional do Direito”. (REALE, 2002, on line).

No desenvolvimento do presente trabalho, foram observadas algumas orientações metodológicas, a partir da análise estrutural - assim já consagradas, para a construção do arcabouço teórico-conceitual, mediante as quais poder-se-ia estudar o fenômeno jurídico sob a perspectiva da norma jurídica, da relação jurídica, da instituição jurídica, das instituições jurídicas, etc.

Porém, a visão da experiência jurídica por ser mais global e mais elevada se tornou o instrumento metodológico preferido pelo estudo empreendido, mediante a aplicação de sua exegese jurídica no contexto da análise funcional.

Outrossim, a experiência jurídica torna possível a análise normativa mediante a unidade das categorias na esfera do Direito Civil. Ademais, é da integração entre fatos e valor que surge a norma, como já dito outrora.

Logo, a experiência jurídica tem o condão de ser a base hermenêutica, integrando e aglutinando para si os outros elementos normativos da Ciência do Direito.

Pelas lições do professor Miguel Reale, pode-se refletir que o ser humano vive o Direito como experiência, realizando-o como fato social, pois o direito é fenômeno ligado à vida social do homem.

No campo do direito civil, a experiência jurídica se apresenta como sendo uma expressão do *modus vivendi* da sociedade.

Assim sendo, a concepção do direito como experiência jurídica representa o direito e a vida dos direitos, por traduzir a atividade humana, em todos os sentidos e em todas as manifestações. A experiência jurídica, enquanto conceito epistemológico já nasceu com a árdua tarefa de promover a unidade do fenômeno jurídico, no plano histórico-cultural. Para Miguel Reale a experiência jurídica significa:

“a compreensão do "direito *in acto*", como efetividade de participação e de comportamentos, sendo, pois, essencial ao seu conceito a *vivência atual do direito, a concreta correspondência das formas da juridicidade ao sentir e querer, ou às valorações da comunidade*: trata-se, por conseguinte, de uma compreensão necessária do direito, enquanto este não pode ser reduzido à simples vigência normativa ou a mero juízo lógico preceptivo, - que o mutilaria em sua essência -, mas deve ser interpretado como real processo de *aferição dos fatos em suas conexões objetivas de sentido*.” (REALE, 1992, p.31).

Na teoria tridimensional, fato, valor e norma são dimensões essenciais do Direito. Por sua vez, o Direito não é suscetível de ser repartido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza.

A teoria tridimensionalista de Miguel Reale considera que a norma somente adquire valor objetivo quando se une os fatos aos valores da comunidade, num certo momento histórico. Esta concepção trata dos problemas da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica e da Teoria do Direito, tendo por fundamento a experiência jurídica. Segundo Miguel Reale (2005) a sua teoria consiste no tridimensionalismo concreto, pelo qual o fenômeno jurídico é tratado como fato ordenado juridicamente segundo valores.

Assim sendo, segundo ele, **fato**, **valor** e **norma** estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão de vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo a do fato e ao jurista o da norma.

Por sua vez, Maria Helena Diniz, em total sintonia com os ensinamentos de Reale, o complementa ao promover a seguinte reflexão:

"se o direito é a integração normativa de fatos e valores, ante a triplicidade dos aspectos do jurídico - fato, valor e norma - não há como separar o *fato* da conduta, nem o *valor* ou finalidade a que a conduta está relacionada, nem a *norma* que incide sobre ela". (DINIZ, 2009).

O presente trabalho também absorveu os conhecimentos mais aprofundados desta temática lecionados pelo Prof. Dr. José Maurício de Carvalho da UFSJ, quem desenvolveu um estudo acerca da Teoria Tridimensional do Direito de Reale, a sintetizando da seguinte forma:

A teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale foi concebida como alternativa para essas concepções jurídicas de forte presença na realidade luso-brasileira e responsáveis por muitos de nossos problemas: os positivistas que enfatizam ora a norma, ora o fato, e os idealistas focados nos valores distanciados dos fatos. E de quais problemas falamos? O idealismo criando leis descontextualizadas idealmente boas mas, na prática, não cumpríveis, produz o que o povo resume na expressão "leis que não colam" ou não são aplicáveis e o positivismo tratando a dialética norma e fato como relação de ajuste e desajuste, leva a sentenças absurdas como a condenação como assassina de uma mulher miserável que abortou o sétimo filho porque desesperada e separando-se do marido não se sentia em condição de criá-lo, ou então, na direção oposta a isenta absolutamente de qualquer culpa tomando-a como vítima do sistema. (CARVALHO, 2015, p.204)

Salvo melhor juízo, é justamente o fundamento da experiência jurídica que distingue a teoria tridimensionalista de Reale das demais.

Portanto, foi apresentada uma construção científica, a partir do conceito da experiência jurídica de Miguel Reale no âmbito da sua Teoria Tridimensional do Direito, com base na integralidade do fenômeno jurídico, com o escopo de realizar a pretendida análise funcional do instituto jurídico do dever de mitigar os danos no campo da responsabilidade civil extracontratual.

A partir desta compreensão, ora estabelecida como um poderoso instrumento hermenêutico, a pretendida análise funcional ganha a legitimidade necessária por meio da metodologia proposta aplicável pelo estudo de caso, como se verá no capítulo 6 desta obra.

3.8 A Jurisprudência

No curso da história o vocábulo **jurisprudência** sofreu uma variação semântica. No contexto do Direito Romano o vocábulo Jurisprudência era empregado para designar a Ciência do Direito pelos jurisconsultos romanos. Inclusive, Miguel Reale considerou a Jurisprudência como sinônimo de Ciência do Direito.

Entretanto, no presente trabalho, o termo jurisprudência, em síntese, é o conjunto de normas proferidas pelos magistrados durante a atividade jurisdicional.

Assim sendo, a jurisprudência denota “o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultantes da aplicação de normas e casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as situações similares ou idênticas.” (DINIZ, 2009, p. 157)

Nos ordenamentos jurídicos da tradição romano-germânica, o Direito legislado e o processo legislativo prevalecem como fontes do Direito.

Enquanto que, nos ordenamentos jurídicos da tradição anglo-americana (*common law*), os usos e costumes e a jurisprudência exercem papel de maior relevância na realidade do Direito, com destaque aos precedentes judiciais. Apesar de que, a influência do processo legislativo vem aumentando na atualidade.

A função criadora da jurisprudência, desenvolvida pela interpretação, integração e correção das leis, é muito relevante no âmbito da pesquisa ora empreendida por adequar

a norma à realidade social, reajustando a ordem jurídica em consonância com a evolução dos fatos e valores no decorrer do tempo.

Portanto, desta forma, como sendo a dimensão concreta e histórica da experiência jurídica e da norma, a jurisprudência deverá ser objeto de apreço e avaliação, como fonte da análise funcional ora empreendida.

É até mesmo admirável o papel fundamental que a jurisprudência exerce no sistema jurídico brasileiro, cuja análise de seus julgados, seja por meio de pesquisas quantitativas ou qualitativas, pode se tornar forte aliada para se mensurar o grau de validade, eficácia social e justiça das normas jurídicas.

Porquanto, partindo da premissa do Direito ser um subsistema social e se portar como um legítimo representante da experiência jurídica em prol do bem comum, pode-se afirmar que esta experiência jurídica é materializada no mundo jurídico e social por meio da jurisprudência.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL

*O Direito estuda os fenômenos jurídicos,
em seus traços formais,
no empenho de criar, no plano da abstração,
um sistema de princípios hierarquizados,
classificados e de relevante valor lógico.
Constituindo a responsabilidade um fenômeno jurídico,
torna-se relevante situá-la no esquema geral da ordem jurídica.
(CAVALIERI FILHO, 2019)*

4.1 Prólogo

A responsabilidade civil tem por fundamento remoto o direito obrigacional, porque ela surge da obrigação de não causar dano e de repará-lo, caso este venha a ocorrer.

As condutas humanas que venham a causar um dano são na maioria das vezes cometidas por ação ou omissão que causam um prejuízo, dano ou lesão a alguém.

A responsabilidade civil é um instrumento designado em prol da segurança jurídica e da pacificação social.

A responsabilidade civil extracontratual é o campo de estudo do presente trabalho, haja vista que, a observação de algumas situações verificadas neste cenário foi o ponto de partida empírico. Considerando também a necessidade de recorte da pesquisa de forma a adequar o seu conteúdo ao escopo da dissertação.

Soma-se a isto o fato de que a aplicabilidade da teoria do dever de mitigar o próprio dano no âmbito da responsabilidade civil extracontratual é uma temática ainda pouco explorada no direito pátrio, porém, não menos importante do que a doutrina francamente explorada na seara contratual civil.

Com efeito, na seara da responsabilidade civil contratual esta doutrina tem sido amplamente reconhecida e aplicada na ordem jurídica pelos juristas brasileiros.

Então, no afã de não edificar em terrenos já densamente ocupados, a presente pesquisa visa investigar territórios inalcançados ou pouco explorados, pelo menos, a fim de realizar a construção teórica sobre a aplicabilidade da teoria “*Duty to mitigate the loss*” na esfera extracontratual, onde inexiste vínculo obrigacional preexistente entre as partes envolvidas.

A responsabilidade civil consiste no dever jurídico de reparar o dano por quem o cometeu ou contribuiu para a sua consumação.

O Direito Positivo estabelece padrões de conduta e de comportamento mediante a instituição de deveres aos sujeitos de direito por exigência da convivência social.

Estes deveres, conforme a natureza do direito a eles correspondentes, podem ser comissivos ou omissivos, ou seja, de fazer ou não fazer algo.

Nesta órbita, ainda subsiste, de forma implícita, uma cláusula geral como sendo um dever imposto a todos, de não prejudicar a ninguém, tal como foi preconizado pelo Direito Romano, por meio do princípio ***neminem laedere***, traduzida como "a ninguém ofender", considerada como um ideal de comportamento civilístico e do sentimento de justiça.

O princípio em estudo provém do preceito de Ulpiano, e consta no *Digesto*: "***luris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere***", assim traduzido: "Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu."

Sobre o tema Rui Stoco (2004) vê a responsabilização como forma de exteriorização da própria justiça.

Justamente para disciplinar a vedação de não lesar o outro é que a teoria da responsabilidade civil determina as consequências da violação ao direito alheio como uma forma de prevenir os danos e propiciar a pacificação social.

Sem sombra de dúvidas, a recomposição, ou - diante da sua impossibilidade - a reparação do dano são fatores de estabilização, já que a ausência deles acarreta graves distúrbios e desequilíbrios no âmbito do convívio social.

4.2 Evolução da Teoria da Responsabilidade Civil

Desde a origem da humanidade o ser humano intenta responsabilizar o agente causador do dano de alguma forma...

A vingança privada já tinha seus contornos e limitações desde o Código de Hamurabi, escrito na Mesopotâmia em 1772 A. C aproximadamente. Em seu conjunto de leis escritas ficou registrado o princípio do Talião, sinônimo de retaliação, segundo o qual havia uma limitação para as penas, uma vez que a vingança não poderia ser desmedida.

Assim sendo, a pena deveria ser proporcional à ofensa cometida pelo agente, de modo que prevalecia a máxima “dente por dente, olho por olho”.

O caráter punitivo da responsabilização do agente era, no entanto, muito mais evidente do que a reparação do dano em si.

Nesta lógica, se ocorresse um desabamento de uma moradia ocasionando a morte de um filho, o pai do falecido tinha o direito de exigir a morte do filho do construtor, por exemplo.

Posteriormente, o advento da Lei das Doze Tábuas constituiu um marco que deu origem ao direito romano. A compilação das normas escritas em um código representou um avanço para o Direito.

De fato, mediante o conhecimento das leis aplicadas, os plebeus puderam coibir eventuais abusos cometidos pelos legisladores pontífices e patrícios.

Daí então, foram atribuídas as primeiras ideias de composição voluntária e de indenização pecuniária como forma de reparação de dano.

Na ocasião, já havia, pois, uma nítida conjugação entre o punir e o reparar, cuja escolha - que por sinal definiria a sorte do causador do dano - competia à vítima. Ela poderia optar entre a vingança e a reparação.

A concepção do elemento culpa decorreu da **Lex Aquilia** (Lei Aquília) no âmbito do direito romano, aproximadamente em 286 d.C, cujo implemento deu origem aos fundamentos da Teoria Responsabilidade Civil.

Com efeito, “a experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva”. (TARTUCE, 2015, p.368). Até então, a culpa era tida como o único fundamento do dever de reparar o dano.

Deste modo, inexistindo culpa, em tese, não haveria a obrigação de reparação. Competiria, pois, ao elemento do nexo causal estabelecer o liame entre o dano e a culpa do agente mediante o conjunto probatório.

Indubitavelmente, as codificações privadas modernas foram influenciadas, como, por exemplo, o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

Registra-se que a Lei Aquília também contribuiu para a tutela dos chamados danos morais - já prevista em seu bojo - os quais somente foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988.

Por conseguinte, a sistematização em Códigos gerou a cisão entre direito civil e penal, competindo ao primeiro o cuidado com a vítima e a sua reparação e à criminalística a punição do agente causador do dano.

Eis o início da era da reparação.

Muito embora o caráter reparatório da responsabilidade civil se destaca cada vez mais, os traços da punição ainda são marcantes nos tempos hodiernos em que persiste o franco debate em torno da teoria dos danos punitivos, ou *Punitive Damages*, por exemplo, com o intento de desestimular as condutas ilícitas.

Importante avanço na seara da responsabilidade civil se deu ao longo do século XX, quando a responsabilidade objetiva, que se opera independentemente do elemento culpa, foi positivada em nosso ordenamento, precisamente no Código de Defesa do Consumidor e posteriormente no Código Civil de 2002.

Na esfera civil, a exegese da responsabilidade se faz por meio da conjugação dos arts. 186, 187 e 927 previstos no Código Civil.

Tem-se hoje no Brasil um sistema de responsabilidade civil prevalentemente objetivo, sem exclusão, obviamente, da responsabilidade subjetiva que sempre será parte essencial do direito, da ética e da moral.

Além disto, a indenização correspondente ao ato ilícito praticado - seja mediante culpa ou não - deve ser medida pela extensão dos danos, ao teor da norma esculpida no art. 944 do Código Civil.

Ante ao exposto, na medida da evolução do instituto da responsabilidade civil busca-se o equilíbrio social fundamentado na seguinte questão: é admissível a indenização da vítima pelos prejuízos que ela mesma poderia ter evitado diligentemente.

Sobre tal questionamento, o estudo ora empreendido levanta o debate em torno da teoria *Duty to mitigate the loss*, mediante a qual é possível enfrentar este dilema demonstrando a solução da Justiça em casos concretos, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual.

4.3 Divisão binária

A responsabilidade civil decorre do descumprimento de um dever jurídico *lato sensu*, seja da violação de uma obrigação estabelecida contratualmente ou de uma norma de conduta pré-estabelecida em lei ou por preceitos do Direito.

Havendo dano resultante da infração surge, então, a obrigação de indenizar o lesado.

Neste contexto jurídico, a responsabilidade civil é classificada, quanto ao seu fato gerador, em contratual ou negocial, e em extracontratual também denominada aquiliana advinda da *Lex Aquilia* que estabeleceu os seus parâmetros.

Portanto, a responsabilidade contratual surgirá da inexecução contratual, conhecida também por ilícito contratual ou relativo, como por exemplo, a mora ou inadimplemento propriamente dito, proveniente de um negócio jurídico bilateral ou ato jurídico unilateral. Ou seja, a responsabilidade civil contratual surge em virtude da lesão a um dever jurídico preexistente, estabelecido entre as partes contratantes, pressupondo, pois, um vínculo obrigacional, ou seja, uma relação/situação jurídica entre os envolvidos.

Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual decorre também da violação a um dever jurídico preexistente, todavia, oriundo da vontade do Estado mediante a lei e o Direito.

Neste caso, os atos intrinsecamente ilícitos ou absolutos desencadeiam na obrigação de reparar o dano. Exemplos seriam o homicídio, lesões corporais, abuso sexual, acidente de veículos, etc.

Na responsabilidade civil extracontratual o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas, tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever jurídico ocasiona à vítima um dano digno de reparação.

Na esfera extracontratual, objeto do presente estudo, a responsabilidade civil, no âmbito do Código Civil de 2002 é baseada em dois conceitos ou pilares de sustentação: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187).

Críticas não faltam a esta divisão dicotômica ou binária da responsabilidade civil.

A expectativa é de que ocorra uma unificação do instituto da responsabilidade civil, como assim o fez o Código de Defesa do Consumidor ao não estabelecer tal distinção.

Autores renomados como Fernando Noronha e Judith Martins Costa adotam tal posição sustentando que os princípios e regras dessas duas modalidades seriam basicamente os mesmos, cuja fonte seria idêntica, no caso, o contrato social, sendo que ambas decorrem da violação a um dever jurídico preexistente.

Contudo, considerando a existência de diferenças em alguns aspectos, bem como para a melhor delimitação do tema proposto, é de bom alvitre o estabelecimento da divisão binária da responsabilidade civil, quanto a origem de seu fato propulsor, de acordo com a qualidade da violação, mesmo porque, assim, ela fora mantida pela atual codificação privada.

Ademais, a justificativa mais plausível para a manutenção da dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual reside no resguardo ao melhor interesse da vítima do dano.

Desta forma é conferida uma maior proteção ao lesado levando-se em conta também que a responsabilidade civil milita em prol da dignidade da pessoa humana, sendo esta o norte da função social deste instituto jurídico.

Quando se responsabiliza o agente causador do dano, ao mesmo tempo a vítima é atendida em suas necessidades sejam de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Portanto, a distinção se faz necessária, para atender e resguardar a vítima, pelo fato de existirem algumas regras próprias e funções específicas, como a respeito da prescrição e ônus probatório, bem como no caso da função reparatória que busca conduzir a vítima ao *status quo ante*, ou seja, o momento imediatamente anterior ao evento danoso.

Nas lições de César Fiuza (2019), para o Direito Civil o que interessa realmente são os efeitos decorrentes dos ilícitos praticados e não, necessariamente, a distinção entre eles.

4.4 Dever jurídico

Portanto, pode-se afirmar, neste contexto, de que existe um dever jurídico originário, o qual decorre também de valores universais enraizados no seio social, também conhecido como dever primário em cuja violação gera um dever jurídico sucessivo de desfazer o impacto advindo da conduta ilícita ou de reparar o dano.

Por exemplo, a compreensão do dever de respeitar a vida e a integridade física do outro corresponde a um direito, a princípio, absoluto e universal.

Na lição de Cavalieri (CAVALIERI FILHO, 2008, p.02) a “[...] responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”

A obrigação é sempre um dever jurídico originário. Enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente da violação do primeiro.

Esta é uma importante distinção entre obrigação e responsabilidade.

4.5 Funções da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil possui uma pluralidade de funções, não havendo relação de hierarquia de uma sobre as outras. A doutrina não é unânime na classificação das funções. Por isso a presente pesquisa se pautou no senso comum doutrinário para trazer à lume as funções reparatória, punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

No novo panorama do Direito Civil, as situações concretas estão sendo revalorizadas ao prejuízo, contudo, da velha concepção apegada às estruturas conceituais e abstratas.

Neste contexto paradigmático, a responsabilidade civil foi um dos institutos jurídicos que mais evoluiu.

Campo propício para mudanças, vertente de forte influência doutrinária e jurisprudencial, a responsabilidade civil produz uma (re)construção do fenômeno jurídico que ultrapassa as barreiras do direito posto, mesmo porque é impossível ao legislador prevê todas as situações fáticas vivenciadas no meio social que desaguam nesta vasta área do saber.

Ademais, diante das constantes mudanças, a sua dogmática jurídica tradicional precisa rever os seus conceitos para se amoldar aos novos tempos.

Com efeito, a responsabilidade civil é o cenário propício para o desenvolvimento de uma flexibilidade necessária, uma vez que trabalha com conceitos abertos, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados advindos de uma metodologia própria.

Salienta-se que, num primeiro momento e ainda subsistente, a responsabilidade civil teve como alicerce o *neminem laedere*, como já exposto.

Este princípio nos recomenda não lesar os direitos de outrem.

Pontes de Miranda aludia ao princípio como o da incolumidade das esferas jurídicas.

Todavia, o assunto do momento não é a causa mas a consequência, haja vista que passa-se à análise da função da responsabilidade civil, registra-se.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil carrega uma função repressiva, sendo que dada a ocorrência do evento danoso o que se perquire é o retorno ao status quo anterior ao dano.

Atualmente à esta função dar-se o nome de função reparatória, mediante a qual há uma transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial.

Não há possibilidade de voltar ao passado para apagar as consequências danosas já ocorridas, mas é possível vislumbrar um futuro e buscar no presente a reparação integral do lesado.

A substituição do bem lesado pode ser uma saída.

Porém, como reverter a morte de um filho?

Existem situações gravíssimas, as quais são impossíveis de se apagar as marcas. Nestes casos, a indenização não faz voltar a situação existente antes do evento danoso.

Por conseguinte, o que se pretende, nesta seara da responsabilidade civil, é atenuar a dor da vítima, e de sua família.

Para Braga Netto (2014) a função do direito como unidade é a de realizar a justiça material.

Aliás, no âmbito do Direito Romano, Ulpiano já dizia: “justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”.

No âmbito do processo Chiovenda também perfilhou deste ideal, ao dizer: “o processo deve dar, quanto for possível, praticamente a quem tenha direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Esta é a noção de justiça material.

De fato e de verdade, a justiça é considera o valor fundamental.

Certo é que, desde os filósofos gregos, passando por Platão, Aristóteles, pelos juristas romanos, pelos mestres do direito natural e pelas modernas teorias jurídicas, a

justiça continua sendo estudada como estandarte geral, não possuindo uma definição uniforme, pois a sua compreensão varia conforme a mudança dos contextos espaciais, temporais e circunstanciais.

No âmbito do Direito Civil a justiça se manifesta como um vetor de equilíbrio nas relações jurídicas cujas forças atuantes são desproporcionais, diga-se de passagem.

Viu-se, então, que tradicionalmente a função da responsabilidade civil é repressiva. Todavia, diante da impossibilidade fático-jurídica de retorno ao *status quo*, a função da responsabilidade civil vem adquirindo outros contornos.

Imperioso é, portanto, lidar com as consequências do dano, uma vez que já consumado.

Atento a isto, o direito busca conferir à responsabilidade civil uma maior autonomia.

Autonomia esta, fruto das conquistas sociais, salienta-se neste passo, mediante as quais fora possível a edificação da função preventiva da responsabilidade civil.

O Direito Civil passou a ostentar a qualidade de detentor do direito de punir na esfera privada patrimonial, avocando para si uma competência que era do direito penal.

Há quem, assim, defenda a adoção da técnica punitiva no âmbito do direito civil, apesar de não haver permissivo legal para isto e apesar dos limites do valor indenização mensurada proporcionalmente pela extensão dos danos.

A função punitiva consiste na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis, é o famoso caráter pedagógico da indenização, que, por sinal, tem sido aplicado indistintamente por magistrados ao redor do país.

Aliada à função reparatória e a punitiva, existe também a função preventiva ou precaucional (ROSENVALD, 2019), cujo objetivo é inibir atividades potencialmente danosas, como já dito.

A reparação é a projeção da responsabilidade civil no caso concreto.

É aquilo que se oferece à vítima e a que se obriga o lesante para anular ou compensar o dano causado.

A reparação integral dos danos tem por fundamento a noção de Aristóteles de justiça e o seu intuito é a reparação dos danos ao lesado de forma integral, conforme a extensão dos danos.

De fato, o ato de restituir a vítima ao *status quo ante* é um corolário da justiça corretiva.

Sobre o tema:

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado *no status quo ante restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano.” (CAVALIERI FILHO, 2019)

Assim sendo, para alcançar a mensuração quantitativa da indenização, o critério adotado pelo legislador no art.944 do Código Civil de 2002 foi o atinente à extensão dos danos, não importando se tratar de responsabilidade subjetiva ou objetiva e independentemente de culpa.

Este critério ao mesmo tempo que é uma garantia para a vítima também é para o ofensor, afirma-se, já que esse último somente arcará com o ônus indenizatório na exata medida da ofensa, nada mais e nada menos, em tese,

Isto sim, é um corolário da justiça material, o qual se diferencia da aplicação do critério punitivo uma vez que além de ser subjetivo, a punição não alcança o ideal supremo de justiça.

Qualquer tentativa de reparação que não cubra a integralidade do dano é injusta e significaria a redução patrimonial indevida da vítima e, por consequência, acarretaria também em enriquecimento indevido para a parte contrária. Indenizar pela metade seria como responsabilizar a vítima pelo resto.

Neste sentido, César Fiuza (2019) esclarece o seguinte: “Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorra sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixe de perder sem causa legítima.” (FIUZA, 2019)

A natureza do dever de reparação integral é condizente a espécie de princípio jurídico.

No Brasil, o Código Civil trouxe importantes transformações no sistema da responsabilidade civil. Deveras, além de prever a responsabilidade objetiva do agente causador do dano sob o crivo da teoria do risco, determinou o limite da indenização conforme a extensão dos danos.

Inclui-se ainda neste rol de mudanças, benéficas por sinal, a autorização de redução equitativa do quantum indenizatório na hipótese de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa.

Mais uma vez a justiça é materializada, agora por meio da equidade, sua “serva”, se assim se pode dizer.

Interligada a ideia de reparação integral é a noção acerca dos danos indenizáveis.

Salienta-se que o estudo dos danos indenizáveis muito importa para a teoria do dever de mitigar os danos, na medida em que, em tese, existem danos que podem ser evitados pelo lesado, os quais não seriam indenizáveis, ao menos em tese.

Nesta área da responsabilidade civil, assevera-se que não é todo e qualquer dano que é passível de indenização.

A propósito, a sapiente doutrina de Braga Netto (2018) trata deste importante conteúdo se reportando à complexidade dos danos postos a julgamento, sejam danos extrapatrimoniais, danos difusos, chances perdidas, até mesmo o interesse das futuras gerações, são todos analisados, na atualidade, pela jurisprudência que os distingue como sendo danos justos e danos injustos em relação à figura do lesado.

Lembrando que o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, material ou moral.

Para que um dano seja indenizável é preciso alguns requisitos: violação de um interesse jurídico material ou moral e certeza do dano.

Mesmo o dano moral tem que ser certo e deve haver a subsistência do dano.

O dano indenizável é aquele que não poderia ter sido evitado pela vítima. De modo que não se deve acolher uma pretensão de ressarcimento de eventuais prejuízos, em cujo contexto a vítima poderia tê-los evitado.

4.6 Abuso de Direito

O abuso de direito é uma conduta ilícita que independe da ocorrência de culpa do agente causador de dano, bastando, pois, para a sua incidência o exercício de um direito legítimo fora dos seus limites intrínsecos (fim econômico ou social, boa-fé, ou bons costumes). Ou seja, daí já se percebe que o direito-norma possui os atributos pertinentes ao fato, valor e norma.

A simples violação de um destes limites conduz à incidência de um ato, comissivo ou omissivo, considerado pelo ordenamento jurídico como sendo abusivo, ou seja, que extrapola o exercício regular do direito.

Fica o agente violador da norma, por consequência lógica, sujeito à responsabilidade civil, mediante a operacionalização do dever de reparar a vítima, de forma integral, conforme a extensão dos danos.

Infere-se também que o abuso de direito representa a primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, a qual encontra-se disposta no art.187 do Código Civil que assim a prescreve: “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.” (BRASIL, 2002)

O abuso de direito é também considerado um ilícito funcional, já que de forma imediata a conduta do agente viola o conteúdo substancial e axiológico da norma, e de forma reflexa, viola o direito do ponto de vista formal.

Em sua origem o ato é lícito, mas justamente por exceder os preceitos da norma, ele é considerado abusivo.

A teoria do Direito também conhecida como teoria dos atos emulativos surge no século XIX como superação das concepções individualistas e liberais que viam o direito subjetivo como o poder da vontade, e da expressão da liberdade individual. O titular poderia, a princípio, usufruir os seus direitos sem quaisquer limitações.

O problema do abuso do direito é assim, prevalentemente histórico-cultural.

Segundo a cátedra de Francisco Amaral (2006) a teoria do abuso do direito suscita duas posições doutrinárias opostas, a subjetiva e a objetiva ou finalista.

Para a primeira - a mais tradicional - considera-se que somente há incidência do abuso de direito, enquanto norma limitativa de conduta, quando o ato do agente é praticado com a finalidade de prejudicar o outrem, o lesado ou vítima.

Já para a teoria objetiva, o abuso do direito estará configurado quando ocorrer o uso antifuncional do direito.

Para César Fiuza (2009) ainda existe uma terceira corrente: a finalista, defendida pelo jurista francês Josserand.

Segundo ele, o art.187 do Código Civil consagra o abuso de direito como de índole finalista. Para esta corrente o abuso de direito é a relação de contrariedade entre a conduta humana e o fim pretendido pela ordem jurídica.

Para corroborar com a tese de Fiuza, cita-se 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”

O que mais importa, no âmbito deste trabalho, é a finalidade do abuso do direito, utilizado como instrumento normativo para coibir o uso excessivo do direito, de mera aparência de legitimidade, destinado a oprimir e subjugar o outro, e praticado com evidente desvio de função do direito a ele correspondente.

“O que efetivamente caracteriza o abuso de direito – repita-se – é o seu anormal exercício, assim entendido aquele que afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p.155)

5. O DEVER DE MITIGAR OS DANOS

*Se ages contra a justiça e eu te deixo agir,
então a injustiça é minha.
Mahatma Gandhi*

A partir do conteúdo teórico-conceitual já explorado em torno dos três elementos constitutivos da experiência jurídica, fato, valor e norma, nos contextos do sociologismo, moralismo e normativismo jurídico apresentados, acredita-se que é chegado o momento a partir do qual a pesquisa adquirirá maior relevância prática.

A prática de atos ilícitos e a violação a um dever jurídico são pressupostos para a incidência do dever de reparar.

Na órbita da responsabilidade civil extracontratual a teoria do dever de mitigar os danos, ou doutrina dos danos evitáveis, também conhecida como *Duty to mitigate the loss* no direito anglo-saxão, se insurge contra condutas abusivas praticadas pelas vítimas de danos, sejam de qualquer ordem: patrimoniais/extrapatrimoniais ou materiais/morais, perda de uma chance e danos estéticos.

Convém registrar algumas distinções de ordem terminológica, uma vez que o campo dessa investigação acadêmica é o da responsabilidade civil extracontratual.

Logo, ao invés de constar a palavra “perda”, preferiu-se adotar o vocábulo “dano”, e ao invés de constar a palavra “credor”, preferiu-se adotar o vocábulo “vítima”, “ofendido” ou a expressão “lesado.”

Como já explicado neste trabalho, muito embora exista uma doutrina geral aplicável no setor da responsabilidade civil e apesar de parte dos especialistas não concordar com a divisão binária da responsabilidade civil, a presente distinção se mostra adequada, como já exposto. Até mesmo em termos de linguagem, além de ser mais adaptável ao contexto, é também mais condizente com a exegese desenvolvida mediante a interpretação autêntica advinda dos tribunais e da academia jurídica.

Outra questão de relevo está relacionada com o momento da aplicabilidade da teoria em apreço, tão somente após a ocorrência do evento danoso.

Qualquer conduta da vítima que contribua para a consumação do evento danoso, não se enquadra no campo de aplicação do instituto jurídico do dever de mitigar, pois nesta hipótese estar-se-ia diante de culpa concorrente ou do fato da vítima.

Dito isto, pode-se afirmar que essa teoria consistente no dever de mitigação, tem a sua origem no direito anglo-saxão, de onde foi importada pelos países da *civil law*. Deste modo, a teoria *Duty to mitigate the loss*, classificada como instituto jurídico, já era bastante consagrada nos países de tradição do direito comum, ou *common law*.

No direito comum o dever da vítima de mitigar o seu próprio prejuízo serve como estímulo para dissuadir comportamentos que excedem o legítimo exercício de um direito, obrigando a vítima a se comportar de modo diligente para evitar que novos danos decorram do evento danoso originário. Ao exemplo de uma pessoa que, após ser atropelada, não busca de forma diligente os devidos cuidados médicos e por tal razão, ocorre o agravamento de seu estado de saúde, vindo ela, posteriormente a exigir do agente causador do dano o custeamento de um tratamento com o valor muito mais elevado se comparado fosse com o tratamento inicial negligenciado por ela mesma.

Neste patamar, são três regras que compõe esta figura, as quais foram descritas por Franco (2007) de modo que a vítima:

- a) Não poderia reaver os danos que ela mesma poderia ter evitado por meio razoável de ação ou omissão;
- b) Uma vez adotando as medidas razoáveis para evitar a propagação dos danos decorrentes do evento originário, a vítima poderia exigir o custo ou prejuízos advindos da atividade de mitigação;
- c) Os danos mitigados não devem ser indenizados e os benefícios decorrentes da mitigação podem ser considerados para reduzir a obrigação do devedor;

A aplicação do instituto é justificada, na seara das relações jurídicas extracontratuais, mediante a consideração do abuso do direito como seu fundamento axiológico e elemento normativo. O abuso de direito pode ser entendido como categoria autônoma da boa-fé objetiva, a qual, por sua vez, é o fundamento axiológico na seara das relações jurídicas contratuais.

Acerca da relação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito, elas são categorias distintas entre si, mas não excludentes, ao ponto de se afirmar sobre a possibilidade de um ato ser abusivo por violar a boa fé-objetiva.

Realmente, o abuso de direito é ao mesmo tempo um valor - intrinsecamente, avaliado pelo critério da eticidade, de justiça, e também um elemento normativo exteriorizado no art.187 do Código Civil. A sua natureza é pois de valor-norma.

Do ponto de vista da eficácia, o abuso de direito possui a eficácia jurídica e social que conferem a ele o fundamento legítimo da teoria do dever de mitigar os danos.

Além do abuso de direito, Vera Maria Jacob Fradera, ao descrever suas razões para a adoção desse tema ao direito brasileiro, afirma ser possível sua aplicação também em decorrência do *venire contra factum proprium*:

Outro aspecto a ser destacado, é o da positivação do princípio da boa-fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e /ou incumbências das partes, no caso, as do credor. Como se isso não fora suficiente fundamento para adoção desse dever, restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito, cuja previsão representa, segundo uma doutrina minoritária, um avanço do novo Código Civil, em relação ao anterior, omissos nesta parte. (FRADERA, 2004)

Todavia, difícil tarefa é a de considerar a teoria do comportamento contraditório no campo da responsabilidade civil extracontratual, por não existir relação jurídica entre as partes antes da ocorrência do evento danoso.

Obrigar a vítima a minimizar os prejuízos de toda e qualquer ordem que não foram causados por ela, não seria um ônus excessivo.

Não seria tal imputação um encargo desproporcional, estando por muitas vezes a vítima abalada pelos danos sofridos?

A resposta para tais questões encontra respaldo no princípio da causalidade.

A vítima somente teria obrigação de minorar os prejuízos causados por ela, e ainda assim, em relação àqueles resultantes de conduta abusiva.

Outra questão polêmica diz respeito à natureza jurídica do dever de mitigação.

Franco (2017) esclarece que se trata de um ônus e não propriamente um dever, porque não é possível de ser exigido coercitivamente pelo agente. Assim sendo, o direito dele estaria limitado à redução do quantum indenizatório, cabendo ao ofensor o ônus probatório quanto a isso. Ou seja, ele teria que provar que os danos sofridos pela vítima, pós-evento danoso poderiam ter sido mitigados, ou melhor, evitados.

Fica assentado, pois, que o dever de mitigação somente é exigido após o evento danoso e somente as perdas que poderiam ter sido evitadas deverão ser extirpadas da indenização.

Isto porque, como já exposto alhures, qualquer conduta abusiva da vítima antes do evento danoso se insere no campo de culpa concorrente ou fato da vítima, e não propriamente no dever de mitigar os danos.

As hipóteses de ocorrência do dever de mitigação na seara da responsabilidade extracontratual ficam muito limitadas devido a esta ponderação.

Por outro lado, isto não ocorre no campo contratual onde existe uma relação jurídica entre as partes antes da ocorrência do evento danoso.

Assim sendo, não há que se falar em dever de mitigação de danos de um menor “surfista de trem” acidentado ao cair do vagão, ainda que a sua genitora, o representando, acionasse a justiça alegando culpa da empresa concessionária do serviço de transporte ferroviário alegando, para tanto, responsabilidade objetiva, ou ainda violação ao dever de segurança, por não impedir a entrada do menor durante o trajeto do trem.

Ora, esta situação não se enquadra na esfera normativa, não possuindo eficácia jurídica, do instituto jurídico em apreço, além de não ser um dano injusto. Logo, é possível de se verificar que não há fundamento axiológico apto a legitimar o pleito da genitora do menor, neste caso.

Ademais, quanto à eficácia social muito menos.

A conduta dos chamados surfistas de trem ou de ônibus é algo repudiável pela sociedade. Com certeza, não haveria um movimento social para legitimar este tipo de comportamento.

Aproveitando o ensejo, cada vez mais o comportamento da vítima tem sido avaliado pelos tribunais tanto em matéria cível quanto criminal.

Isto sim, é um aspecto histórico-cultural, um clássico fenômeno social que indubitavelmente repercute no mundo jurídico. Lembrando que o fenômeno social é uma situação revestida de fato social ocorrida com frequência.

O simples caminhar na rua, a princípio não reflete no mundo social. A não ser que haja uma pesquisa para se quantificar o número de pessoas andando no centro da cidade

nas vésperas do Natal. Com certeza, a nível de amostragem este andarilho poderia ser citado na pesquisa.

De outro modo, se esta pessoa do exemplo acima fosse alguém inserido como sendo “de situação de rua”, o seu “andar”, se revestiria em um fato social na hipótese da pesquisa realizar a mensuração da quantidade de mendigos nas ruas do centro de Belo Horizonte, por exemplo.

Logo, um conjunto de ocorrências idênticas de fatos sociais tem o condão de gerar um fenômeno social por excelência. Por isto mesmo que a existência de um comportamento padrão das vítimas de eventos danosos tem sido objeto de estudo pelas ciências sociais.

De seu turno, o fenômeno social, revestido do elemento valor, acarreta no estabelecimento de uma norma jurídica para disciplinar estas ocorrências.

Pelo exposto, estes são apenas exemplos apontados em abstrato.

Contudo, esta questão será melhor elucidada no estudo de caso desenvolvido no próximo capítulo, denominado como análise funcional concreta.

6. ANÁLISE FUNCIONAL APLICADA

6.1 O Direito como experiência de vida

Norberto Bobbio (2007), autor italiano, na sua clássica obra denominada “Da estrutura à função” promoveu um estudo tridimensional do direito, do ponto de vista sociológico, no qual preconizou a norma jurídica como forma, como um instrumento, pela qual se poderia alcançar o bem comum, ideal de justiça, por meio da realização dos fenômenos sociais.

Contudo, a teoria Norberto Bobbio, apesar de se autodenominar “sociológica”, tem na norma o seu ponto de partida. Logo, salvo melhor juízo, a norma é o elemento central de sua análise funcional.

Portanto, Bobbio teceu sua teoria discorrendo acerca da função da norma ou do direito. Pois bem.

Fruto de sua reflexão, o jusfilósofo italiano estabeleceu três funções para o direito: preventiva de conflitos, repressiva de conflitos e promocional – do bem comum.

Entretanto, a sua ideia, a princípio se revelou abstrata no âmbito do tridimensionalismo, por não integrar aqueles três elementos necessários, fato, valor e norma, quando muito, uni-los em perspectivas diferentes, somando-se os problemas.

Pode-se dizer que, Miguel Reale superou Bobbio em sua visão tridimensional do direito, por revesti-la de um caráter concreto, no campo da experiência jurídica, tornando como inseparáveis os seus elementos constitutivos.

Deveras, a Teoria Tridimensional do Direito não surgiu de repente, por mero acaso, mas foi fruto de um constante aperfeiçoamento pelos estudiosos do direito.

O tridimensionalismo de Miguel Reale deve ser o mesmo para o jurista, o sociólogo e o jusfilósofo, com mudança apenas no enfoque do tema conforme o ângulo de visão. Por isso mesmo, Bobbio o vislumbrou do ponto de vista da norma, por ser mais um teórico da dogmática jurídica do que propriamente um filósofo do direito ou sociólogo jurídico.

O que deve ficar evidente é o seguinte: para se ter uma visão completa ou plena da experiência jurídica é necessário conhecer estes três pontos de vista de forma integrada ou melhor, interdependente, sendo a experiência jurídica o ponto de convergência entre eles.

Ante ao exposto, sobretudo, o direito é uma experiência de vida, a qual se revela de modo concreto e específico, no campo da realidade social e não somente teórico ou abstrato.

6.2 Metodologia: pesquisa qualitativa, método indutivo, estudo de caso

A pesquisa qualitativa é um método de pesquisa empírica ora utilizado na forma de estudo de caso específico, a qual procura descrever uma determinada realidade do modo pela qual ela se apresenta ao seu intérprete.

Enquanto alguns cientistas sociais se propõe a realização de descrições genéricas, por meio da classificação dos fenômenos observados em estruturas pré-definidas, outros se interessam em compreender casos específicos, vivenciados dentro de um determinado contexto espacial, temporal e circunstancial.

A bem da verdade, a pesquisa acadêmica ora proposta se amolda em uma metodologia de caráter concreto e específico.

Outrossim, o estudo se apresentada dentro de uma realidade em que se tem um campo de investigação que é a responsabilidade civil extracontratual; tem-se um elemento axiológico que é o ideal de justiça em prol do bem comum - não uma justiça individual e egoísta; e tem-se um elemento normativo que é o abuso de direito no âmbito da teoria do dever de mitigar os danos.

Infere-se daí também que o abuso de direito é um elemento formalmente normativo e intrinsecamente axiológico, de natureza filosófica e teleológica, inserido num contexto histórico-cultural.

Quanto a isso, percebe-se que Miguel Reale tinha razão, uma vez que o direito não é somente uma norma, ao contrário da visão de Kelsen, mas ele também é um valor, um ideal, ao contrário da visão de Durkheim, e também é uma realidade num contexto espacial, temporal e circunstancial, ou histórico-cultural.

Portanto, o direito é realidade social + ideal de justiça + norma jurídica.

Assim visto, o direito se mostra como uma verdadeira experiência de vida individual e coletiva.

A vida do ser humano individualmente considerada tem o seu nascimento, crescimento e morte. Assim ocorre com a pessoa jurídica de forma análoga. Ou seja, a vida existe num contexto temporal, histórico.

A vida também existe inserida num lugar, num ambiente, numa cultura, num país, num continente no planeta terra e no universo.

Daí se percebe, a importância da metodologia indutiva cuja análise inicia-se no começo, e o começo de tudo é a vida, não há outro.

Bittar (2016) conceitua o método indutivo como sendo aquele em que há “extração discursiva do conhecimento a partir de experiências concretas passíveis de serem realizadas”, procedendo do particular para o geral, ressaltando a “empíria [observação] do ponto de partida”

Percebe-se que, o método indutivo é o mais adequado para a análise funcional de uma determinada categoria jurídica, a partir da compreensão tridimensional do direito de como experiência, concreta e específica.

O estudo da humanidade começa de onde?

Parte-se do ponto de vista histórico-cronológico.

Para os teóricos da evolução a vida no planeta Terra tem como origem o fenômeno do Big Bang. Enquanto que para os teóricos da criação a humanidade começa da Palavra de Deus: “Haja Luz”.

As diferentes visões são determinadas pela crença (valor) de cada um. Uns acreditam na ciência, outros na religião. De outro modo, também existem pessoas que tanto o Big Bang quanto a criação do Universo por Deus, tratam-se do mesmo fenômeno (fato), visto por ângulos diferentes, porquanto ciência, filosofia e religião não são excludentes, mas complementares.

Onde estaria a norma neste caso?

Do ponto de vista formal, para os cientistas estaria revestida em leis da ciência e para os religiosos materializada na Bíblia.

Este paralelo é importante, em termos metodológicos, por se tratar de uma analogia pertinente ao estudo de uma determinada situação jurídica.

Veja só:

Qualquer situação jurídica nasce de onde? De um acontecimento (fato).

Este acontecimento por sua vez se revela como fato social que pode gerar um fenômeno social conforme for a (re)incidência de determinados comportamentos humanos padrões relacionados com este acontecimento.

Por sua vez, o fato social se revela como fato jurídico a partir do momento que ele repercute no mundo jurídico. O repercutir no mundo jurídico decorre da valoração do fato social, como sendo justo ou injusto (valor). E uma vez repercutindo no mundo jurídico este acontecimento, ele é condecorado segundo uma estrutura normativa no âmbito de um determinado sistema jurídico (norma).

Então, na seara da pesquisa concreta e específica, salvo melhor juízo, o melhor critério metodológico e empírico é o indutivo, que estuda o fenômeno jurídico a partir de sua origem, no acontecimento.

Esta é a diferença da concepção tridimensional concreta de Reale daquela abstrata de Norberto Bobbio.

Com efeito, Bobbio (2007) tem toda sua compreensão desenvolvida a partir do elemento norma. Se for considerada a ordem cronológica de ocorrências, a norma é o último elemento da experiência jurídica, ora também chamada de experiência de vida.

Portanto, o método de Norberto Bobbio é o dedutivo. Este método é muito utilizado pela dogmática jurídica a partir do momento em que analisa determinado fato a partir das categorias normativas e estruturais pré-estabelecidas. Ou seja, a análise parte do geral para o particular. Enquanto no método indutivo ocorre o contrário.

Noutro aspecto, a vida social nada mais é do que a soma das vidas particulares ou individuais.

O direito também é assim.

Formalmente, o direito é um sistema de normas, princípios e regras de conduta, as quais, regulam as mais diversas situações da vida.

Com certeza o direito é posto, do ponto de vista positivo-normativo, porém, mais do que posto, o direito é vivido, ou melhor, vivenciado, experimentado.

O direito também não é só fato, pois ele também possui ideais a serem perseguidos pelo ser humano.

Antes de adentrar no caso, propriamente dito, algumas outras ponderações metodológicas devem ser descritas, haja vista que o maior objetivo desta pesquisa é

servir como referência para a observação empírica do direito como experiência de vida, operacionalizando o conhecimento teórico pelo estudo prático, concreto e específico.

O estudo de caso é, pois, um recurso importantíssimo para a análise de uma situação específica, de um *case law*, como se diz no direito anglo saxão.

Importa registrar que o estudo de caso ora empreendido é “não participante”, uma vez que o pesquisador é somente observador. Poderia ser “participante”, se ele estivesse envolvido diretamente com o caso, atuando como advogado, por exemplo.

Entretanto, para conferir ao estudo um caráter mais impessoal foi de bom alvitre dar a ele uma abordagem “não participante”, não se olvidando da relevância da outra abordagem, até mesmo mais próxima do direito visto como experiência de vida.

Imaginem, o quanto o conhecimento jurídico poderia evoluir se houvessem mais pesquisas acadêmicas retratando as experiências vividas por seus pesquisadores. Seriam verdadeiros testemunhos de vida. Fica aí o convite!

Assim sendo, a proposta metodológica da pesquisa consiste em obter conclusões, a partir do estudo de um caso, uma ocorrência, de forma qualitativa, ou seja, dedicando-se à compreensão do próprio fenômeno *in natura*, mediante diversas inferências as quais serão expostas oportunamente.

Pressupõe-se que o direito como experiência de vida é um fenômeno integral, completo, pleno, que se irradia do mero acontecimento para o mundo social, filosófico e jurídico.

Feitas estas considerações de cunho metodológico, em seguida, será analisado um caso concreto, no âmbito da jurisprudência, para que, mediante a sua análise, os postulados da teoria do dever de mitigação possam ser avaliados na prática.

6.3 Estudo de caso: o comportamento da vítima após um acidente

O caso ora estudado decorre de um fato social, um acidente de carro, descrito nos autos da Apelação Cível de nº 1.0701.07.183692-1/001.

Portanto tal fato, específico, se situa dentro da realidade, concretamente apresentada, por meio de um contexto temporal, espacial e também circunstancial.

Esta é a descrição do fato antes da consumação dos danos:

O acidente ocorreu numa determinada data (dia, mês, ano), por volta das 19:00h, numa localidade perto de Uberlândia/MG.

As circunstâncias fáticas, verificadas judicialmente, apontam que um dos condutores (veículo 1) dirigia o seu veículo com excesso de velocidade (X/km), cuja velocidade máxima do local da colisão é de 60km/h.

Enquanto, o outro condutor (veículo 2) invadiu a faixa esquerda da pista.

Por conseguinte, ocorreu uma colisão traseira decorrente da alta velocidade do v1 quem se chocou com o v2 quando esse invadia a pista dele, causando danos materiais e morais pleiteados em juízo, inicialmente, pelo v2.

Percebe-se que um fato é a conjugação de aspectos temporais, espaciais e circunstanciais, o que denota uma situação dinâmica, a qual é verificada pelo direito como sendo uma situação jurídica.

Em primeira instância, a sentença de fls. 270/271, integrada pela decisão de fl. 283, proferida pelo juízo da comarca de Uberaba/MG, julgou parcialmente procedentes os pedidos de reparação dos danos materiais emergentes e de compensação dos danos morais e estéticos.

Os danos morais foram fixados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); os danos estéticos em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais); e os danos materiais em R\$ 11.102,00 (onze mil cento e dois reais).

Inconformados, autores e réu apelaram.

A 16ª Colenda Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais considerou ter havido, *in casu*, culpa recíproca de ambas as partes.

A questão que mais importa para o presente estudo, fazendo o recorte necessário é a que passa a ser descrita.

Diante da ocorrência de lesão corporal sofrida por um dos ocupantes do v2, ora vítima do acidente, a sentença condenou o condutor do v1 a pagar todas as despesas hospitalares de internação, efetivamente demonstradas consoante os documentos de fls. 133/135, tendo como fundamento normativo, o caráter indenizável dos custos com tratamento médico, nos termos do art. 949 do Código Civil vigente, cuja redação é a seguinte: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido

das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.” (BRASIL, 2002)

Todavia, o juízo de segunda instância considerou que nem todas despesas eram devidas e como fundamento da decisão invocou a teoria do dever de mitigar os danos no campo da responsabilidade extracontratual, constando no r. acórdão o seguinte:

“O Código Civil vigente positivou em seu artigo 422 o princípio da boa-fé objetiva. As consequências do reconhecimento desse princípio não se limitam às relações contratuais, irradiando-se para diversos ramos do Direito, inclusive para o Direito Processual. No campo da responsabilidade civil extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva decorre do instituto do abuso de direito, consubstanciado no artigo 187 do Código Civil, in verbis: '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.' O princípio da boa-fé objetiva é composto por diversos subprincípios, entre os quais gozam de destaque no meio jurídico o *venire contra factum proprium* e o *tu quoque*. Utilizado em menor escala, há outro que encontra aplicação no caso dos autos: o *duty to mitigate the loss*, que encontra origem no direito anglo-saxão e consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo. Tal subprincípio foi contemplado no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil ('princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo'). Na espécie, o dever de mitigar tem aplicação em ambas as situações retratadas nos dois primeiros parágrafos deste tópico: a) diante da possibilidade da reparação dos danos materiais causados ao veículo ser feita, de modo menos gravoso para o devedor, pela aquisição de um similar, deve ser esta a via escolhida, em detrimento da reposição de peças no automóvel acidentado, o que praticamente dobraria a indenização devida; b) e, paralelamente, os apelantes não fazem jus ao ressarcimento das despesas com 'diferença de acomodação', ou seja, mudança de ambulatório (cujos custos são cobertos integralmente pelo plano de saúde) para apartamento, pois, defronte à ausência de provas de sua necessidade, consistem em violação ao referido subprincípio, pois oneraram indevidamente o devedor. Assim, nesse ponto, merece provimento o recurso tão somente para incluir na condenação a despesa representada pelo recibo anexado na parte superior da fl. 134, consistente em honorários de anestesista, em virtude de sua patente necessidade para o restabelecimento da saúde da vítima [...].”

No caso em apreço, verifica-se que a análise do abuso de direito se deu de forma objetiva, uma vez que, não é possível analisar a intenção da vítima ao exceder os limites do exercício de seu direito.

Portanto, mediante a análise concreta e específica de um caso, inserido num contexto, temporal, espacial e circunstancial, a pesquisa qualitativa concluiu que o instituto do dever de mitigar os danos cumpriu a sua função social na hipótese aventada, enquanto legítimo instrumento de eficácia social (FATO); de caráter axiológico (VALOR) - em prol da realização da justiça material e do bem comum, dotado de vigência normativa ao teor do disposto no art.187 do Código Civil acerca do abuso de direito (NORMA).

Com efeito, o estudo de caso, verificado empiricamente pela metodologia da pesquisa qualitativa e indutiva, demonstrou que, na hipótese do acontecimento narrado nos autos, o direito (*Duty to mitigate the loss*) logrou êxito por conferir ao fato social uma apreciação jurídica, formal (norma exteriorizada) e material (conteúdo axiológico), apta a ensejar eficácia social e jurídica ao fato atinente ao comportamento abusivo da vítima, prevenindo outras situações similares, reprimindo eventuais abusividades ocorridas, mediante a redução do valor da indenização, desempenhando uma excelente função promocional tal como preconizada por Bobbio(2007), e produzindo, por fim, a mais pura fonte do direito: a jurisprudência.

Este caso, não só retrata uma experiência jurídica, mas também, uma “experiência de vida” vivenciada por todos aqueles que participaram diretamente da situação: agente, vítima, advogados, juízes.

Embora, o autor desta pesquisa não tenha participado diretamente do caso, a situação fática e jurídica retratada nos autos, serviu para ele, também, como uma grande experiência de vida, uma vez que o direito é um fenômeno que irradia do particular para o geral, sendo que ele foi, agraciado, pela oportunidade de (re)produzir o conhecimento adquirido pela pesquisa empírica ora empreendida.

Não se pode olvidar que a pesquisa acadêmica também é uma excelente fonte do direito, por ser a semente da doutrina cujo fruto é a interpretação autêntica do direito sob o viés hermenêutico-jurisprudencial.

7. CONCLUSÃO

Viu-se que o direito é um subsistema social composto por estruturas objetivas por meio das quais ele se constrói em categorias normativas desenvolvidas por suas respectivas fontes.

Trazendo à tona a analogia desenvolvida na introdução deste estudo, salienta-se que todo o esforço acadêmico e racional desenvolvido até este ponto conclusivo pode ser equiparado a uma jornada marítima. Neste contexto imaginário, é chegada a hora de pisar em terra firme mediante um desembarque seguro, digno de confiança.

O estudo funcional de determinada categoria jurídica desenvolve-se com mais credibilidade quando amparado por construções teóricas advindas de mestres renomados do Direito. Porquanto, a análise estrutural do direito permanece viva, sendo de fundamental importância como base conceitual e ponto de partida para o desenvolvimento e estudo do fenômeno jurídico.

Destarte, a análise estrutural realmente é uma excelente via de se iniciar o percurso.

Não existe trabalho totalmente inédito.

Tudo tem um pressuposto, uma referência, um guia, um norte.

São os vetores interpretativos e dogmáticos da ciência jurídica.

Toda a construção parte de um fundamento, um alicerce.

Ninguém edifica sob fundamento novo.

Assim foi com Kelsen, Radbruch, Durkheim, Bobbio, Reale, Nader, Cavalieri Filho, aliás, como todos os pensadores do mundo e da dogmática, da filosofia e da sociologia jurídica.

Logicamente, na maioria das vezes, cada um deles procura “puxar a sardinha” para o seu lado, enfocando a prevalência da compreensão por eles estabelecida sobre outras de “menor relevo”.

O Direito é grato a todos aqueles que o formaram. Esta gratidão se materializa nos estudantes, acadêmicos, juristas, enfim, em toda a comunidade jurídica.

O Direito é vida, é a soma da contribuição, positiva ou negativa, grande ou pequena, de cada um deles, famosos ou não.

Neste terreno, não convém estabelecer o juízo do certo ou errado, mas sim na colaboração que cada um deu para a Teoria Geral do Direito, proporcionalmente é claro.

Contudo, o Direito não deve ser palco de vaidades descabidas. Somos do tamanho daquilo que vemos e não do tamanho que somos. Esta reflexão soa como um paradoxo. Assim também é o direito, um paradoxo, mas aparente, como na frase acima.

Neste prisma, direito é ao mesmo tempo causa e efeito, forma, meio e fim do fenômeno social.

Portanto, o Direito é a soma das experiências individuais, é unidade coletiva de conhecimento, de valores e de vivências. Tudo junto e misturado.

O que seria da teoria de Kelsen se não existisse a escola do direito natural? O que seria da funcionalização do direito se não fosse a análise estrutural-normativa promovida por Hans Kelsen? De onde ela partiria? O que seria da análise de Bobbio se não tivesse em Durkheim o seu norte? O que seria do tridimensionalismo concreto e específico de Miguel Reale se não fossem os tridimensionalistas abstratos e gerais.

Não há teoria sem fato.

E o que seria do fato se não existisse os teóricos para o classificar e entender?

E a lei. Não há lei sem fato, e nem lei sem teoria.

São apenas reflexões, mas o conhecimento surge é da dúvida e o acerto, em grande parte, surge do erro. Só aprendemos a andar depois que caímos e levantamos.

Assim o direito é construído...

Foi, é, e sempre será edificado continuamente, evoluindo ou regredindo, caindo ou levantando, mas sempre prosseguindo...

A meta, tanto a do indivíduo quanto a do direito, é caminhar, ir em frente, sempre.

Como dito alhures, direito é vida, e a vida é diretamente impactada pela realidade social da qual se situa ou se insere, seja pela cultura, religião, moral, ética.

Viu-se que, não são somente o tempo e o lugar que transformam o direito, mas também as circunstâncias, imprevisíveis ou não.

O mundo gira e os diversos acontecimentos, naturais ou humanos, previsíveis ou não, simplesmente ocorrem, e muitas vezes, não há como impedi-los.

Ainda assim, o direito não desiste!!!

Buscou-se nesta dissertação o estabelecimento de um paradigma metodológico apto para analisar funcionalmente as mais diversas categorias do Direito, tendo como objeto de teste de aferição o instituto jurídico do dever de mitigar os danos, o *Duty to mitigate the loss*.

A compreensão tridimensional composta pelos elementos da experiência jurídica: fato, valor e norma, serviu como balizador da análise funcional desenvolvida após o alicerce da análise estrutural também realizada em torno do instituto objeto de apreço.

Para que seria útil esta concepção? Justamente para entender, refletir e agir.

Hoje em dia, o direito precisa muito mais de atitude do que entendimento e reflexão, salvo melhor juízo. Atitude para prevenir e reprimir conflitos e buscar a justiça, a paz social, o bem comum.

Miguel Reale entendeu, buscou na dogmática a sua compreensão. Agiu de modo ontológico, criando conceitos. Ele refletiu, buscou no moralismo jurídico e na metafísica a deontologia dos valores, e agiu buscando transmitir a sua ideia de direito como experiência num mundo um pouco menos caótico do que hoje. Ele era um profissional integral, sabia um pouco de tudo e tudo. Deu o seu recado. Tanto é verdade que o Código Civil de 2002, o atual código, é um reflexo do seu pensamento.

Esse renomado jurista não desprezou o estruturalismo necessário tampouco as necessidades individuais e coletivas do povo brasileiro, revestindo o Código Civil com alta carga axiológica. Para tanto edificou o Direito Civil pátrio numa tríplice compreensão relacionada aos elementos da experiência jurídica: fato, valor e norma; vindo a estabelecer os seus respectivos princípios: socialidade, eticidade e operabilidade, materializando, assim, a sua teoria tridimensional do direito na órbita mais dinâmica do sistema jurídico.

O estudo do fenômeno social demonstrou que não basta uma norma existir, ser válida e ser eficaz juridicamente, se ela não se faz exigível por seus destinatários, mediante uma eficácia própria, de natureza substancial, distinta da mera vigência formal.

Noutro giro, não existe sociedade sem valores.

Os valores nada mais são do que a norma *in natura*. Eles podem ser escritos ou não. Daí, portanto, surge a importância deles serem avaliados pelo filtro da eficácia social como adequados ou não para a realidade em que lhes é apresentada.

Ato contínuo, era preciso explorar o direito como experiência de vida, tal como experimentado, vivenciado, de forma específica, concreta e humana.

Nota-se que como fundamento para o desenvolvimento das ações humanas, o direito pode servir para a justiça ou para injustiça. Ele é passível de erros, eis aí a razão da existência da corte revisora, do duplo grau de jurisdição, diga-se de passagem.

Foi também necessário eleger um objeto de teste, um paradigma, algo incipiente e de possível aferição, tal como, assim o foi considerado, o instituto jurídico *Duty to mitigate the loss*,

A partir desta escolha, foi possível elaborar um exemplo circunscrito à teoria do dever de mitigar os danos para comprovar a hipótese da pesquisa, mediante uma plausibilidade razoável, metódica e eficaz.

Na medida em que o navio foi percorrendo novos horizontes, a análise funcional do instituto jurídico do dever de mitigar os danos foi realizada a partir da análise estrutural desenvolvida, principalmente, sob a orientação da Teoria Tridimensional de Miguel Reale.

Desta forma, a análise funcional perquirida foi capaz de se tornar o instrumento de comprovação das hipóteses elencadas a princípio e, ao mesmo tempo, apta de se tornar uma proposta propedêutica para o estabelecimento de uma metodologia aferidora da funcionalidade de uma categoria jurídica, no caso a teoria do *Duty to mitigate the loss* na qualidade de instituto jurídico. Inclusive, com chances concretas de ser estendida com sucesso noutros objetos de estudo na eventualidade de adoção do mesmo método científico.

A propósito, vale repetir que a categoria jurídica, em tese, poderia ser qualquer uma, sendo que o mais provável seria a realização de uma análise bem sucedida da mesma forma. A análise funcional tão somente de uma teoria e de um método. A propósito, a metodologia é a lei da pesquisa.

Especificamente e concretamente, mediante o estudo de casos, viu-se que existe uma conduta humana, um comportamento, o da vítima, o qual é valorado como positivo ou não, conforme for considerada a carga axiológica e normativa do abuso de direito numa determinada situação jurídica.

O abuso de direito não é somente norma posta, formal. Ele é também um conteúdo intrínseco, um fundamento, o alicerce do instituto *Duty to mitigate the loss*, estando revestido pelo caráter principiológico e diretivo da boa-fé objetiva. Neste rumo, assevera-se que a boa-fé objetiva é a função material do abuso de direito que, por sua vez, é a função normativa e fundamento axiológico do instituto.

A norma é fato e valor ao mesmo tempo.

O valor é fato e norma ao mesmo tempo.

O fato é valor e norma.

É o que Miguel Reale propôs: a plena compreensão, reflexão e construção do fenômeno jurídico, chamada de experiência jurídica.

Indo além, a visão da experiência jurídica precisa sair das universidades e ir para as praças e ruas para ser vivenciada pelo povo, o legítimo destinatário da norma jurídica. Por isso, o direito deve ser o mais compreensível possível. Deve haver uma facilitação da linguagem jurídica, além da interdisciplinaridade proposta pela Teoria Tridimensional do Direito. O direito deve ser democratizado!!!

Vive-se no Estado (**FATO SOCIAL**), Democrático (**VALOR**) de Direito (**NORMA**).

Nesta esperança, a pesquisa empírica - seja qualitativa ou quantitativa, dedutiva ou indutiva - deve ser alçada ao mais alto patamar, para ser mais difundida e realizada, e, por consequência, ainda mais utilizada pelos pesquisadores do direito.

Assim sendo, uma maior compreensão do fenômeno jurídico a partir dos fatos sociais seria possível e viável a partir de estudos empíricos precursores.

Outrossim, não se pode olvidar da magnitude da pesquisa teórica, a qual deve ser usada sim, em grande escala, como base de complementariedade.

Porém, é a pesquisa empírica que confere vida ao experimento!

Somente a pesquisa empírica pode atribuir a funcionalidade necessária para as categorias jurídicas postas em exame.

Não basta o arcabouço teórico se destituído de vida, de aplicabilidade prática em prol do bem comum.

Portanto, a pesquisa baseada na observação dos fatos e circunstâncias, no âmbito das ciências sociais aplicadas, se mostra como uma ferramenta útil, capaz de aferir e

mensurar a realidade do direito, o modo pelo qual a ciência jurídica trabalha e ganha força, perante os cidadãos.

O direito é vida, como assim tem vida própria, e como a vida é para todos, pois todos têm direito a vida, logo, todo ser humano deve ter o acesso não só à justiça, como também ao direito.

Acesso à justiça, desprovido de acesso ao direito não é justiça. É apenas falácia, e injustiça social! Da mesma forma que não basta fazer acordos, os acordos devem ser cumpridos. Chega de falácias e hipocrisias!

A verdadeira justiça somente é materializada a partir do momento em que ela é compreendida, refletida e promovida eficazmente do ponto de vista social, filosófico e jurídico.

É preciso ter atitude para prevenir e reprimir conflitos e buscar a justiça, a paz social, o bem comum. Esta atitude parte do particular para o geral conforme o método indutivo e do geral para o particular como o dedutivo.

Qual destes princípios é maior: justiça, paz ou dignidade da pessoa humana?

Muito mais do que pensar, qual é maior, deve se pensar que o bem comum não se realiza senão pela integração destes três princípios ao mesmo tempo.

Realmente, o atual contexto social do Brasil denota uma mudança de mentalidade, assim como há uma total aversão à corrupção, e ao jeitinho brasileiro “malandro de ser” dotado do nítido desígnio injusto de se obter uma vantagem indevida em detrimento de outrem.

O direito visto como experiência também clama para ser ecoado e transmitido com um alto poder de alcance e irradiação.

Existe o destinatário para isso: o povo.

Existe um lugar chamado Brasil.

Existe um tempo: o hoje.

Existe uma circunstância: a crise

Existe o direito enquanto norma.

Existe o bem comum como fim social do direito, composto por fato, valor e norma.

Existe então, a experiência jurídica que engloba isto tudo.

E qual é a pedra angular ou fundamento do direito?

A vida.

Sem vida não há direito.

Direito é vida, é fato, valor e norma ao mesmo tempo. Ele vive, existe, tem vigência e validade, sente as influências da realidade social, e transforma a realidade.

Que viva o Direito *ad eternum!*

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. 2 ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- BITTAR, Eduardo C.B. Metodologia da pesquisa jurídica. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito, tradução de Daniela Beccaccia Versiani: revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine – Barueri/SP: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. Teoria della Scienza Giuridica, Turim, 1950; Teoria da norma jurídica, tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti/ apresentação Alaôr Caffé Alves – Bauru/SP: EDIPRO, 1ed, 2001. Título original: Teoria della norma giuridica (G. Giappichelli Editore, Torino, 1993)
- BOULOS, Daniel M. Abuso do direito no novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo tratado de responsabilidade civil/ Felipe Peixoto Braga Netto, Cristiano Chaves de Faria, Nelson Rosendal. 3ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. O sistema aberto do Direito Civil e seus diálogos com o novo. in: DIDDIER JR., Fredie (org.). Repercussões do Novo CPC, v.14. São Paulo: JusPodvim, 2016.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Teoria dos ilícitos civis. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. Ajuris. n. 96. p. 205-224. Porto Alegre, dez. 2004.
- CARPENA, Heloísa. O abuso de direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARVALHO, Francisco José. Teoria da Função Social do Direito. 2008. Disponível em: www.funcaosocialdodireito.com.br. Acesso em: 03/12/2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Sociologia Jurídica. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução a Ciência do Direito. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Saraiva. São Paulo, 2012.

DUGUIT, Léon. Fundamentos do direito. São Paulo: Marin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile (2007) [1st pub.1895]. As regras do método sociológico. Tradução Paulo Neves; revisão da tradução Eduardo Brandão. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. I. Salvador: Juspodivm, 2013.

FIUZA, César. Direito Civil - Curso Completo -19. ed. Belo Horizonte: Editora D` Plácido, 2019.

FIUZA, César. Por uma contribuição à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. In: Estado democrático de direito e solução de conflitos: diálogos e repercussões na sociedade contemporânea: volume 2 / Michael Cesar Silva (Organizador) – Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2018.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. O dever de mitigar os prejuízos no direito brasileiro, recepção e evolução de um conceito. 2016. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

FRANCO, Dever do credor de mitigar as perdas. 1ª.ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito. 3. ed. ver. e atual. São Paulo. Método, 2015.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19ª Ed. Forense - São Paulo, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – vol.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

IGREJA, Rebecca. O Direito como objeto de estudo empírico: o uso de métodos qualitativos no âmbito da pesquisa empírica em Direito. in: MACHADO, Maíra Rocha (org.). Pesquisar empiricamente o direito. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.p.11-38.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. Revista dos Tribunais. vol. 886. p. 49-68. São Paulo: Ed. RT, jul. 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas. Parte geral do código civil. vol. 6. São Paulo: Método, 2007.

MATOS, Raisa. A Funcionalização de institutos jurídicos. 2016. Disponível em <https://raisamtc.jusbrasil.com.br/artigos/456629174/a-funcionalizacao-de-institutos-juridicos>. Acesso em 03/12/2019

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POLI, L. M. Ato Ilícito. In: Cesar Fiuza. (Org.). Curso Avançado de Direito Civil. 2ed.Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 369-387.

PONTES DE MIRANDA. Tratado da Ação Rescisória. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RÁO, V. O Direito e a Vida dos Direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999.

REALE, Miguel. Estruturas fundamentais do conhecimento jurídico. O direito como experiência (2002)

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica.2ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito.5.ed.São Paulo: Saraiva, 2005.

STOLZE, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral – 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TEMER, Michael. Elementos do direito constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TJMG, Apelação Cível 1.0701.07.183692-1/001, Relator(a): Des.(a) Wagner Wilson ,16ª Câmara Cível, julgamento em 11/03/2009, publicação da súmula em 17/04/2009.Disponível em em: <https://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 03/12/2019.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Tradução de Tércio Ferraz Jr. Brasília: Editora da UnB, 1979.

WALD, Arnoldo. A evolução do contrato no terceiro milênio e o novo código civil in Alvim, Arruda et al. Aspectos controvertidos do novo código civil. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, v. 86, p. 76-88, 2011.