

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Mariana Marques Calfat

A mitigação dos prejuízos sob a perspectiva
do Direito brasileiro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2016

Mariana Marques Calfat

A mitigação dos prejuízos sob a perspectiva
do Direito brasileiro

Dissertação apresentada à Banca
Examinadora da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, como exigência
parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito sob a orientação do Prof. Dr. José
Manoel de Arruda Alvim Netto.

SÃO PAULO

2016

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Acertasse eu com o que depois sabendo fiquei, para de lá de tantos assombros... Um está sempre no escuro, só no último derradeiro é que clareiam a sala. Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.¹

O mestrado seguiu como uma travessia. Em meio a rodopios, encontros e dificuldades, os últimos anos operaram uma verdadeira revolução em mim. Este trabalho, no entanto, não é resultado de um esforço individual, tampouco objeto concreto de uma certeza. Tive súbitas outras vontades ao longo do percurso que me trouxe até aqui, todas silenciadas pela necessidade de agarrar a oportunidade que me foi concedida ao ingressar no programa de pós-graduação da PUC/SP.

Já sinto saudades da pesquisa, dos textos intermináveis, da entrega, dedicação, de todo o aprendizado conquistado ao longo desses últimos anos, que franquearam acessos e abriram tantos caminhos. É hora de concluir e olho para trás com um misto de excitação e serenidade no peito.

Registro, com certa intuição de afetos, o meu agradecimento. Esta dissertação só fez emergir um obrigado preexistente, embrionário, que ganhou forma e significado nesse processo de conclusão.

Muito obrigada:

Ao *João*, o meu menino-dos-olhos, que nasceu quase-sem-querer no meio desse caminho e me deu o privilégio de sentir, genuína e intensamente, o amor infinito de um filho. Você estará sempre em primeiro lugar, *little monkey*.

Ao professor *José Manoel de Arruda Alvim*, que além de seu imensurável conhecimento jurídico, é um exemplo de seriedade e empenho à vida acadêmica. Obrigada pela generosidade com a qual me orientou. Espero que seja possível enxergar neste trabalho um esforço sincero para que ele esteja à altura da confiança em mim depositada.

À minha mãe, por todas as renúncias que viabilizaram as minhas escolhas. Agradeço à sua firmeza por nunca ter deixado de apontar o caminho dos estudos. Nada disso seria possível ou faria sentido não fosse o seu empenho sem reservas.

¹ROSA, João Guimarães. **Grande sertão**: veredas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 52.

Difícil encontrar palavras para agradecer a pessoa que mais de perto vem compartilhando e vivenciando cada etapa vencida na minha vida. Ao *André*, meu amor, pela parceria que fez esta dissertação e tantas outras histórias possíveis.

Sou sinceramente grata a todos os professores que despertaram a minha admiração desde os primeiros anos escolares, passando pelo bacharelado até o mestrado. Não saberia qual critério utilizar para não soar injusta e, por isto, deixo de citar nomes. Mas exteriorizo, aqui, a riqueza que me proporcionaram: obrigada por compartilharem o seu conhecimento, atenção e até mesmo um pouco de suas vidas. A empatia que envolve essa relação é o que o mundo tem de mais precioso.

RESUMO

O trabalho consiste no estudo da doutrina dos danos evitáveis à luz do Direito brasileiro que, diferente de outros ordenamentos, não previu expressamente a existência do ônus da mitigação. Buscou-se inserir o *duty to mitigate the loss* em contexto próprio, assinalando as principais características do instituto, seus fundamentos, estrutura e perspectivas de expansão. Sinteticamente, esta dissertação está dividida em seis capítulos. O primeiro capítulo, referencial teórico, faz considerações iniciais sobre a norma da mitigação. O segundo capítulo destaca as iniciativas internacionais. O terceiro e quarto capítulos tratam da aplicação da norma da mitigação no direito civil brasileiro. No quinto capítulo desenvolve-se a questão da aferição da razoabilidade das medidas mitigadoras. O sexto capítulo afasta-se do enfoque individual-patrimonialista da regra e propõe a inserção do ônus da mitigação enquanto norma orientadora que disciplina o usar da riqueza social, passando-se às repercussões econômicas oriundas do instituto. Através do presente trabalho, buscou-se demonstrar que o direito impõe uma conduta no sentido de se mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, sendo certo que a positivação do instituto traria uma maior segurança às partes e aos julgadores. Por fim, utilizando-se o método da análise econômica do direito, constatou-se que a regra da mitigação pode ser utilizada enquanto norma orientadora que disciplina o usar da riqueza social, fomentando a cooperação que deve existir entre os indivíduos a fim de evitar o desperdício de recursos econômico e socialmente relevantes.

Palavras-chave: Mitigação. Ônus. Boa-fé. Cooperação. Eficiência econômica.

ABSTRACT

The paper is a study of the doctrine of avoidable damages under the light of the Brazilian law, which, unlike other systems, does not expressly predict the existence of the burden of mitigation. It tries to insert the concept of the duty to mitigate losses in this specific context, pointing out the main features of its institution, foundations, structure and growth prospects. Synthetically, this dissertation is divided into six chapters. The first chapter, theoretical framework, consists of opening remarks on the standards surrounding mitigation. The second chapter highlights international initiatives. The third and fourth chapters deal with the implementation of duty to mitigate losses in the Brazilian civil law. The fifth chapter develops the question of assessing the reasonableness of mitigation measures. The sixth chapter moves away from the individual-patrimonial approach and proposes the inclusion of the burden of mitigation as a guideline for governing the use of social wealth, going to the economic repercussions arising from the institution of the concept. Throughout this study, it is sought to demonstrate that the law imposes a specific conduct in order to mitigate losses resulting from default, given that the institutionalization of the concept would bring greater security to the parties involved, including judges. Finally, using the method of economic analysis of the law, it was found that the rule of mitigation could be used as a guideline governing the use of social wealth, fostering cooperation that should exist between individuals in order to avoid waste of relevant economic and social resources.

Keywords: Mitigation. Liens. Good Faith. Cooperation. Economic efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A DOCTRINA DOS DANOS EVITÁVEIS	14
1.1 A NORMA DA MITIGAÇÃO VISTA A PARTIR DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	14
1.2 A CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR. CONCEITOS E FUNDAMENTOS	17
1.2.1 A natureza jurídica da regra da mitigação.....	20
1.2.2 A aplicação do dever de mitigar na responsabilidade extracontratual.....	25
1.2.3 A responsabilidade pela adoção de medidas mitigadoras	28
1.2.4 O ônus da prova da mitigação.....	30
1.2.5 A regra da mitigação e a cláusula penal.....	30
1.2.6 A prescrição e a regra da mitigação dos prejuízos	32
1.3 A EXTENSÃO DA REGRA DA MITIGAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL	35
2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO ESTRANGEIRO	39
2.1 BREVE INTROITO ACERCA DA ORIGEM DA NORMA DA MITIGAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA INGLESA E AMERICANA	39
2.2 A TEORIA DA <i>AVOIDABILITY</i> NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMPRA E VENDA.....	44
2.3 A MITIGAÇÃO DE DANOS NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA.....	46
2.4 A RESISTÊNCIA DO DIREITO FRANCÊS À INSERÇÃO DA REGRA DA MITIGAÇÃO. OBJEÇÕES IGUALMENTE ENCONTRADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. LIVRE ESCOLHA DAS SANÇÕES	49
3 OS FUNDAMENTOS PARA A INSERÇÃO DO DEVER DE MITIGAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	53
3.1 A PROIBIÇÃO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> E A FIGURA DO ABUSO DO DIREITO	54
3.2 A MITIGAÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DA BOA-FÉ.....	58

4	ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	65
4.1	ACEITAÇÃO DA REGRA	65
4.2	INSUFICIÊNCIA DAS FIGURAS JÁ EXISTENTES EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	73
4.2.1	A análise da regra da mitigação diante da concorrência de responsabilidade da vítima. Causalidades múltiplas	73
4.2.2	A análise da regra da mitigação diante do princípio da reparação integral.....	77
4.3	A INDISPENSABILIDADE DE POSITIVAÇÃO DA EVITABILIDADE COMO FIGURA AUTÔNOMA.....	80
5	DELIBERAÇÃO ACERCA DA LIMITAÇÃO DA EVITABILIDADE. RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS MITIGADORAS.....	82
6	A MITIGAÇÃO SOB UMA ÓTICA PRAGMÁTICA	87
6.1	A INEFICIENTE SEGREGAÇÃO DO DIREITO.....	88
6.2	A APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DO CUSTO DE INADIMPLENTO: EFICIÊNCIA ECONÔMICA.....	90
	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS.....	98
	BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	103

INTRODUÇÃO

O *duty to mitigate the loss* ou a doutrina dos danos evitáveis recebeu seus contornos iniciais nos sistemas adeptos da *common law*. Através dele, atribui-se ao credor a obrigação de atuar ativamente a fim de mitigar os prejuízos que serão posteriormente reparados pelo devedor, minimizando a extensão do dano e atenuando a gravidade da crise relacional.

No sistema da *common law*, a finalidade da regra consiste em evitar o desperdício de recursos econômicos pela inércia do credor, quando possível o afastamento do dano mediante um esforço razoável. Diante de sua finitude, os recursos representam um relevante valor social e devem ser preservados.

A recepção do instituto no cenário jurídico brasileiro se dá com diferentes graus de ênfase e através das mais variadas formas. Inobstante a importância prática do tema, os fundamentos utilizados para solucionar problemáticas pontuais nem sempre se coadunam com a real noção do dever de mitigar.

A repercussão alcançada através da exposição do tema na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal² e os poucos estudos realizados sobre o instituto não conseguiram unir os doutrinadores acerca do fundamento de recepção, imputação e, ainda, sobre as consequências de seu descumprimento, fazendo com que, inúmeras vezes, o dever de mitigar tenha sido recebido como uma obrigação inconveniente imposta ao credor, em razão da suposta onerosidade que a sua não violação acarretaria.

A ausência de dispositivos legais que apresentem solução às questões torna relevante a pesquisa, que se dispõe a esmiuçar os limites entre a boa-fé e a liberdade de agir no âmbito da responsabilidade civil, proporcionando a conexão de tais institutos com o conceito de eficiência econômica no Direito brasileiro³.

Apesar de o conceito ir ao encontro do ideário presente no atual Código Civil e representar uma opção vanguardista acerca do Direito Privado, na esfera nacional, a discussão, que resgata um intercâmbio com a nova ordem constitucional, passa por caminhos tortos a fim de conceber a teoria.

²Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

³O desperdício econômico possui valor social, na medida em que retira de circulação recursos que poderiam ser utilizados na prosperidade da sociedade.

Pretende-se através deste estudo verificar o que seriam medidas razoáveis a serem tomadas a fim de atenuar perdas que poderiam ser evitadas, seja através do encorajamento de ações que tenham como objetivo mover esforços a fim de minimizar prejuízos, seja através da abstenção da prática de quaisquer atividades que venham a aumentar eventuais perdas.

O conceito dissocia-se de padrões estáticos e demasiadamente rígidos. Devido ao alto grau de dinamicidade, se apresenta muitas vezes como a consagração da confiança entre os sujeitos de uma relação obrigacional.

Não se busca definir com exatidão, portanto, qual seria a obrigação do credor em relação à mitigação, pois se trata, evidentemente, de uma questão que só pode ser analisada em casos concretos⁴. Não obstante, através da análise de “julgados-chave” que reconhecem o *duty to mitigate the loss* e do exame do Direito Comparado, o trabalho irá auxiliar na compreensão dos limites impostos às relações patrimoniais com fundamento em uma construção verdadeiramente inovadora.

O estudo das diversas formas de expressão da teoria que envolve o *duty to mitigate* em nosso ordenamento jurídico e a análise de casos concretos⁵ nos quais o instituto foi aplicado irá fornecer concretude ao dever de mitigar a própria perda, fazendo com que a sociedade conheça os limites de suas obrigações e, conseqüentemente, tenha melhores condições de exercer a sua autonomia.

A falta de regra expressa que reconheça, de modo geral, qual é o comportamento esperado do credor em caso de inadimplemento de uma obrigação se coloca como um problema no Direito brasileiro. O silêncio da legislação acerca da matéria e o reconhecimento da regra de mitigação em hipóteses pontuais e muito específicas torna necessário este estudo.

O desenvolvimento de um palco para que se possa introduzir os encargos que regem o *duty to mitigate*, através da promoção da interface do instituto com o princípio da boa-fé objetiva, irá viabilizar a sua aplicação às mais variadas situações envolvendo a responsabilidade civil e o dever de indenizar⁶. O seu reconhecimento encontra pronto respaldo na ética que deve presidir a sociedade atual.

⁴Invariavelmente, a jurisprudência terá que exercer o papel de definir os limites da evitabilidade. O razoável será fixado em situações específicas, moldando a doutrina, como acontece com inúmeros outros institutos do nosso ordenamento.

⁵Em razão da limitada produção doutrinária sobre o tema, o trabalho utilizará o exame jurisprudencial para revelar como a regra de mitigação vem se desenvolvendo.

⁶Exemplos: Um taxista que injustamente se envolveu em um acidente de carro e teve o seu automóvel danificado e não procura outro meio de exercer a sua profissão deve receber todo o

Afastando-se de um enfoque individual-patrimonialista, propõe-se à inserção do dever de mitigação dos prejuízos enquanto norma orientadora que disciplina o usar da riqueza social.

Embora a ideia de interdisciplinariedade nos pareça insipiente na maior parte dos Tribunais brasileiros, a complexidade das relações sociais e a escassez de recursos resultam na necessidade de ações eficientes. É nesse sentido que a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* consagra o postulado da função social das decisões judiciais, segundo o qual o julgador deve ter em mente os efeitos de uma decisão judicial perante toda a coletividade e não somente entre os litigantes⁷.

Serão analisados os fundamentos econômicos da regra da mitigação, apontando-se a noção de eficiência e de redução do desperdício de recursos socialmente relevantes, garantindo que a indenização devida pela parte inadimplente da relação seja a menor possível, o que se prova ser do melhor interesse da coletividade.

Assim, havendo a comprovação da necessidade de mudanças, o estudo da teoria da *avoidability* permitirá a compreensão não apenas da recepção do instituto no atual contexto normativo do Direito brasileiro, mas a sua influência no desempenho e desenvolvimento da sociedade.

Confirmada a hipótese do trabalho, este estudo poderá ter reflexos práticos, promovendo a segurança jurídica e demonstrando a necessidade das partes comportarem-se consoante os ditames da boa-fé e eticidade mesmo nas situações em que, a princípio, poderiam se entender liberadas de deveres adicionais, como ocorre no caso de inadimplemento de uma delas.

salário perdido enquanto o seu carro estava na oficina? Seria razoável esperar que ele alugasse um carro para trabalhar enquanto seu carro estava no conserto? Um banco pode permanecer inerte por um tempo indeterminado diante do inadimplemento contratual de seus correntistas, mesmo tendo ciência da elevada taxa de juros presente no contrato celebrado entre as partes? Entre outros.

⁷Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Observação necessária para a compreensão do estudo realizado: um olhar sobre a inevitabilidade

A solidariedade pressupõe que o estudo do Direito não pode ser afastado da análise da sociedade. A complexidade da vida social determina que a relevância e o significado da existência devem partir de um contexto social, de uma “coexistência”.⁸

Em outras palavras, a solidariedade pode ser compreendida como uma verdadeira relação de reciprocidade, onde se estabelece que a existência de direitos gera, em contrapartida, a existência do dever de prestar solidariedade.

Estreitando a relação existente entre deveres e restrições de Direito, Maria Celina Bodin Moraes divide o conceito de solidariedade em duas espécies: a solidariedade fática, que decorre da necessidade de coexistência humana, e a que se apresenta como valor, que advém da consciência racional dos interesses em comum⁹. Para a autora, aí reside o reconhecimento do outro.

O presente estudo passa, inevitavelmente, por uma ideia de restrição de direitos, mas uma reserva voltada para a perspectiva do solidarismo nas relações privadas. O caráter econômico da temática aqui desenvolvida tem como objetivo avaliar os limites e critérios na estipulação de deveres diante de um conflito de interesses que possui como foco a sociedade.

A preocupação com o sentido social das normas é exposta por Miguel Reale como um dos pilares do atual Código Civil, que se distancia do característico individualismo do Código de 1916¹⁰.

O papel do dever de solidariedade passa, assim, pela ideia de que o estudo do dever de mitigação está relacionado com a ampliação da visão horizontal da tratativa entre dois indivíduos para apreender as relações verticais que apresenta com o resto da sociedade. “Trata-se de ampliar o fundamento de fato, de forma que

⁸PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

⁹MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 233-258.

¹⁰REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. **Professor Miguel Reale**, [20--]. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

se relacione os conflitos individuais com as tensões estruturais sistemáticas da vida social”.¹¹ É sobre essa perspectiva que o estudo deve ser analisado.

¹¹LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 237.

1 A DOUTRINA DOS DANOS EVITÁVEIS

1.1 A NORMA DA MITIGAÇÃO VISTA A PARTIR DA CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A submersão ao estudo funcional do Direito considera cada vez mais a necessidade de extensão das possibilidades de sua efetividade. O Direito, como instrumento de controle social, focado na manutenção do curso normal da sociedade, vem sofrendo constante evolução, surgindo como instrumento emancipatório e transformador da humanidade.

A responsabilidade civil, que trata da reparação de danos injustos, resultantes da violação de um dever geral de cuidado, tem por finalidade precípua a recomposição do equilíbrio violado. No entanto, melhor que compensar vítimas infortunadas, reparando seu prejuízo, é prevenir afetações, método mais adequado à inviolabilidade da vida humana.

A acepção moderna do Direito atribui à responsabilidade civil funções que ultrapassam a mera reparação¹². E o dever de mitigação encontra amparo neste processo de solidarização do Direito, visto que, ao abandonar a concepção liberal-individualista, passa a interessar a proteção da repercussão dos atos de uns indivíduos sobre os outros e destes perante a sociedade.

Desenvolver, desde já, essas premissas, faz-se necessário para evidenciar as transformações que levam a ótica de um Direito Civil Constitucional, dando a este trabalho uma roupagem contemporânea, que viabiliza a inserção de novas diretrizes a serem observadas nas relações privadas.

A recepção da regra da mitigação, aqui, apresenta-se como forma de efetiva realização do bem-estar social, objetivando a concretização de uma lealdade real, conferindo às relações um sentido mais íntegro. A doutrina dos danos evitáveis apenas tem sentido em uma época em que as liberdades individuais são refreadas.

¹²Guido Alpa apresenta as seguintes funções fundamentais da responsabilidade civil: i) função de reação ao ato ilícito e ao dano no escopo de ressarcimento à vítima; ii) a função de devolução da vítima ao *status quo ante*, pela qual o prejuízo significou certo desequilíbrio; iii) função de reafirmação do poder sancionatório do Estado; iv) função dissuasória para que o lesante não mais prejudique terceiros; v) função de distribuição da perda; e vi) função de alocação dos custos (ALPA, Guido. **La responsabilità civile**: parte generale. Torino, Itália: UTET Giuridica, 2010. p. 251).

A Constituição Federal de 1988 colocou o interesse social como prevalente ao particular, limitando a liberdade individual em prol do bem comum¹³. Com a inserção do princípio da solidariedade social, ingressamos na terceira dimensão dos direitos fundamentais, direitos que se caracterizam de fraternidade, solidariedade, que alcançam grupos de pessoas e possuem titularidade tida por coletiva. Tem-se, assim, a necessidade de fazer uma interpretação sistemática entre o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal, sendo que ambos devem ser compreendidos de forma condizente.

Ao eleger como fundamento da República Federativa a preservação da dignidade da pessoa humana ficou evidente que todo raciocínio jurídico, em qualquer seara, deveria tomar em conta a tutela do ser humano. A dignidade da pessoa humana é, portanto, referência para o estudo da responsabilidade civil, ainda que a noção se mostre demasiadamente abstrata¹⁴.

Exige-se, portanto, uma nova fisionomia da responsabilidade civil, que irá refletir na resolução de conflitos e em uma indenização que seja considerada justa e eficaz não apenas para as partes, mas para a sociedade.

Partindo dessa ideia, tem-se, no estudo da minimização dos danos, um credor que se comporta segundo padrões éticos, de probidade, atividade, cooperação, solidariedade. Exige-se da vítima um melhor comportamento, que gerará um melhor resultado para a sociedade. Entende-se que foi essa a inspiração do codificador civil de 2002, que, entre outros princípios, enxergou na socialidade um preceito que deveria orientar o intérprete.

Renan Lotufo vai além ao assinalar que o princípio da atividade também teria o condão de influenciar o estudo da responsabilidade civil. Pondera o autor que “[...]”

¹³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

¹⁴O conceito de dignidade da pessoa humana “[...] não se projeta a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência não é certamente de natureza técnica, concernente à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na tutela do homem, um aspecto idôneo, não a humilhar a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático – qualitativo do ordenamento – pelo qual não se pode ser radicalmente alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado. Estes não são imutáveis; por vezes, são atropelados pela incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exautorados ou integrados pela legislação especial ou comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos valores na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos existenciais” (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33-34).

este é um código que exige atores, não mero expectadores, ou detentores de status, isto é, exige que cada pessoa atue na conquista e na preservação de seu direito, sob pena de vê-lo suprimido, invalidado pela ineficácia decorrente da inércia”.¹⁵

Esse fenômeno vem ocorrendo não apenas na responsabilidade civil contratual. Apesar de os regramentos serem singelamente distintos, a responsabilidade civil aquiliana e a contratual possuem mecanismos jurídicos sancionatórios extremamente parecidos¹⁶.

Em que pese a evidente falta de equilíbrio entre as figuras do causador e da vítima dos danos, na contramão desse espírito, a teoria da mitigação dos danos surge como uma tendência de retomada na busca pela eticidade e boa-fé nos relacionamentos, impondo um efetivo dever de conduta cooperativa.

Ao levar em consideração fatores que não estejam diretamente relacionados à extensão do dano, punindo omissões, exigindo atuações em prol da cooperação e da boa-fé, admite-se, de alguma forma, a presença de um efeito preventivo da responsabilidade civil, consequência inevitável do novo direito dos danos.

Sob um viés pragmático-econômico, defende-se que a prevenção configura a essência da obrigação de indenizar, função precípua da responsabilidade civil. Embora não se negue o caráter social da indenização, medidas *ex post facto* são evidentemente menos eficientes do que medidas preventivas, que detém clara função social de redução dos custos transacionais inerentes às atividades econômicas, maximizando o bem-estar social.

Pode-se dizer, então, que a evolução para um Estado Social resultou na solidariedade como um dos principais fundamentos da República Federativa do Brasil e essa concepção contemporânea, que busca um processo de constante coadunação com valores constitucionais, permite a inserção do dever do credor em mitigar o seu próprio prejuízo como instituto apto à realização desses fins.

¹⁵LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**: introdução. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

¹⁶CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 201.

1.2 A CARACTERIZAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR. CONCEITOS E FUNDAMENTOS

A teoria da *avoidability* prevê que o credor prejudicado por um inadimplemento não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias¹⁷. Tem como ideia central evitar que o credor use a sua própria inércia para aferir vantagens sobre o devedor.

Nessa esteira, a regra da mitigação, também conhecida como a doutrina dos danos evitáveis, estabelece que o credor possui o dever de mitigar as suas perdas ou seu próprio prejuízo quando o puder fazê-lo através de meios plausíveis. Se a parte inocente puder mitigar o dano sofrido mediante um esforço razoável, sem se submeter a riscos, e, ainda assim, deixar de fazê-lo, perderá o direito de ser ressarcida pelo valor total do dano que se concretizou.

O contexto da discussão em torno da doutrina da evitabilidade deve ser analisado sob a perspectiva de alocação de custos, por assim dizer, comuns, pela parte que melhor puder fazê-lo. Tem por finalidade a maximização de benefícios mútuos.

Podem-se enumerar três pressupostos necessários à caracterização do dever de mitigar, ele está presente quando ocorre: (i) a inexecução de uma obrigação; (ii) a existência de um dano imputável ao agente inadimplente; e (iii) a possibilidade da parte inocente conter a repercussão desse dano, caso aja de acordo com uma diligência ordinária.

Trata-se de doutrina bastante consolidada nos sistemas adeptos da *common law*¹⁸, um direito cuja aplicação de normas e regras não estão escritas, mas sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. A afirmação da origem do princípio da mitigação no *common law* é muito difundida, embora tenha nos parecido difícil a sua real verificação¹⁹.

No trabalho apresentado por Vera Maria Jacob de Fradera, o mais relevante ao abordar o tema no Brasil, assinala-se que a ideia central do dever de mitigar

¹⁷FARNSWORTH, Allan. **Farnsworth on contracts**. Nova York: Aspen, 2004. v. 3, p. 229.

¹⁸Inúmeros precedentes reconhecem essa gênese. Nesse sentido: STJ. ARES n. 431472. DJe, 03.12.2013; TJ/RS. Apel. Cível nº 70060029501. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Julgado em 26.06.14; TJ/SP. Apel. Cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457. 35ª Câmara de Direito Privado. Rel. Artur Marques, 16.09.13.

¹⁹Nos sistemas adeptos ao *common law* a reparação de danos suportados pelo credor comporta, resumidamente, três limitações: a imprevisibilidade, a incerteza e a evitabilidade, esta adstrita ao dever de mitigar.

encontra-se no artigo 77 da Convenção de Viena (1980) sobre compra e venda internacional. O referido dispositivo torna claro o conteúdo da regra da mitigação na responsabilidade contratual:

A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

Em relação à aprovação da proposta elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, Flávio Tartuce aduz:

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.²⁰

Assim, nos termos da norma da mitigação, a parte inocente, que se vê prejudicada por um inadimplemento, não poderá ser indenizada pelas perdas e danos que evitou ou que, com esforços razoáveis às circunstâncias, poderia ter evitado. De um lado nega-se ao credor o direito de indenização por se quedar inerte²¹ diante do descumprimento de uma obrigação e, de outro, concede-se a ele o direito à reparação pelos esforços empregados na tentativa de diminuição da perda sofrida.

Daniel Pires Novais Dias assinala que,

O Direito civil brasileiro vive fenômeno de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*. Este fenômeno originou-se de proposta doutrinária para solucionar o problema de imputação de danos nas situações em que o credor, em face do inadimplemento do contrato, não adota medidas razoáveis para evitar ou minimizar o próprio prejuízo. Posteriormente ampliou-se para abarcar situações de responsabilidade civil aquiliana e de exercício tardio de direito que implica em ônus excessivo para o devedor.²²

²⁰TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 515.

²¹Aqui, a inação do credor é avaliada a partir do descumprimento. A regra da mitigação não exige que o credor ingresse com uma ação judicial para exigir o cumprimento da obrigação pelo devedor.

²²DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 89, jan./mar. 2011.

O dever de mitigar apresenta, assim, dois aspectos principais. O primeiro, tido por aspecto positivo da evitabilidade, ocorre através da dedução dos danos que o credor efetivamente evitou que ocorressem do valor total da indenização. A chamada mitigação de fato.

Em seu aspecto negativo ocorre a possibilidade de que sejam excluídas da indenização as perdas e danos que o credor poderia ter evitado com medidas razoáveis, mas não o fez. A questão fundamental na aplicação ou não da mitigação em seu aspecto negativo consiste na apreciação do caráter “razoável” das decisões tomadas, já que não parece que uma medida possa ser considerada razoável ou não por natureza²³.

Nas palavras de Yves-Marie Laithier:

A finalidade do dever de restringir o prejuízo não é recompensar o devedor inadimplente. Além disso, ninguém espera que o credor realize um ato de abnegação [...]. Esse dever não o obriga a desconhecer seus próprios interesses nem a fazer prevalecer os do devedor sobre os seus.²⁴

Assim, se a adoção de uma medida se encontra dentro daquilo que as circunstâncias permitem, sem que haja um esforço além do razoável por parte do credor, significa que o prejuízo é evitável e incide, no caso, a regra da mitigação, atraindo para a parte inocente um ônus de reagir para que o prejuízo não se alastre.

Acerca dos limites e efeitos da regra da mitigação, Christian Sahb Batista Lopes assinala que o credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ser evitados ou reduzidos com o emprego de esforços razoáveis de sua parte. Aduz ainda que a indenização devida deve ser reduzida no montante dos ganhos obtidos pelo credor, que não seriam auferidos se não fosse o inadimplemento. Por fim, orienta que o credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis realizadas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.²⁵

²³A questão referente à razoabilidade dos esforços tendentes a mitigar a perda será abordada no Capítulo 5 deste trabalho.

²⁴LAITHIER, Yves-Marie. **Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2004. p. 438.

²⁵LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?s_equence=1>. Acesso em: 13 dez. 2015.

A garantia de que o devedor irá pagar o menor montante possível para atender o mesmo legítimo interesse da parte inocente, limitando a extensão do dano e reduzindo o valor indenizatório nos parece ser justificativa suficiente para que a regra da mitigação seja consagrada. Trata-se de maximização de benefícios mútuos ou redução de danos comuns, consequência que inspirou a investigação dos fundamentos aptos a autorizar a introdução da evitabilidade no Direito brasileiro.

Não se trata unicamente de uma justificativa de racionalidade. Somada a redução de desperdícios, tem-se na regra da mitigação de danos uma noção de *fair dealing*, honestidade. Vinculado à regra da mitigação há um dever geral de cooperação²⁶, de conduta colaborativa, de otimização de recursos em prol não apenas das partes, mas de toda a sociedade.

Com base nesta descrição do dever de mitigar danos, pretende-se, com a contribuição recebida dos ordenamentos estrangeiros e através da análise dos estudos já realizados sobre o tema, elaborar uma possível leitura da regra da mitigação pelo Direito brasileiro, verificando objeções, assim como possíveis suportes à incorporação do dever de indenizar em nosso ordenamento.

1.2.1 A natureza jurídica da regra da mitigação

A norma da mitigação foi importada como um dever jurídico derivado da boa-fé e do abuso de direito e talvez esta seja a principal objeção à figura, o fato dela não ter a natureza própria de um dever jurídico. Embora haja certa conveniência em tratar o instituto como um dever, o *duty to mitigate the loss* não envolve, em sentido literal, um dever propriamente dito, tampouco uma obrigação. Inexiste direito correlato titularizado pela outra parte.

Na lição de Orlando Gomes, dever é “[...] a necessidade que corre a todo indivíduo de observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em uma sanção”.²⁷ Neste sentido, a noção de dever jurídico está

²⁶A incidência do dever de cooperação não equivale àquela do ônus da mitigação. Enquanto a regra da mitigação está focada nos prejuízos evitáveis após o inadimplemento, atingindo, portanto, um momento específico da relação jurídica, o dever de cooperação abrange a facilitação do adimplemento, a manutenção da prestação como algo que interesse a parte contrária, a realização das prestações, enfim, todas as etapas da relação obrigacional, em um campo mais abrangente de hipóteses.

²⁷GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11-12.

necessariamente atrelada à exigibilidade, a um comportamento obrigatório que tem por fonte a norma jurídica.

Antunes Varela assinala que o dever jurídico, diferentemente dos deveres morais, sociais ou religiosos, consiste na “[...] necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de se observar um determinado comportamento”, vindo, normalmente acompanhados de “[...] meios coercitivos [...] próprios da disciplina jurídica”.²⁸

A regra da mitigação como um dever jurídico corresponde a mais comum concepção a qual se pode encontrar, embora Vera Maria Jacob de Fradera, no primeiro artigo dedicado exclusivamente à matéria no Brasil, tenha, já àquela época, assinalado as complicações em se apontar a noção de mitigar os danos como um dever. Segundo a autora, no Direito alemão a caracterização dada ao instituto seria a de uma *obliegenheit*, um “[...] dever de menor intensidade, cuja obediência está no interesse do próprio indivíduo”²⁹, o que nos parece apropriado.

Daniel Pires Novais Dias, em análise do instituto no cenário da *common law*, aponta que aquele sistema utiliza uma concepção abrangente da imputação de danos. Assim, o dever de mitigar seria mais um instrumento para se evitar indenizações fora dos padrões da razoabilidade, ou seja, uma norma de quantificação das indenizações e não um dever. Assinala o autor que a ideia de um dever de mitigação conflita com a noção de que o indivíduo não deve ser obrigado a diminuir seu próprio patrimônio.³⁰

Charles J. Goetz e Robert E. Scott assinalam o mal emprego da expressão “dever”, embora defendam a conveniência da utilização do termo:

*Generations of legal commentators have observed that the term duty is misleading because the contract breacher invokes the failure to mitigate as a defense to reduce damages for which he is otherwise liable rather than as an affirmative right of action. Thus, the failure to mitigate merely disables the injured party from recovering avoidable losses [...]. Nevertheless, because the term duty is both common and convenient, we will use it throughout this article.*³¹

²⁸VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2001. v. I, p. 52.

²⁹FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir seu próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 114, 2004.

³⁰DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 98-99, jan./mar. 2011.

³¹“Gerações de juristas têm observado que o termo dever é equivocado, porque a parte inadimplente do contrato invoca a falha em mitigar os danos como uma defesa para reduzir o valor da indenização pela qual, de outro modo, ela seria responsável, e não como uma ação afirmativa [...].

Tem-se, assim, na incidência da norma da mitigação, um credor que falta com os atos tendentes a minimizar ou mesmo evitar os danos causados pelo devedor. O incentivo em mitigar o dano é do próprio credor que vê o seu patrimônio diminuir e, sendo a regra a liberdade de o titular dispor dos seus bens livremente, o devedor não dispõe de instrumentos para exigir, *a priori*, que o credor interrompa tal cadeia de prejuízos.

Diferentemente de um dever, o princípio da mitigação funciona como um mecanismo que restringe a indenização, se assemelhando mais a um ônus, na medida em que “[...] o comportamento é livre no sentido de que o onerado só o adota se quer realizar o seu interesse”.³²

Luiz Rodrigues Wambier ensina:

O ônus e o dever são figuras distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.³³

Sendo assim, a vítima não incorre em qualquer responsabilidade por ter deixado de tomar medidas mitigadoras, mas perde o direito ao ressarcimento sobre a parte não mitigada. O ônus não é imposto por lei, o que significa dizer que ele não corresponde a uma sanção.

Nas palavras de João de Matos Antunes Varela:

O ônus consiste, assim, na necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção de uma vantagem para o próprio onerado [...]. O ônus é um meio (do próprio onerado) alcançar uma vantagem ou, pelo menos, de se evitar uma desvantagem.³⁴

Entretanto, porque o termo dever é não apenas comum, mas conveniente, iremos utilizá-lo no curso desse artigo” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, p. 967, 1983, *tradução livre da autora*).

³²GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 12.

³³WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso avançado do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1, p. 457.

³⁴VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 2001. v. I, p. 58.

A concepção de ônus foi bem desenvolvida no Direito Processual, ramo no qual os exemplos são inúmeros. Humberto Theodoro Junior aduz que,

Ninguém pode obrigar, por exemplo, o réu a contestar, a parte a arrolar testemunhas, o vencido a recorrer. Mas existe o ônus processual de fazê-lo, no momento adequado, pois, se o réu não contesta, são havidos como verdadeiros os fatos que arrolou o autor contra ele (art. 139); se a parte não apresenta prova do fato alegado, não será ela levada em conta pelo juiz (art. 333); se o vencido não recorre em tempo útil, a sentença transita em julgado e torna-se imutável e indiscutível (art. 467).³⁵

Dessa forma, o ônus pode ser equiparado a um vínculo imposto à vontade do sujeito diante do seu próprio interesse. Trata-se de um instrumento imposto pelo ordenamento jurídico para que um sujeito adote um determinado comportamento, sob pena de arcar com as consequências que lhe serão prejudiciais³⁶.

Nesse mesmo sentido, Mario Julio de Almeida Costa assinala:

Resta-nos aludir ao ônus jurídico, que se entende como necessidade de se adoptar certa conduta para a obtenção ou conservação de uma vantagem própria. Já aqui se inferem os tópicos característicos desta figura: o acto a que o ônus se refere não é imposto como um dever; tutela-se um interesse do onerado – trazido na consecução de uma vantagem nova ou em evitar-se a perda de uma vantagem que preexiste.³⁷

Assim, em que pese o cabimento da terminologia, que por sua praticidade continuará a ser utilizada neste trabalho, a mitigação dos danos não deve ser encarada como um dever, uma obrigação, mas como um ônus imposto ao credor que, caso violado, irá acarretar a perda do direito à indenização na proporção dos danos evitáveis.

Sendo uma atuação que depende exclusivamente do credor e sendo o dano relativo ao seu patrimônio, não pode o devedor exigir o cumprimento do ônus da mitigação. A ele, cabe apenas alegar a matéria em eventual cobrança como pressuposto de exigibilidade.

³⁵THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 82.

³⁶GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 181, 1982.

³⁷COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 56-57.

Eros Grau ensina que, “[...] o não cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido”.³⁸

A fim de se afastar as oposições mais comuns à regra, tem que se compreender que o *duty to mitigate* não é uma obrigação diretamente exequível: caso a parte prejudicada não tome medidas razoáveis diante das circunstâncias de um caso concreto para minimizar o seu prejuízo, o seu direito à recuperação dos danos evitáveis irá excluir os danos que poderiam ter sido evitados³⁹.

Dessa forma, apesar de ser tratado como um dever, há quase um consenso na doutrina no sentido que não se trata propriamente de um dever em sentido estrito.⁴⁰

Sendo, portanto, (i) a mitigação de danos inexigível pela parte inadimplente (inexiste ação específica que obrigue um indivíduo a adotar medidas mitigatórias); (ii) a mitigação de danos revertida, inclusive, em prol do próprio devedor da obrigação, parece-nos compatível atribuir a ela a natureza jurídica de um ônus.

Na doutrina brasileira, Christian Sahb Batista Lopes adotou uma posição firme em relação à interpretação da mitigação como um ônus, afirmando que a inobservância dessa incumbência impediria o “[...] surgimento do próprio direito de ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado”.⁴¹

Daniel Pires Novais Dias, embora não descarte a adoção da figura do ônus, afirma que o conceito de *obliegenheit*⁴², importado do Direito germânico, seria o mais compatível com a “[...] situação jurídica do credor inadimplido [...] em face da

³⁸GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 181, 1982.

³⁹A violação ao dever de mitigação dos danos pode reduzir a indenização até zero, caso o dano pudesse ter sido inteiramente evitado pela parte prejudicada (HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. München (Germany): Sellier European Law Publishers, 2007. p. 289).

⁴⁰Considera-se aqui: Christian Sahb Batista Lopes, Vera Maria Jacob de Fradera, Cristiano de Sousa Zanetti etc.

⁴¹LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 202. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese_christian_s_b_lopes_a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito_contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015.

⁴²No Direito germânico, as obrigações se distinguem em razão da sua intensidade. As *obliegenheiten* possuem menos intensidade em relação às *pflichten*. A inobservância de uma *obliegenheit* leva à perda de uma vantagem jurídica, não sendo possível exigir o seu cumprimento, enquanto as *pflichten* podem gerar a execução forçada e, em caso de descumprimento, levar ao pagamento de perdas e danos (Ibid., p. 202).

produção ou agravamento do próprio prejuízo”.⁴³ Embora a figura tenha pouco reconhecimento no Direito brasileiro, seria mais próxima a ideia de encargo, prestação acessória imposta a determinadas manifestações de vontade.

Não parece necessário, no entanto, importar o conceito de *obliegenheit* a fim de definir a natureza jurídica da mitigação de danos. Classificá-la como um ônus nos parece suficientemente adequado. Se cabia ao credor mitigar o seu prejuízo e ele não o fez, deixará de obter a vantagem de ser indenizado por não ter logrado êxito em conservar o seu direito, isto é, não atrairá para si a vantagem econômica pela conservação de seu direito.

Identificar a natureza da mitigação como ônus não significa que não esteja representada uma limitação na apuração da indenização. As noções não são excludentes. Trata-se, a toda evidência, de uma norma de conduta, uma exigência de comportamento: a conduta socialmente esperada, leal, é que o credor aja de maneira cooperativa e empregue esforços razoáveis para minimizar ou evitar danos.

1.2.2 A aplicação do dever de mitigar na responsabilidade extracontratual

A dualidade de tratamento acerca da responsabilidade civil contratual e extracontratual tem como origem a sua derivação: se proveniente de um vínculo obrigacional, a responsabilidade é contratual⁴⁴, se ela remete à inobservância de uma norma de conduta fixada pelo ordenamento jurídico, é extracontratual. A doutrina e a jurisprudência se concentram na aplicabilidade da teoria da mitigação de danos em relação aos contratos. Não obstante, apesar de a origem do instituto ter se dado no Direito Contratual, a nosso ver, parece possível a sua utilização no âmbito da responsabilidade extracontratual.

O Código Civil define ato ilícito nos artigos 186 e 187. No primeiro dispositivo prescreve que os elementos dolo ou culpa – negligência, imprudência ou imperícia – são requisitos para a caracterização de uma ação ou omissão ilícita. Prevê, assim, que uma vez suportado um dano por outrem, o mesmo deverá ser reparado. Já o artigo 187 dispõe sobre a figura do abuso do direito, e trata dos indivíduos que,

⁴³DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 122/124, jan./mar. 2011.

⁴⁴A responsabilidade contratual está disciplinada nos artigos 389 a 416 do Código Civil, enquanto a responsabilidade extracontratual pode ser encontrada nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil.

embora exercendo um direito, atuam em desconformidade com a boa-fé, bons costumes, finalidade social a que se propõe.

Diferentemente do que ocorre em uma relação oriunda de um acordo de vontades, onde o ônus da mitigação recai sobre ambas as partes no sentido de não onerar/agravar a situação da outra, em face de um dano extracontratual sobressai uma relação obrigacional decorrente da incidência da lei sobre um ilícito passível de indenização⁴⁵.

Assim, na responsabilidade extracontratual, o agravamento do dano decorrente de uma conduta imputável a outrem e a consequente necessidade de a parte lesada agir no intuito de minimizar o prejuízo se dá sempre sobre o próprio patrimônio do credor. E a vítima do dano titulariza o dever acessório com fundamento na mesma boa-fé de não agravar o seu próprio prejuízo.

Em tese defendida acerca da matéria, Christian Sahb Batista Lopes traz interessante acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, apesar de mencionar o artigo 422 do Código Civil, assinala que a proibição ao abuso de direito configuraria fundamento para aplicação da doutrina da mitigação:

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Age com culpa aquele que conduz o seu veículo em velocidade superior à permitida no local. Do mesmo modo, atua culposamente o motorista que efetua uma mudança de faixa sem as devidas cautelas. 2. Configurada a culpa concorrente entre os envolvidos no acidente, reparte-se a indenização de acordo com o grau de culpabilidade de cada um, consoante se extrai do disposto no artigo 945 do Código Civil. 3. A imputação do dever de indenizar exige a presença do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles. [...]. 8. O ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil, orienta-se, em regra, pelo princípio da “restitutio in integrum” art. 944, caput, do Código Civil, ou seja, a indenização deve possibilitar a recomposição original do estado patrimonial da vítima, o seu retorno ao “status quo” ante. 9. Em casos em que o ilícito provoca lesão corporal à vítima, o próprio Código Civil, em seu artigo 949, prevê o caráter indenizável das despesas com tratamento médico. 10. No campo extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva se dá por meio do instituto do abuso de direito. O “duty to mitigate the loss”, que encontra origem no direito anglo-saxão, consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo. Destarte, a reparação dos danos materiais

⁴⁵A responsabilidade contratual abrange o inadimplemento relativo a qualquer obrigação, enquanto a extracontratual compreende a violação aos deveres gerais de omissão ou abstenção de causar dano a outrem (*neminem laedere*) (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27-29).

suportados, se possível por diversos meios, deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor. Da mesma forma, o agravamento desnecessário dos danos materiais pelo credor não deve ser indenizado. 11. No tocante aos danos morais e estéticos, a indenização deve ser corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da data de publicação do acórdão. Por outro lado, em relação aos danos materiais, aplicáveis às súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a correção e os juros devem incidir desde a data do evento danoso.⁴⁶

O caso trata de vítimas de dano extracontratual que não adotam medidas a fim de atenuar o seu próprio dano frente a uma colisão de automóveis. Ao contrário, na hipótese, os credores acidentados resolveram, sem justificativa, mudar do pronto-socorro para um apartamento exclusivo no hospital, este não coberto pelo plano de saúde, razão pela qual não foram reembolsados pelo excedente da despesa.

Christian Sahb Batista Lopes explica:

A boa-fé objetiva está prevista expressamente no artigo 422 do Código Civil, que está inserido na Parte Especial, no capítulo relativo aos contratos. Portanto, poder-se-ia argumentar que a mitigação, como corolário da boa-fé objetiva prevista no artigo 422, apenas seria aplicável ao inadimplemento de obrigações contratuais. Por outro lado, o artigo 187, que fundamentaria positivamente a aplicação da evitabilidade pela via do abuso de direito, está incluído na Parte Geral e, portanto, poderá ser aplicado tanto à responsabilidade extra-contratual quanto a contratual. Em outros termos, para que o exercício do direito à indenização não seja abusivo, o seu titular deverá ter agido de acordo com a boa-fé, de maneira leal e correta, tentando minimizar os prejuízos pelo emprego de esforços razoáveis, seja seu direito pleiteado com base em um contrato ou com base na responsabilidade aquiliana.⁴⁷

Nas ações indenizatórias de responsabilidade extracontratual, em regra, cabe ao autor da ação o ônus da prova de seu fato constitutivo, prova esta que corresponde à efetiva demonstração de que o réu cometeu um ato ilícito, que o autor suportou um dano e que este é consequência daquele (nexo de causalidade).

Assim, para que se possa invocar o instituto da mitigação torna-se necessário verificar se o autor da ação indenizatória, a “vítima”, agiu com dolo ou culpa

⁴⁶TJ/MG. Processo n. 1.0701.07.183692-1/001. Relator: WAGNER WILSON. Data de julgamento: 11.03.2009.

⁴⁷LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015.

vislumbrando que a sua omissão acarretaria um ganho para ela, uma vantagem que não teria ocorrido se a mesma tivesse agido com boa-fé.

Tem-se, portanto, que a regra da mitigação encontra a sua forma de operacionalização para a responsabilidade extracontratual na teoria do abuso de direito. O direito à reparação seria exercido de forma abusiva por contrariar o dever anexo de colaboração de mitigar o prejuízo quando for possível a atuação por parte do credor sem grandes esforços no caso concreto.

Trata-se, a nosso ver, de situação excepcional, já que, na maioria das hipóteses, o credor da obrigação apenas não se preocupa em mitigar o prejuízo pois sabe que esses têm como causa o descumprimento de uma obrigação que será indenizada. Assim, o credor que não mitiga os seus próprios prejuízos, ao exercer o direito à reparação não abusa, mas age no suposto exercício regular de um direito.

Conforme será analisado no Capítulo 3, a doutrina brasileira defende o dever de mitigar o prejuízo utilizando como base a boa-fé objetiva e a teoria do abuso de direito. Causa, portanto, perplexidade a falta de desenvolvimento da teoria para a responsabilidade extracontratual, tendo em vista que o artigo 187 do Código Civil está intrinsecamente ligado a esta modalidade de responsabilidade.

Ainda que existam aspectos que exijam tratamentos distintos para as duas espécies de responsabilidade, a solução para ambas é praticamente idêntica, na medida em que fazem com que a parte faltosa indenize a parte prejudicada. Há, inclusive, autores que defendem a extinção do tratamento dualista da matéria⁴⁸.

Assim, em que pese ser pouco difundido o estudo do dever de mitigação dos prejuízos no campo extracontratual, não há, a nosso ver, nenhum óbice para a sua aplicabilidade.

1.2.3 A responsabilidade pela adoção de medidas mitigadoras

O enunciado nº 169 assinala enfaticamente que “[...] o princípio da boa-fé objetiva deve levar o *credor* a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, limitando somente a ele a adoção de medidas mitigadoras.

⁴⁸Essa é a posição de Carlos Roberto Gonçalves (**Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28).

Do mesmo modo, em todos os estudos examinados na construção deste trabalho, não foi possível averiguar qual seria a responsabilidade do devedor, no caso, ofensor, frente ao dever de mitigar.

Em que pese a adoção de medidas mitigadoras do dano ser, em sua maioria, atribuída como um dever imposto ao credor da relação, não nos parece correto excluir o ofensor – devedor – de tal responsabilidade. Nas hipóteses em que ambas as partes possuem condições de mitigar perdas, através de medidas tidas por razoáveis, nos parece inviável a alegação de que se trata de um dever acessível unicamente à vítima.

Nesse sentido, se o demandado possuir oportunidade de mitigar os danos por ele causados e o puder fazê-lo por um custo menos elevado que o demandante, não nos parece que existam razões para que a sua responsabilidade seja reduzida.

Frente à igualdade de possibilidades na mitigação das perdas, através de medidas tidas por razoáveis, não pode o devedor alegar que tal providência seria de responsabilidade exclusiva do credor.

A minimização vista de forma conjunta, tanto pelo credor quanto pelo devedor da relação obrigacional, faz sentido diante do incentivo dado na adoção de medidas razoáveis para minimizar os respectivos prejuízos.

O fracasso injustificável em fazê-lo, por quaisquer das partes, resultaria na negativa do Judiciário em conceder uma compensação daqueles prejuízos evitáveis, porém não evitados (prejuízos excessivos).

Tem-se, dessa forma, que o dever de mitigar deve ser interpretado para cobrir não apenas o dever do credor, mas o dever de ambas as partes em fazer o que Charles J. Goetz e Robert E. Scott chamam de reajuste cooperativo⁴⁹.

Não obstante, muitas vezes continuaremos, neste trabalho, a remeter o ônus de mitigar o prejuízo ao credor por ser este usualmente a pessoa que, com menos custo, pode fazê-lo. A atribuição ainda se justifica pelo fato de ser o credor quem normalmente tem as informações e os recursos necessários para exercer a mitigação.

⁴⁹GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**, v. 69, n. 6, p. 1011, 1983.

1.2.4 O ônus da prova da mitigação

As provas voltam-se à confirmação da argumentação trazida pelas partes a fim de constituir o fato que será posteriormente declarado em sentença. E nos termos do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil⁵⁰, cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a comprovação da ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Tem-se, assim, que o ônus da prova quanto à possibilidade de terem sido ou não adotadas as medidas tidas por mitigadoras recai sobre o demandante, sendo também dele a atribuição de comprovar que a perda foi, de fato, causada por um ato atribuível ao demandado. Dentre os danos que deverão ser comprovados nos autos constarão os prejuízos que poderiam ter sido evitados com esforços tidos através de medidas razoáveis.

A. J. Kerr traz inúmeros julgados nos quais se atribuiu ao devedor o ônus da prova da inobservância pelo credor da norma da mitigação⁵¹. Por outro lado, é a parte prejudicada que possui o ônus de provar que incorreu em gastos razoáveis, passíveis de ser indenizados, ao tentar mitigar seus danos.

Portanto, na maioria dos casos, caberá ao credor provar os elementos que constituem o seu direito à indenização e ao devedor provar que o credor poderia ter evitado aqueles prejuízos, em todo ou em parte, ou seja, cabe ao devedor provar que o credor não tomou medidas razoáveis para mitigar os prejuízos considerados evitáveis⁵².

1.2.5 A regra da mitigação e a cláusula penal

A cláusula penal (pena convencional) consiste em um pacto acessório por meio do qual as partes de um contrato estipulam, de antemão, o valor das perdas e

⁵⁰Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁵¹KERR, A. J. Mitigation of loss: problems concerning the onus of proof. **South African Law Journal**, v. 98, p. 306-307, 1981.

⁵²Há, ainda, os casos que envolvem relação de consumo, nos quais cumpre averiguar se cabe ao devedor a incumbência de provar que o credor não observou a norma da mitigação.

danos decorrentes da inexecução culposa de uma obrigação⁵³. Decorre, portanto, de um acordo de vontades.

Através da cláusula penal, as partes pré-avaliam os prejuízos que podem sofrer em razão da inexecução ou retardamento no cumprimento de uma obrigação pactuada contratualmente. Trata-se, portanto, de uma indenização prévia de perdas e danos decorrentes do descumprimento parcial ou integral da obrigação, ou pela mora.

Nas palavras de José de Aguiar Dias:

[...] a cláusula penal fixa de antemão as perdas e danos pelo inadimplemento da obrigação e também neste caso o credor se isenta do ônus que normalmente lhe caberia. Não precisa provar nem o prejuízo nem o *quantum*, porque, na exata definição de CARVALHO SANTOS, a cláusula penal importa “pré-liquidação convencional do prejuízo do credor”, prevenindo as longas controvérsias que podem surgir na liquidação dos danos, sem possibilidade de prova em contrário, o que, todavia, não obsta a que, em certos casos, ela possa ser reduzida, por medida de equidade ou atenção à moralidade dos contratos.

Assim, nos termos do artigo 416 do Código Civil⁵⁴, uma vez fixado o valor pecuniário através da cláusula penal, caso ocorra a inexecução nela prevista, a parte lesada terá o direito de receber o valor fixado independentemente de qualquer alegação de prejuízo.

O parágrafo único do referido dispositivo, de especial interesse para a regra da mitigação, assinala que as partes estarão vinculadas a esse valor, ainda que o prejuízo extrapole o que fora estipulado⁵⁵.

Em razão de a multa convencionalizada pelas partes substituir, como regra geral, a indenização por perdas e danos, surge a questão referente à possibilidade de se reduzir o valor acordado através da norma da mitigação. Em outras palavras, questiona-se a viabilidade de, aplicando-se o *duty to mitigate the loss*, o valor indenizatório ser inferior ao estipulado na cláusula penal.

⁵³GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 189.

⁵⁴Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionalizado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

⁵⁵A exceção à regra consiste no direito da parte em exigir indenização suplementar, ficando o montante estabelecido como o valor mínimo da indenização e o excedente sujeito à prova por parte do credor.

Entendemos não ser aplicável a norma da mitigação, uma vez que a utilização da cláusula penal tem justamente o escopo de dispensar a análise do dano sofrido pelo credor.

Nesse viés, ao estipularem a cláusula penal sem possibilidade de indenização suplementar, as partes voluntariamente renunciam à discussão em torno do dano, ou seja, a multa convencional será devida independentemente de o credor ter ou não sofrido um dano. Perde-se, portanto, o debate em torno dos danos evitáveis.

A única possibilidade de haver discussão em torno do *quantum* indenizatório ocorre diante da hipótese de ter sido estipulada entre as partes a ressalva de indenização suplementar em conjunto com a cláusula penal, situação em que o credor deverá demonstrar que teve prejuízos maiores do que a multa pactuada para exigir uma indenização suplementar.

Nesse cenário, o credor, ao exigir que se pague além daquilo que as partes convencionaram, dará oportunidade para o demandado questionar se o dano adicional se deu em decorrência do descumprimento do ônus da mitigação imposto ao credor, ou seja, o devedor poderá provar que o credor incorreu em danos superiores ao montante estipulado na cláusula penal porque não minimizou os seus prejuízos mediante esforços razoáveis.

No caso, tem-se a situação em que o credor só será indenizado pelas perdas e danos indenizáveis que, através da aplicação da regra da mitigação, serão aquelas que não poderiam ter sido razoavelmente evitadas.

1.2.6 A prescrição e a regra da mitigação dos prejuízos

Ainda acerca da caracterização da regra da mitigação, cabe mencionar o fato de a análise da jurisprudência em torno da regra da mitigação apontar para julgados que utilizam o instituto de forma equivocada. Em que pese ser possível encontrar acórdãos⁵⁶ evidenciando o entendimento de que ocorre o descumprimento da norma da mitigação em razão da demora no tempo da propositura de uma ação, entendemos não ser esse o sentido da regra.

O *duty to mitigate* não impõe ao credor o ônus de evitar o inadimplemento, tampouco exige que este ingresse com uma ação a fim de gerar o cumprimento da

⁵⁶Nesse sentido, confirmam-se: TJ/MS. AC n. 2009.022658-4. DJ, 21.09.2009; TJ/RS. AC n. 70019328889 e Embargos n. 700249888883. DJ, 22.08.2008.

obrigação atribuída ao devedor. A sua finalidade consiste em evitar os danos suportados a partir do descumprimento.

Não se pode, portanto, subverter as normas da prescrição e, através do dever de mitigar, exigir que o credor ajuíze uma ação contra o devedor de forma breve.

A título de exemplo, tem-se que o Código Civil em vigor determina que, na ausência de previsão de lei especial, a pretensão de reparação civil prescreve em 3 (três) anos (artigo 206, §3º, V, CC). Trata-se de regra clara e não seria possível aferir um momento nesse período no qual pereceria o direito do credor de ingressar em juízo.

Nesse sentido, confira-se a ementa da apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual restou assinalado que, diante da existência de indícios de boa-fé na omissão do credor em tomar providências para o recebimento de uma dívida não paga, não há que se falar em aplicação do ônus da mitigação:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Ação de resolução contratual c.c. reintegração de posse Inadimplemento dos promitentes compradores – Ocupação do imóvel por longo período, sem a devida contraprestação. Perda das parcelas pagas. Admissibilidade, nessa específica situação, sem violação ao Código de Defesa do Consumidor, por não ser desproporcional, pela longa ocupação sem a devida contraprestação. O retardamento da recorrida em tomar providências para resolver o contrato e reaver o bem, considerando-se a natureza social do empreendimento, de forma a prover habitação à população de baixa renda, não pode ser entendido como violação a boa-fé objetiva, aos deveres de probidade, cooperação e lealdade e ao “dever de mitigar o próprio prejuízo” (duty to mitigate the loss), mas sim em possibilitar aos devedores mais tempo para sanar a dívida e preservar sua moradia, ainda mais, que no caso, a autora foi a maior prejudicada, inexistindo violação ao princípio da dignidade da pessoa humana – Compensação das prestações pagas com o período de ocupação no imóvel Possibilidade O direito social da moradia não elide a obrigação da contraprestação, no caso, consistente no pagamento das parcelas do financiamento Recurso desprovido.⁵⁷

Na hipótese descrita, o Tribunal entendeu que a demora do credor em ingressar com a ação de reintegração de posse e cobrança se deu com o intuito de aumentar as chances do devedor em quitar a sua dívida, não podendo ser utilizada como argumento para diminuir a indenização devida pela parte inadimplente, já que a demanda foi ajuizada dentro do prazo prescricional.

⁵⁷TJ/SP. Apelação Cível n. 0287001-30.2009.8.26.0000. Rel. Desembargador Alcides Leopoldino e Silva Junior. DJ, 06.08.2013.

Antônio Luís da Câmara Leal, ao discorrer sobre o tema, aduz que a prescrição possui como “[...] seu objeto: ação ajuizável; sua causa eficiente: a inércia do titular; seu fator operante: o tempo; seu fator neutralizante: as causas legais preclusivas de seu curso; seu efeito: extinguir ações”.⁵⁸

Flávio Tartuce, ao exemplificar a aplicação da doutrina dos danos evitáveis, assinala:

Exemplificando a aplicação do *duty to mitigate the loss*, pensemos no caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos. Mesmo argumento vale para os contratos bancários em que há descumprimento. Segundo a nossa interpretação, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.⁵⁹

Trata-se, a nosso ver, de entendimento que deve ser analisado com ressalvas: a aplicação do ônus de mitigar possui limites e pressupostos e não impõe o ajuizamento de ações. Em outras palavras, a inércia do credor ao exigir o cumprimento de uma obrigação é regida pelas regras da prescrição e não da evitabilidade.

Abaixo se reproduz trecho de relevante – e, a nosso ver, acertada – decisão que reconhece a existência da regra da mitigação, recusando-lhe a aplicação ao caso concreto:

Observa-se, em verdade, que a doutrina referida, diferentemente do defendido neste processo, tem sido aplicada de forma distinta àquela identificada no sistema da Common Law. Neste, o dever de mitigação do próprio prejuízo corresponde a uma orientação que, conjuntamente com outras, determina o valor da indenização – e o direito à própria indenização – da vítima de um dano contratual ou extracontratual que, credora no direito de reparação do dano sofrido, negligencia frente à possibilidade de afastar ou minorar o próprio dano. Assim, aplica-se a chamada teoria do “*duty to mitigate the loss*” (dever de mitigar o dano ou a perda), com o afastamento do dever indenizatório quando, sendo possível a vítima, esta não despende qualquer esforço para mitigar as próprias perdas, implicando em

⁵⁸LEAL, Antonio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 11-12. Ressalte-se, no entanto, que o Código Civil de 2002 não encampa a prescrição da ação, mas a prescrição da **pretensão**.

⁵⁹TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. **Flávio Tartuce**, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/4>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

violação à boa-fé objetiva e, no âmbito do processo, à lealdade processual imposta às partes. Hipótese diversa, portanto, da condição fática do caso sub judice, em que a parte ingressa com a ação sem ofensa à prescrição e dentro do prazo estabelecido em Lei. Ao contrário do alegado, não se trata de um dever da parte credora ingressar desde logo com a ação de cobrança, buscando coibir aumento excessivo da dívida. É ônus, sim, da parte demandada evitar a mora, liberando-se da obrigação contratada pelo pagamento.⁶⁰

No caso, o desembargador afastou a hipótese de aplicação da regra da mitigação nos casos em que a parte ingressa com a ação tardiamente, sem ofensa à prescrição, ou seja, dentro do prazo estabelecido em Lei.

Assinalou, para tanto, que o dever de mitigar não impõe à parte o dever de ingressar com a ação de cobrança a fim de coibir o aumento da dívida. Ao revés, o ônus seria da demandada em evitar a mora, tendo como objetivo se livrar da obrigação contratada através do pagamento.

Assim, a nosso ver, deve-se refutar a aplicação da regra da mitigação nos casos em que o fundamento se dá em razão do exercício tardio de um direito, suficientemente disciplinado pelos prazos prescricionais.

Por segurança jurídica, não cabem questionamentos, dentro do prazo prescricional, acerca do tempo em que se leva para o ajuizamento de uma ação. Tal fator não pode ser determinante para a fixação de indenização⁶¹.

A certeza que existe nos prazos prescricionais não pode ser afastada em razão da regra da mitigação, sobretudo em razão da causa da ampliação da dívida estar, nessas hipóteses, atrelada diretamente à inadimplência do devedor.

Pensar de forma distinta, enfraqueceria não apenas o vínculo obrigacional, mas traria instabilidade para as relações, tornando o sistema ineficiente. A inação do credor deve ser analisada, assim, sob as normas da prescrição e não da mitigação.

1.3 A EXTENSÃO DA REGRA DA MITIGAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL

O artigo 5º do Novo Código de Processo Civil determina que “[...] aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-

⁶⁰TJ/RS. Apel. Cível n. 70055766745 (n. CNJ: 0301301-45.2013.8.21.7000). 5ª Câmara Cível. Rel. Maria Cláudia Mércio Chachapuz. Julgado em 26.07.14, vu.

⁶¹Não obstante, verificou-se que esta é a hipótese de maior aplicação da regra da mitigação pelos Tribunais brasileiros.

fé”, carregando conceito juridicamente aberto que fornece subsídios ao julgador para reprimir transgressões no curso do processo.

Inspirado na valorização do devido processo legal, o legislador previu diversas formas de coibir a má-fé processual, valorizando os litigantes que atuam de forma ética e reprimindo os que maculam a atividade judicante.

Assinala Humberto Theodoro Júnior:

No sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu. Não basta que o juiz se comporte eticamente. O mesmo padrão de conduta há de ser observado pelas partes e seus advogados.⁶²

O *fair trial* encontra no princípio do devido processo legal uma das suas máximas, assegurando um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, proteção esta que depende, para seu funcionamento, da cooperação dos sujeitos que participam do processo. É essa cooperação que garante o acesso efetivo à justiça, não só formal, mas substancial.

Embora nos pareça inadequado qualificar a regra da mitigação dos prejuízos como mero subprincípio da boa-fé⁶³, fato que será melhor analisado no Capítulo 4.3, ele desempenha função parecida com a que o ordenamento confia ao dever de cooperação. Nesse sentido, destaque-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça, que aplica o *duty to mitigate the loss* com esse exato sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. [...] 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a

⁶²THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 368, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

⁶³Fredie Didier Júnior assinala que, sendo o fundamento do dever de mitigar a boa-fé, figura integrante do Direito Processual em decorrência do devido processo legal, admite-se a existência do dever de mitigar no âmbito processual por meio de uma conduta processual abusiva. Como exemplo, o autor cita as astreintes, ponderando se a parte a qual a multa se destina possui o dever de impedir o aumento desnecessário de seu montante (DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: execução. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2011. v. 5. p. 461).

sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. 5. Recurso especial não provido (Superior Tribunal de Justiça. REsp 1325862/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 10/12/2013).

Na hipótese descrita, o Procurador do Estado ingressou com ação indenizatória pleiteando danos morais em face de uma serventuária de justiça que publicou equivocadamente sentença em seu desfavor.

No acórdão, restou assinalado que o procurador poderia ter informado o equívoco cometido pela serventuária administrativamente ou mesmo em sede de apelação, de modo a mitigar o próprio dano. Ao revés, optou por ingressar com ação indenizatória autônoma, a qual foi julgada improcedente utilizando-se como base o *duty to mitigate the loss*. O julgador considerou que o comportamento do autor agravou desnecessariamente o seu prejuízo, contrariando os deveres de cooperação e eticidade que deve existir nas relações processuais.

Ainda sobre a aplicação jurisprudencial do dever de mitigar a própria perda relacionada à postura processual das partes, examina-se decisão que indeferiu a remessa de cálculos ao contador judicial sob o fundamento de que os mesmos seriam desnecessários. Considerou o magistrado que o ato apenas aumentaria os gastos da credora, futuro objeto de indenização. Confira-se:

[...] a Sabesp não traz elementos suficientes aos autos a corroborar a tese de excesso de execução, e se as partes têm divergências apenas quanto à média, não se haveria mesmo de se utilizar de custoso trabalho pericial (que ficaria a cargo da concessionária agravante) nesse caso, pois, como bem ponderado em primeiro grau, as partes deram conta de realizar o cálculo sem ajuda profissional. Não se pode olvidar do brocardo *duty to mitigate the loss*.⁶⁴

⁶⁴ Agravo de Instrumento n. 0135319-86.2013.8.26.0000. Rel. Desembargador Campos Petroni. DJ, 24.09.2013.

Em outro interesse julgado, cuja ementa se transcreve, o Tribunal atraiu para si o dever de mitigar as perdas:

Locação de imóvel não residencial, com fiadores. Execução. Penhora “online”. Construção de numerário existente em conta bancária. Discussão sobre assegurar a liberação, da parte referente à aposentadoria, por impenhorável (embora haja julgados permitindo isso, em porcentual pequeno). Sem se olvidar do duty to mitigate the loss, dá-se provimento ao agravo da cofiadora/executada.⁶⁵

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que, “[...] tem o julgador certo dever de minimizar as perdas, evitando, através das decisões, que a dívida se torne com o passar dos anos, algo impossível de ser paga” e, nessa esteira, optou o desembargador relator pela manutenção do bloqueio sobre as quantias que não faziam parte da aposentadoria do executado, permitindo ainda novas penhoras. A não proteção à conta objetivou a diminuição da dívida em favor do executado.

O princípio da menor onerosidade ao devedor consagrado pelo atual Código de Processo Civil no artigo 805 apresenta preceito que também pode ser comparado à regra da mitigação. Através dele assinala-se que, existindo diversos meios executivos aptos à tutela adequada e efetiva do direito do exequente, deve-se optar pela via menos onerosa ao executado. Impede-se, portanto, a execução desnecessariamente onerosa ao devedor.

Sendo, portanto, a boa-fé e a lealdade processual alicerces do atual Direito Processual⁶⁶, evidente que a regra da mitigação aplica-se ao comportamento dos litigantes de modo a impor uma ética processual não apenas em relação à parte adversa, mas ao juiz e em relação a todos os que venham intervir e participar do processo.

⁶⁵TJ/SP. Apelação Cível n. 0118831-56.2013.8.26.0000. Rel. Desembargador Campos Petroni. DJ, 29.10.2013.

⁶⁶HOFFMANN, Eduardo; CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 201, a. 36, p. 78, nov. 2011.

2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO ESTRANGEIRO

2.1 BREVE INTROITO ACERCA DA ORIGEM DA NORMA DA MITIGAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA INGLESA E AMERICANA

A menção mais importante ao dever de mitigação pela jurisprudência se deu em 1912, em um caso julgado pela Câmara dos Lordes⁶⁷ envolvendo a Metropolitan District Electric Traction Company e a British Westinghouse. Na Inglaterra, pode-se afirmar, sem exagero, que se trata de um princípio universalmente aceito.

Na ocasião, a Metropolitan adquiriu da British turbinas e alternadores para a construção de uma estação na região do Chelsea, centro de Londres, ao preço fictício de 250 mil libras.

Os bens entregues pela British, no entanto, não tiveram a *performance* desejada, consumindo mais vapor do que fora compactuado. Assim, a Metropolitan adquiriu turbinas substitutas, produzidas pela Parsons & Co.

As turbinas substitutas tiveram rendimento até mesmo superior ao acordo inicialmente celebrado entre a Metropolitan e a British.

A demanda começou por iniciativa da British, que pleiteava uma parcela não paga do contrato. A London Underground que, por meio de fusão sucedia em seus direitos e obrigações a Metropolitan, apresentou reconvenção com base nos defeitos dos bens entregues. Pleiteou: (i) o valor do custo extra de carvão que teve que ser utilizado na máquina devido ao consumo excessivo de vapor até o dia em que as turbinas controladas junto à Parsons & Co. entraram em funcionamento; (ii) o custo de reposição das turbinas; e (iii) o valor correspondente ao custo extra de carvão por toda a vida útil dos bens entregues pela vendedora, ainda que estes não fossem utilizados ou, alternativamente, o valor de custo da contratação e instalação das peças da Parsons & Co.

Após sucessivos recursos, a causa foi julgada pela Câmara dos Lordes que afirmou que a indenização deveria corresponder ao valor da compra das novas máquinas, incluindo-se o gasto extra apenas até a transação substituta.

⁶⁷Em inglês, House of Lords, Câmara Alta do Parlamento do Reino Unido. Além de executar funções legislativas, a Câmara dos Lordes manteve, até 2009, poderes judiciais, sendo a mais alta corte de apelação para a maioria dos processos do Reino Unido.

Muitos aspectos podem ser destacados no julgado, no entanto, atendo-se ao estudo realizado neste trabalho, assinala-se trecho no qual se estabelece o dever da parte em tomar medidas razoáveis para mitigar seus danos:

*The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of part of the damage which is due to his neglect to take such steps.*⁶⁸

Assim, ao fim de uma longa narrativa, cuja transcrição não nos parece pertinente aqui, restou assinalado que, no momento de avaliação dos prejuízos deveriam ser computados os ganhos aferidos por decorrência das providências adotadas pelo demandante objetivando reduzir as consequências da quebra do contrato. Computados os ganhos, nenhum prejuízo restou apurado.

A doutrina também faz referência a outra relevante decisão, ainda mais antiga, e que teria sido prolatada pelo Tribunal do Banco do Rei⁶⁹, em 1678, no caso *Vertue v. Bird*⁷⁰.

O caso teria decorrido de um contrato de transporte de bens para a cidade de Ipswich, tendo o motorista se comprometido a entregar determinada mercadoria em local a ser indicado pelo seu cliente. Não tendo este informado o lugar em tempo hábil, o motorista aguardou a informação por cerca de seis horas, o que teria levado ao falecimento de seus cavalos, que não suportaram as condições do clima local por tão longo período.

Ao ser instada a se manifestar acerca de pedido indenizatório formulado pelo motorista em razão da morte de seus cavalos, a Corte Inglesa assinalou que o autor tinha alternativas razoáveis para conduzir a situação. No precedente, resta assinalado que bastaria que os animais tivessem sido levados para um abrigo ou mesmo que o autor da ação tivesse deixado as encomendas em qualquer outro local na cidade a fim de evitar o infortúnio.

⁶⁸*British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.* (1912) AC 673, 689.

⁶⁹Em inglês, *King's Bench*, corte responsável pelo processamento e julgamento de ações nas quais a coroa estava envolvida.

⁷⁰*Vertue v. Bird*, 84 Eng. Rep. 1000, 86 Eng. Rep. 1000, 86 Eng. Rep. 200 (K. B. 1677) – assim mencionado por Farnsworth (FARNSWORTH, Allan. **Farnsworth on contracts**. Nova York: Aspen, 2004. v. 3, p. 778-779).

Na ocasião, o pedido indenizatório foi recusado, sob o fundamento de que o autor deveria ter tido uma postura ativa para a redução de seu dano.

Apesar da sua origem inglesa, o dever de mitigação alcançou grande desenvolvimento também no Direito norte-americano.⁷¹ O primeiro caso notório envolvendo o dever de mitigação foi julgado em 1929 pela Corte de Apelações do Quarto Circuito: *Rockingham Country v. Luten Bridge Co.*⁷²

Na ocasião, o conselho local da cidade de Rockingham contratou a empresa Luten Bridge para a construção de uma ponte, tendo, um mês após a regular celebração do contrato, a notificado a interrompê-lo sob o argumento de que o instrumento não seria válido.

Ao receber a notificação, a empresa contratada já havia desembolsado cerca de US\$ 1.900,00 para a construção da ponte e, por entender válido o contrato, ignorou a notificação e prosseguiu com a execução do empreendimento até a sua conclusão.

Terminada a construção, a Luten Bridge ajuizou ação indenizatória contra o município, pleiteando o valor integral do empreendimento realizado.

Diante da validade do contrato, a ação foi julgada procedente em primeira instância e o município foi condenado a ressarcir a integralidade do valor devido à empresa. Não obstante, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo município, a Corte assinalou que, independentemente da validade do contrato, a Luten Bridge não poderia ter prosseguido com a sua execução após o recebimento da notificação.

A Corte assinalou que a parte não poderia proceder de modo a majorar os danos decorrentes do inadimplemento contratual:

*It is true that the country had no right to rescind the contract, and the notice given plaintiff amounted to a breach on its parts; but, after plaintiff had received notice of breach, it was its duty to do nothing to increase the damages flowing therefrom.*⁷³

⁷¹No país, define-se o *duty to mitigate the loss* como “[...] a universally accepted principle of contract law requiring that each party exert reasonable efforts to minimize losses whenever intervening events impede contractual objectives” (GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**, v. 69, n. 6, p. 967, 1983). Um princípio universalmente aceito no campo contratual que exige que cada parte empreenda esforços razoáveis para minimizar perdas, sempre que as circunstâncias impeçam a concretização dos objetivos contratuais (*tradução livre da autora*).

⁷²*Rockingham Country v. Luten Bridge Co.*, 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929) (FARNSWORTH, Allan. **Farnsworth on contracts**. Nova York: Aspen, 2004. v. 3, p. 234).

⁷³“É verdade que o município não tinha o direito de rescindir o contrato, e que a notificação enviada representava um inadimplemento de sua parte; mas, depois de ter recebido a notificação sobre o

Nos Estados Unidos o tema está, inclusive, positivado⁷⁴, tendo como *leading case* um caso em que a proprietária de um navio norueguês acusada de beneficiar a Alemanha na primeira guerra mundial defendeu a sua reputação utilizando anúncios publicitários que refutavam a acusação⁷⁵. A medida foi considerada razoável e todas as despesas incorridas restaram reembolsadas, independentemente da efetiva mitigação dos danos causados.

O *Restatement of Contracts – Second*, um dos mais relevantes tratados legais sobre a jurisprudência americana em matéria contratual, trata da mitigação de danos como um fator limitador no cálculo da indenização:

§ 347. O cálculo de indenização em geral

Sujeita às limitações previstas nos §§ 350-53, a parte prejudicada tem o direito à indenização baseada no seu interesse-expectativa (a posição em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido) medida através da

- (a) Perda do valor da prestação da outra parte, causada pela falha ou deficiência; mais
- (b) Qualquer outra perda, incluindo perdas incidentais e consequenciais, causadas pelo inadimplemento, menos
- (c) Qualquer custo ou outra perda que a parte prejudicada evitou por não tido ela que adimplir (a sua parte no contrato) (*tradução nossa*).⁷⁶

§ 350. A evitabilidade como uma limitação à indenização:

- (1) Exceto pelo disposto na subseção (2), danos não serão considerados reparáveis quando a perda pudesse ter sido evitada pela parte prejudicada sem risco, ônus ou humilhação indevidos;
- (2) A parte prejudicada não estará impedida de recuperar seus danos pela regra disposta na Subseção (1) se ela tiver empreendido

inadimplemento, era seu dever não fazer mais nada que pudesse majorar os danos decorrentes do inadimplemento” (FARNSWORTH, Allan. **Farnsworth on contracts**. Nova York: Aspen, 2004. v. 3, p. 631, *tradução livre da autora*).

⁷⁴“§ 918 do *Restatement of Torts (Second)*: (1) *Except as stated in Subsection (2), one injured by the tort of another is not entitled to recover damages for any harm that he could have avoided by the use of reasonable effort or expenditure after the commission of the tort.* (2) *One is not prevented from recovering damages for a particular harm resulting from a tort if the tortfeasor intended the harm or was aware of it and was recklessly disregardful of it, unless the injured person with knowledge of the danger of the harm intentionally or heedlessly failed to protect his own interests*”.

⁷⁵Den Norske Ameriekalinje Actieselskabet v. Sun Printing & Publishing Ass’n, 226 NY 1, 122 NE 463 (1919).

⁷⁶“§ 347 *Measure of damages in general*

Subject to the limitations stated in §350-53, the injured party has a right to damages on his expectation interest as measured by

- (a) *The loss in the value to him of the other party’s performance caused by its failure or deficiency, plus*
- (b) *Any other loss, including incidental ou consequential loss, caused by the breach, less*
- (c) *Any cost or other cost that has avoided by not having perform”.*

esforços razoáveis, mas malsucedidos, de evitar a perda (tradução nossa).⁷⁷

Em relação à aplicação da teoria da mitigação no âmbito da responsabilidade extracontratual, traz-se o caso *Green v. Smith*, julgado pela Corte de Apelação da Califórnia, Estados Unidos, em 1968:

*Plaintiff, a grower of ornamental nursery trees, sued for crop loss sustained as a result of defendant's intentionally destroying an irrigation pipeline used by plaintiff to moisten the soil so that trees could be harvested by running a blade beneath the ground. Plaintiff made two unsuccessful attempts to convey water to the trees by open ditch, but was unable to harvest a portion of his crop having an alleged market value of \$17,000. Defendant showed that plaintiff could have conveyed water to the entire crop for less than \$600 either (1) by renting portable irrigation equipment; (2) by constructing a ditch with higher and thicker berms; (3) by obtaining water from a city fire hydrant; (4) by obtaining water from a domestic water meter; or (5) by renting defendant's water tank trucks.*⁷⁸

No caso, o réu danificou um cano d'água que irrigava plantas ornamentais, tendo levado com que o autor, proprietário da plantação, ingressasse em juízo a fim de obter indenização.

Na fase probatória da ação, restou demonstrado que o autor buscou reestabelecer a irrigação da plantação através da abertura de uma vala que, ao que tudo indica, não foi feita de forma apropriada. Os prejuízos, no entanto, alcançaram o montante de \$17,000.

Em matéria de defesa, arguiu o réu que o autor poderia ter evitado o prejuízo através da adoção de cinco medidas, quais sejam: (i) a locação de um sistema de irrigação portátil; (ii) a construção de uma vala adequada; (iii) a obtenção de água através de um hidrante; (iv) a obtenção de água através do próprio encanamento doméstico; ou (v) o aluguel de um caminhão de água. Todas as medidas seriam consideradas razoáveis para a mitigação do dano.

⁷⁷§ 350. *Avoidability as a limitation on damages*

(1) *Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation;*

(2) *The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss".*

⁷⁸*Green v. Smith*, 261 Cal. App. 2d 423, 67 Cal. Rptr. 796 (Ct. App. 1968). *Arkansas Law Review*. Arkansas: *Arkansas Law Review and Bar Association Journal*, 1969, p. 132-145. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Farklr23%26div%3D70%26collection%3Djournals%26set>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

Na ocasião, o pedido indenizatório foi julgado parcialmente procedente e o réu foi condenado ao pagamento de apenas \$600, que corresponderia ao custo que o autor teria incorrido na adoção de qualquer uma das medidas mitigadoras.

Tem-se, assim, que a jurisprudência americana possui como base três regras oriundas da mitigação dos danos: (i) o demandante, credor de uma obrigação contratual ou extracontratual, não poderá responsabilizar a parte contrária pelos prejuízos que poderia ter evitado com a adoção de medidas razoáveis; (ii) as despesas incorridas pelo credor na tentativa de mitigar os prejuízos ou na efetiva mitigação dos mesmos, desde que razoáveis, são passíveis de reembolso; e (iii) a indenização requerida pelo credor será ajustada computando-se os prejuízos decorrentes das medidas adotadas.⁷⁹

Trata-se de expressão dos principais pontos examinados no estudo de casos americano. Ao mencionar que o cálculo indenizatório sujeita-se às limitações previstas nos §§ 350-53 fica evidente a utilização da doutrina da evitabilidade como verdadeiro critério de restrição do *quantum* indenizatório. Tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra, o *duty to mitigate the loss* encontra-se inserido dentro da *doctrine of avoidable consequences*.

2.2 A TEORIA DA AVOIABILITY NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMPRA E VENDA

Embora se reconheça o relevante papel do Direito inglês e norte-americano na origem da regra da mitigação, um dos terrenos mais férteis para o desenvolvimento do instituto se deu no âmbito do cenário internacional.

O diploma legal que parece ter posto em evidência a doutrina em torno do dever de mitigar foi a Convenção de Viena das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Assim o fez de maneira muito semelhante à utilizada no Direito estadunidense ao estabelecer que,

[...] a party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party is breach may claim a reduction in the

⁷⁹BRIDGE, M. Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss. **Law Quarterly Review**, v. 398, n. 423, p. 389, 1989.

*damages in the amount by which the loss should have been mitigated.*⁸⁰

A proposta que gerou o Enunciado 169⁸¹ invocou expressamente o artigo 77 em defesa da “[...] existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo”.

Desde logo, dois pontos aparecem como essenciais para sua compreensão: (i) a necessidade de uma ação por parte da vítima de um inadimplemento contratual; (ii) que essa ação seja razoável dentro das circunstâncias do caso. Aqui também parece indissociável que a leitura da mitigação se dê em conjunto com as regras que apuram a forma de cálculo da indenização.

Segundo C. Massimo Bianca e Michael Joachim Bonell, o artigo 77 traz o *prevention principle*, princípio da prevenção, através do qual a parte ameaçada por uma perda decorrente de um inadimplemento contratual incorrido pela outra não detém permissão de esperar passivamente pela ocorrência ou aumento do dano, para providenciar a adoção das medidas necessárias.⁸²

Dessa forma, o pré-requisito para a aplicação da sanção prevista na segunda parte do artigo 77 é a falha, pela parte lesada, na adoção de medidas razoáveis e esperadas, tendo em vista as circunstâncias do caso, para impedir ou diminuir as perdas advindas de uma responsabilidade, sendo a redução dos danos a única consequência.

Embora o dever de mitigar, constante na CISG, esteja associado aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, pela sua relevância, o instituto pode ser atrelado a outras modalidades.

⁸⁰Artigo 77, Seção 2, Capítulo 5, Parte III, da Convenção de Viena das Nações Unidas: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização por perdas e danos, no montante da perda que poderia ter sido mitigada” (*tradução livre da autora*).

⁸¹O enunciado faz remissão ao artigo 422 do Código Civil e assinala que “[...] o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

⁸²BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. **Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention**. Milan: Giuffrè, 1987. p. 559-560.

2.3 A MITIGAÇÃO DE DANOS NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA

O instituto da mitigação também encontra reconhecimento nos direitos filiados à tradição romanística. Christian Sahb Batista Lopes, ao citar Horatia Muir-Watt, assinala a existência de uma significativa redução na incidência do dever do credor de mitigar seus prejuízos em países adeptos da *civil law*, visto que a preferência pela execução da obrigação em detrimento da resolução por perdas e danos em caso de inadimplemento acaba por limitar a ocorrência das perdas e danos, ressaltando-se aquelas decorrentes da mora.⁸³

A diferenciação em relação à forma da aplicabilidade da teoria dos danos evitáveis não exclui, no entanto, o seu reconhecimento.

A leitura do § 254 do BGB alemão, por exemplo, evidencia o tratamento recebido pela regra da mitigação sob o prisma do que seria, para nosso ordenamento, a noção de culpa concorrente:

§ 254. Culpa concorrente.

(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, de qual extensão do dano é causada preponderantemente por uma ou pela outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se restringe a falhar em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reproduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações (*tradução livre da autora*).⁸⁴

⁸³MUIR-WATT, 2002, apud LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 53 Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?s_equence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015.

⁸⁴“§ 254 Mitverschulden. (1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”.

Embora não conste no dispositivo o requisito de que o credor deverá evitar os danos mediante a utilização de esforços tido por razoáveis, a análise de um julgado envolvendo erro médico ilustra a obrigatoriedade do magistrado em proceder uma investigação quanto à razoabilidade da conduta do credor. Christian Sahb Batista Lopes descreve o precedente:

O requerente era um artesão que procurou o requerido para tratar de uma lesão no dedo menor da mão direita. O tratamento causou gangrena no dedo, de forma que a única solução para que o artesão tivesse a sua capacidade de trabalho restaurada seria pela amputação do dedo. O artesão negou-se a realizar tal procedimento em razão da dor e do receio de que isso pudesse piorar a sua capacidade de trabalho. Em ação de perdas e danos contra o médico, o juiz de primeira instância julgou favoravelmente ao artesão, mas em recurso para o Reichsgericht, a decisão foi anulada e enviada para novo julgamento. O Tribunal considerou que, para determinar se a recusa em se submeter a uma cirurgia desse tipo constitui falta do dever de minimizar o dano, conforme o § 254, os seguintes dados deveriam ser levados em consideração: (a) se a operação, aos olhos de *experts*, é livre de risco; (b) se a cirurgia é uma que não envolve dor significativa, pois entende-se que o princípio da boa-fé não impõe que uma parte tem que se submeter à dor excessiva em benefício de outra parte; (c) se é possível assegurar, por *experts*, que a operação trará benefícios para a capacidade de trabalho do requerente; (d) se o requerido se comprometeu a pagar a cirurgia ou pagou os custos antecipadamente. Todos esses requisitos serviriam em um novo julgamento para determinar se a minimização dos danos pelo artesão lhe exigiria esforços que ultrapassariam aqueles impostos pela razoabilidade.⁸⁵

No mesmo sentido do Direito germânico, o Código Civil italiano também insere o dever de mitigar em conjunto com a culpa concorrente:

Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor

Se o fato culposo do credor tiver concorrido para causar o dano, o ressarcimento é reduzido de acordo com a gravidade da culpa e a magnitude das consequências daí derivadas.

⁸⁵RGZ 83,15. MARKESINIS; UNBERATH; JOHNSTON, 2006 apud LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 56-57. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?s_equence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (2.056 e seguintes) (*tradução livre da autora*).⁸⁶

Em que pese ambos os ordenamentos privarem o indivíduo prejudicado do direito ao ressarcimento pelos danos que poderia ter contido⁸⁷, a doutrina e a jurisprudência italianas afastam-se da germânica ao analisar o parágrafo segundo do referido dispositivo. Nesse ponto, prevalece o entendimento que não se trata de culpa concorrente, mas de comportamento do credor que configurou a única causa eficiente para o agravamento do dano.

A regra da mitigação também encontra apoio nos Tribunais portugueses, tendo sido mencionado em casos levados à apreciação daquele Supremo Tribunal de Justiça.

Em decisão recente, de 2015, aquele Tribunal assinalou que,

[...] não falta quem, no caso de dano evolutivo, defenda o princípio normativo da boa-fé que deve estar subjacente a toda a ordem jurídica e às relações sociais juridicamente relevantes (quer contratuais, quer extracontratuais) impõe certas obrigações aos que nelas participam (como no caso dos autos, a lesada) uma das quais é o chamado dever de mitigar e diminuir os danos ou, pelo menos de conter o seu agravamento.⁸⁸

Já em relação ao entendimento pela jurisprudência italiana do que seria uma diligência razoável a se esperar do credor, Christian Sahb Batista Lopes aduz que este não é obrigado a evitar os danos caso precise incorrer em medidas demasiadamente onerosas ou arriscadas, embora, caso a parte prejudicada empregue sua diligência para evitar ou reduzir os danos e a adoção de tais medidas

⁸⁶“Art. 1227. Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”.

⁸⁷O mesmo se dá no art. 348 do Código Civil da Bolívia de 1976 e no art. 1327 do Código Civil do Peru de 1984.

Art. 348 – (CULPA CONCURRENTE DEL ACREEDOR). Si un hecho culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuirá en proporción a la gravedad del hecho y a la importancia de las consecuencias derivadas de él. II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria.

Art. 1327 – Liberación del resarcimiento. El resarcimiento no se debe por los daños que El acreedorot habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto contrario.

⁸⁸SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Acórdão n. 353/08.2TBVPA.P1.S1, 30 abr. 2015. Relator Tavares de Paiva.

resulte em despesas, estas deverão ser indenizadas pelo inadimplente, conforme orientação jurisprudencial.⁸⁹

2.4 A RESISTÊNCIA DO DIREITO FRANCÊS À INSERÇÃO DA REGRA DA MITIGAÇÃO. OBJEÇÕES IGUALMENTE ENCONTRADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. LIVRE ESCOLHA DAS SANÇÕES

A intenção em identificar os contornos recebidos pelo instituto da mitigação em outros países é viabilizar o seu exame no Brasil. Para se evitar uma visão tendenciosa da teoria da evitabilidade, buscaremos neste capítulo conhecer as críticas que foram opostas à teoria pelo Direito francês e que surgem como oposições também no Direito brasileiro.

O Código Civil francês não prevê a teoria da evitabilidade do dano por parte do credor e, pela ausência de regras específicas na legislação, o desenvolvimento do tema ficou prejudicado no país. As limitações impostas ao dever de indenizar e a determinação do *quantum* indenizatório costumam decorrer de fatores associados ao estabelecimento do nexo causal entre o inadimplemento e o dano.⁹⁰

A doutrina, no entanto, há muito aborda o tema, e utiliza as mesmas consequências impostas à mitigação do prejuízo através de outros argumentos. Diante da ausência de previsão específica, a Corte Francesa fundamenta a teoria da evitabilidade com base em critérios como a boa-fé objetiva, a quebra do nexo de causalidade e a culpa concorrente.⁹¹

Em que pese a resistência do Direito francês na recepção do conceito de boa-fé objetiva, Vera Maria Jacob de Fradera cita duas decisões em que o Tribunal francês recorreu à boa-fé e à vedação ao abuso de direito para solucionar hipóteses relacionadas ao dever de mitigar. Ambos os casos envolviam a limitação da

⁸⁹LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese_christian_s_b_lopes_a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito_contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015.

⁹⁰Robert Joseph Pothier assinala que devem ser excluídos do cálculo da indenização aqueles danos que são uma consequência distante do inadimplemento e que não são uma consequência necessária deste, porque podem ter outra causa (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002. p. 139).

⁹¹Ibid., p. 67 et seq.

possibilidade do proprietário cobrar aluguéis do inquilino diante de seu longo período de inatividade.⁹²

No entanto, a resistência do Direito francês à aplicação do instituto é tida como uma real rejeição à regra: na visão dos estudiosos daquele país, a vítima, após sofrer o dano, teria o direito de permanecer inerte e ser compensada por quaisquer danos decorrentes de sua inatividade.

Além disso, os Tribunais franceses temem que a regra da mitigação represente uma restrição à liberdade de escolha do credor, que teria direito a optar por diferentes sanções disponíveis em seu ordenamento a serem aplicadas ao devedor inadimplente, como a execução específica de uma obrigação contratualmente descumprida, a rescisão do contrato ou a resolução em perdas e danos.

Em outras palavras, para os doutrinadores franceses, a inevitabilidade poderia acarretar uma restrição na liberdade do credor em optar pela sanção que considere mais adequada em uma situação concreta. A título de exemplo, poderia se considerar que o credor não mitigou os seus danos ao exigir a execução específica de uma obrigação, pois deveria ter rescindido o contrato e demandado perdas e danos.

O nosso ordenamento parece compartilhar o mesmo problema. À luz do Direito brasileiro – assim como ocorre na maior parte dos países de tradição românico-germânica –, privilegia-se a execução *in natura* das obrigações, a execução específica, em detrimento das perdas e danos.

Nossa cultura jurídica, assim como ocorre na França, enxerga na execução específica a melhor forma de sanção a ser aplicada em caso de inadimplência, por ser a penalidade mais próxima ao que se havia prometido. A indenização por perdas e danos somente tem lugar em situações excepcionais, quando a execução da obrigação não é viável ou se for opção do próprio credor.⁹³

Do mesmo modo, a manutenção da liberdade do credor também é uma barreira que se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro e surge como oposição à figura da mitigação de danos. Na lição de Maria Celina Bodin de Moraes, a

⁹²O primeiro caso citado pela autora é o *Baillieux v. Jarety* e o segundo *Époux D. v. Epoux G.* (FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir seu próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 115, 2004).

⁹³Diante da dificuldade de imposição da obrigação da mitigação diante da execução específica como remédio padrão, imaginou-se que a melhor saída seria até mesmo manter as indenizações como o remédio contratual padrão.

liberdade, enquanto livre-arbítrio, configura a possibilidade de escolha, seja para o bem ou para o mal.⁹⁴

A nosso ver, no entanto, a liberdade de escolha das sanções por parte do credor não é uma barreira capaz de impedir a aplicação da doutrina da evitabilidade na França, tampouco no Brasil.

Do mesmo modo, não parece haver menos incentivos na mitigação das perdas se compararmos a execução específica com a indenização por perdas e danos. A análise da situação transcrita abaixo, formulada por Thomas Ulen, elucida a questão aqui desenvolvida:

Considere um contrato para a venda de um bem perecível como tomates. Suponha que B concorde em comprar 100 toneladas de tomates frescos de S a US\$ 100,00 por tonelada. S perceberá um lucro de US\$ 2,00 na venda. S garante a produção, mas B, que é dono de restaurante, sofreu uma perda financeira e anunciou sua intenção de quebrar o contrato. Se o remédio contratual padrão é a indenização, então S terá o direito à sua expectativa, US\$ 2,00, mais qualquer custo incidental incorrido, para tentar mitigar suas perdas vendendo tomates em outro lugar. Se o remédio contratual padrão é a execução específica, então existe o medo de que S simplesmente permita que os tomates apodreçam ou, mais provavelmente, seu incentivo para revendê-los é menor do que no caso com indenizações. Alternativamente, a execução específica pode induzir B a receber os tomates, pagar a S US\$ 10 mil e tentar revendê-los ele mesmo. Caso B esteja posicionado de forma menos vantajosa para revender do que S, então se poderia argumentar que a execução específica criou uma ineficiência atribuindo o dever de cobertura à parte com os maiores custos de fazê-lo. Essa ineficiência é ilusória. B não precisa adimplir sob execução específica, e nem pagar mais em um acordo a S do que se um tribunal concedesse a S sua expectativa mais as despesas incidentais de revenda. Caso B preferisse não acatar os custos de revenda dos tomates, ele pode comprar o direito de S e enforce o contrato por US\$ 2 mil mais os custos de S com a revenda. Isso satisfará S, pois ele, por definição, estará tão bem quanto se B tivesse cumprido integralmente o contrato. B estará melhor pagando essa quantia do que tendo que adimplir se seus custos de revenda são maiores do que os de S.⁹⁵

No exemplo citado, enxerga-se basicamente o mesmo resultado. Ambos os remédios se mostram igualmente eficientes frente ao dever de mitigar.

⁹⁴MORAES, Maria Celina Bodin. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. (Coord.). **Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente** – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 321-323.

⁹⁵RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (Orgs.). **Para que serve o direito contratual?: direito, sociedade e economia**. São Paulo: FGV Direito, 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/para-que-serve-o-direito-contratual.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

A evitabilidade é plenamente compatível com ambos os ordenamentos, com a ressalva de que a regra somente deve ser aplicada nos casos em que o credor tenha optado pela indenização como consequência do inadimplemento. A solução nos parece verdadeiramente simples: a norma da mitigação exercerá o seu papel nos casos resolvidos por indenização por perdas e danos.

3 OS FUNDAMENTOS PARA A INSERÇÃO DO DEVER DE MITIGAR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

No capítulo anterior viu-se que o dever de mitigar encontra fundamentos e propósitos sólidos em outros ordenamentos jurídicos. Diante da compreensão do instituto no Direito estrangeiro, pode-se adentrar no modo como o tema é visto no Direito brasileiro.

A análise da regra da mitigação não pode se limitar à noção abstrata de cooperação, em uma perspectiva romantizada. Ao revés, exige parâmetros precisos de aplicação.

Busca-se, assim, a partir desse momento, entender qual seria a leitura inicial do instituto da mitigação em nosso ordenamento. Iremos analisar os possíveis suportes que o respaldariam a fim de comprovar que existe uma conjuntura favorável para a recepção da regra da mitigação no Brasil.

Embora já haja razoável aceitação da figura pelos Tribunais nacionais, ainda parece existir grande divergência sobre qual seria o fundamento para incorporar o conceito ao nosso ordenamento jurídico.

Entre os mais diversos embasamentos, pode-se encontrar o dever de mitigação representado pela proibição do *venire contra factum proprium* e incorporado pela figura do abuso de direito, tratados no tópico subsequente.

A maior parte dos julgados, no entanto, parece invocar a violação de um dever anexo ao princípio da boa-fé objetiva, a necessidade de adoção de uma conduta cooperativa das relações obrigacionais⁹⁶.

Sobre tais deveres laterais, acessórios de conduta, advindos da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa explica que se tratam de “[...] deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor”.⁹⁷

O dever do credor em mitigar o seu próprio prejuízo seria, assim, uma concretização deste dever de colaboração e cooperação, tendo em vista que impõe

⁹⁶Flávio Tartuce enumera aqueles que são considerados como sendo os deveres anexos, entre outros: “[...] dever de cuidado em relação à outra parte negocial, dever de respeito, dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio, dever de agir conforme a confiança depositada, dever de lealdade e probidade, dever de colaboração ou cooperação, dever de agir com honestidade e dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão” (**Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 538).

⁹⁷MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 438-440.

às partes uma conduta guiada que busca evitar a oneração da prestação de outra parte.

E, conforme previamente exposto, é justamente esse o entendimento no qual se baseia o presente trabalho, o mesmo escolhido pelo Superior Tribunal de Justiça para recepcionar o *duty to mitigate the loss* no Brasil (REsp nº 758.518/PR⁹⁸). Defenderemos, neste trabalho, que a boa-fé impõe o reconhecimento da norma da mitigação.

Para efeito de discussão, no entanto, abordam-se superficialmente os outros fundamentos utilizados para o enquadramento do instituto no cenário jurídico nacional.

3.1 A PROIBIÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E A FIGURA DO ABUSO DO DIREITO

A expressão *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Trata-se de dois comportamentos lícitos e sucessivos, no entanto, o primeiro é contrariado pelo segundo.

⁹⁸O julgado possui a seguinte ementa: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido” (STJ. REsp n. 758.518/PR. Terceira Turma. Rel. Des. Conv. Vasco della Giustina. Julgado em 17.06.2010. DJe, 01.07.2010).

O princípio representa uma vedação ao “[...] exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente”.⁹⁹ Ele se relaciona não só com a proteção à confiança, mas com o princípio da cooperação.¹⁰⁰

A proibição do comportamento contraditório pressupõe que, havendo real contradição entre dois comportamentos (omissivos ou comissivos), no qual o segundo ocasione a quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro ocasionando prejuízo à contraparte, torna inadmissível dar eficácia à conduta posterior. Alicerça-se, assim, na proteção da confiança da contraparte, lesada por um comportamento contraditório, posto contrário à sua expectativa de benefício justamente gerado por uma conduta inicial.

Anderson Schreiber enumera quatro pressupostos inerentes ao *venire contra factum proprium*: (a) um *factum proprium*, uma conduta inicial; (b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo e por isto violador da legítima confiança; e (d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.¹⁰¹

Aplicando o *venire contra factum proprium* à teoria da mitigação, tem-se que o *factum proprium* seria, em um primeiro momento, o comportamento do credor que se mantém inerte e não evita danos ao seu próprio patrimônio e, em um segundo momento, a atitude de o credor requerer indenização pelos prejuízos sofridos.

O requerimento de indenização por um dano que poderia ter sido evitado configuraria uma atitude contraditória ao ato de deixar que os prejuízos se agravassem, fato que impediria o exercício do direito do credor.

No entanto, tal raciocínio nos parece ir contra o próprio fundamento da teoria da vedação a comportamentos contraditórios. Se inexistir uma regra que impõe a mitigação dos danos, não é contraditório deixar que os prejuízos ocorram em caso de inadimplemento.

Em outras palavras: o comportamento do credor em deixar que ocorram danos que poderiam ter sido evitados não gera confiança no devedor, não faz com

⁹⁹CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 742.

¹⁰⁰DIDIER JÚNIOR, Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. **Fredie Didier Jr.**, Salvador (BA), [20--]. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-da-proibicao-do-venire-contra-factum-proprrium-no-processo-civil/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

¹⁰¹SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. São Paulo: Renovar, 2012. p. 271.

que o devedor paute seu próprio comportamento com base em tal expectativa, não altera as suas ações.

Além do *venire contra factum proprium*, encontram-se julgados que entendem que a figura do abuso de direito também pode ser utilizada como fundamento legal adequado para a regra de mitigação de danos no cenário jurídico brasileiro. Daniel Pires Novais Dias chega a apontar o instituto como o primeiro fundamento de recepção do dever de mitigar.¹⁰²

Partindo dessa ideia, a mitigação dos danos, com a consequente redução proporcional da indenização, pode ser interpretada como sanção legal pelo exercício abusivo do direito à indenização. O abuso, aqui, seria caracterizado pelo fato de o credor não tentar minimizar a própria perda quando poderia fazê-lo, abusando de seu direito ao buscar integral ressarcimento do devedor.

A teoria surge como um limite ao exercício dos direitos, sujeitando aqueles que o ultrapassam a sanções, por ingressarem no plano da antijuridicidade. Objetiva, em suma, aliviar os frequentes choques entre a lei e a realidade.¹⁰³

Pautado na máxima de que o direito de um indivíduo termina onde começa o do próximo, Rui Stocco confirma a teoria da relatividade dos direitos subjetivos, assinalando que o Direito deve ser exercido com ética, sob pena de transformar seu regular exercício em abusivo.¹⁰⁴

No caso, o indivíduo não desrespeita a estrutura normativa e aparentemente atua no exercício de um direito legítimo, não fosse a ofensa à sua valoração. Não há desafio à legalidade estrita, mas à legitimidade da norma.

Inovando em relação ao texto do diploma anterior, o Código Civil consagrou expressamente a teoria do abuso de direito: “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”.

Pela transcrição do referido dispositivo, sendo o abuso de direito constatado da violação do elemento axiológico da norma, não se pode deixar de reconhecer a sua relação com a boa-fé objetiva.

¹⁰²DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 97, abr./jun. 2011.

¹⁰³GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 131.

¹⁰⁴STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 59.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior assinala que, em que pese a jurisprudência em sentido contrário, a intenção de causar o dano – elemento subjetivo – foi dispensada pelo Código Civil.¹⁰⁵ Nos atos apontados como abusivos há uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independente do propósito final. O critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade.

O abuso de direito é, portanto, uma figura de sistemas abertos. Reconhece a prevalência axiológica das normas, a necessidade de unidade e coerência entre os sistemas, captando os valores imantados em princípios na Constituição Federal. Existe no perímetro que separa a proibição da permissão, a figura do abusivo.

Tendo o Código Civil estipulado que uma pessoa que, embora exercendo um direito, age em desconformidade com a boa-fé, sem finalidade econômica ou social, contra os bons costumes, age ilicitamente, conclui-se que, mediante a constatação da ocorrência de uma ação ou omissão dolosa ou culposa, aquele que a perpetrar terá a obrigação de reparar o prejuízo sofrido por outrem.

Não existe propriamente uma imposição, em hermenêutica restritiva, para que os indivíduos atuem na minimização de um prejuízo. No entanto, se a omissão for fundada na malícia de obter vantagem indevida, estaria configurada a má-fé, inadmissível em nosso ordenamento e enquadrável como um abuso inadmitido juridicamente.

É evidente que o principal direito do credor consiste em exigir o cumprimento da obrigação, todavia, seu direito pode ser comprometido caso ele utilize tal prerrogativa de forma excessiva, agravando a situação jurídica do devedor¹⁰⁶.

Assim, quando o *duty to mitigate the loss* desempenhar a função de instrumento de combate ao abuso de direito, poderá a parte sofrer as sanções típicas decorrentes do ato ilícito. Embora não nos pareça o cenário ideal, tendo em vista que, na maioria dos casos a sanção resultaria no não reconhecimento do direito postulado (naquilo que se tornar abusivo ou excessivo), essa fundamentação complementar, além de suprir eventuais objeções que pudessem ser feitas ao reconhecimento do dever de mitigar como um simples reflexo da boa-fé objetiva,

¹⁰⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 23, set./dez. 1999.

¹⁰⁶Trata-se, a nosso ver, de aplicação transversa do princípio da boa-fé objetiva, já que acaba por impor um comportamento ético ao credor consistente em não prejudicar o devedor.

também funcionaria para viabilizar a regra não apenas na responsabilidade contratual, mas também na aquiliana¹⁰⁷.

Assim, a teoria do abuso de direito pode ser tida como um dos fundamentos da regra da mitigação, desde que desenvolvida a partir da boa-fé. Não se trata, no entanto, de fundamento autônomo, mas de ratificação do entendimento a que se chegou que a mitigação possui fundamento na boa-fé objetiva. Em outras palavras, somente quando o abuso de direito se assenta nessa noção¹⁰⁸ é que ele entra em contato com a figura da mitigação. É o que se defende no capítulo subsequente.

3.2 A MITIGAÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DA BOA-FÉ

Tratando-se de matéria de boa-fé, emerge um dos princípios norteadores do ordenamento brasileiro, sendo inconcebível o Direito senão como uma força cuja função precípua está no equilíbrio das relações sociais, econômicas e de compatibilização de diferentes interesses.

A análise conceitual de suas duas espécies – objetiva e subjetiva – evidencia a tutela da confiança como ponto em comum. Em ambos os conceitos há o elemento subjetivo da confiança e a necessidade de tutelá-lo, ora beneficiando o indivíduo que acredita encontrar-se em uma situação aparente, ora orientando a sua conduta segundo padrões éticos.¹⁰⁹ Segundo Renan Lotufo, no âmbito do Direito contemporâneo, a boa-fé deve estar sempre presente, tratando-se de requisito de validade do próprio negócio jurídico.¹¹⁰

Fernando Noronha aduz que a boa-fé expressa uma regra de conduta ou, em suas palavras, um “[...] dever de agir de acordo com determinados padrões,

¹⁰⁷Estando a boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, Parte Especial, no capítulo referente aos contratos, pode-se entender que a regra da mitigação somente teria aplicabilidade em relação ao inadimplemento de obrigações contratuais. Assim, o artigo 187 do Código Civil, localizado na Parte Geral, supriria essa deficiência, estendendo a figura da mitigação à responsabilidade extracontratual.

¹⁰⁸“Existe, de fato, uma zona de interseção entre os planos atinentes a cada uma das figuras [abuso de direito e boa-fé]. Conquanto tenham sido estruturadas para enfrentar conjunturas diversas, vieram a sobrepor-se, passando, assim, a dialogar” (GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 59).

¹⁰⁹NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹¹⁰LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. São Paulo. Saraiva, 2003. v. 1, p. 307.

socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para [...] não frustrar a confiança legítima de outra parte”.¹¹¹

Sendo a confiança a interseção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva, a sua distinção encontra-se no campo da intenção.

A boa-fé subjetiva está atrelada ao estado psicológico em que se encontra um sujeito ao praticar um ato, em seu *animus*, na sua intenção. A acepção recai, portanto, sob o aspecto psíquico da conduta do indivíduo, protegendo de alguma forma aquele que atuou sem consciência do vício, em um estado de ignorância.

Fernando Noronha define:

Na situação de boa-fé subjetiva uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetivo, relativo à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que crê legítimas.¹¹²

Judith Martins-Costa assinala:

A boa-fé subjetiva denota [...] a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses de casamento putativo, de aquisição da propriedade alheia mediante usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente).¹¹³

Fredie Didier Júnior assinala que a boa-fé subjetiva é fato e refere-se às intenções do sujeito, compondo o suporte fático de algumas normas jurídicas.¹¹⁴

Se por um lado a boa-fé subjetiva é um fato, a boa-fé objetiva é um critério de comportamento, é elemento instrumental, normativo. Na concepção de Flávio Tartuce,

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano psicológico ou intencional (boa-fé subjetiva), para o plano concreto da atuação humana (boa-fé objetiva). Pelo conceito

¹¹¹NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 136.

¹¹²Ibid., p. 132.

¹¹³MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, n. 139, p. 7, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 20 maio 2015.

¹¹⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 1, p. 70-72.

anterior de boa-fé subjetiva, relacionado com o elemento intrínseco do sujeito da relação negocial, a boa-fé estaria incluída nos limites da vontade da pessoa. Esse conceito de boa-fé subjetiva, relacionado somente com intenção das partes, acaba deixando de lado a conduta, que nada mais é do que a própria concretização dessa vontade.¹¹⁵

Tem-se, assim, que a boa-fé objetiva é examinada externamente. Trata-se de uma norma de conteúdo principiológico, traduzindo-se em padrões de comportamentos socialmente estabelecidos. Ela estabelece verdadeiras regras de conduta a serem observadas pelas partes nas relações jurídicas, determinando ou vedando a realização de certos comportamentos.

O conceito traz implícitas as ideias de “[...] honestidade, retidão, lealdade, e consideração com os interesses do outro, englobando situações impossíveis de tabulação ou arrolamento *a priori*”.¹¹⁶

A abertura do conceito permite que diretrizes sejam estabelecidas, de forma a impor aos contratantes deveres secundários, que passam a integrar o que se entende por conduta esperada no âmbito das relações. Ao contrário do que ocorre com a boa-fé subjetiva, na análise da boa-fé objetiva, não existe interesse em se investigar o *animus*, a intenção do sujeito ao praticar determinado ato.

Um dos grandes méritos do Código Civil de 2002 consiste na utilização de cláusulas gerais na positivação da boa-fé objetiva como regra de conduta. A abertura semântica do diploma, com a inserção de conceitos indeterminados, viabiliza maior liberdade na interpretação e aplicação da boa-fé objetiva. A boa-fé objetiva se apresenta, assim, como cânone interpretativo, referencial hermenêutico, pautado no paradigma da eticidade.

A metodologia proposta por Miguel Reale, no Código Civil de 2002, modificou a compreensão do fenômeno jurídico e veio em um momento de constitucionalização do Direito Privado, fazendo com que a legislação passasse a considerar valores que direcionam o exame dos fatos sob a ótica da ética, da justiça, da solidariedade e da lealdade.

Objetivando tornar o Código Civil um sistema móvel e duradouro, capaz de atender as constantes mudanças da sociedade, ao lado dos princípios norteadores

¹¹⁵TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. São Paulo: GEN/Método, 2012. p. 33-34.

¹¹⁶GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé**: perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 126.

do novo diploma, o legislador valeu-se das cláusulas gerais em seu texto. Na visão de Miguel Reale:

O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora de advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes.¹¹⁷

Tais cláusulas gerais tratam-se de “[...] uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado”, ocorrendo uma “[...] indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”.¹¹⁸ Possuem, assim, o papel de dar mobilidade ao ordenamento jurídico.

Assim, juntamente com a boa-fé objetiva surgiram novos conceitos objetivando a integração do contrato, sendo notória a sua vinculação com a utilização de técnicas de interpretação. A boa-fé objetiva se enquadra como princípio e verdadeira cláusula geral no sistema, cabendo aos magistrados uma avaliação de seu sentido e alcance.¹¹⁹

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé deve funcionar como uma janela do sistema jurídico:

Como “janela” do sistema jurídico, a boa-fé permite o conhecimento de elementos externos não positivados, ou positivados em outro sentido, que se impõem à consideração e podem levar a uma decisão para além do que estava programado (culpa *post factum finitum*) ou mesmo em contrariedade (*supressio*; adimplemento substancial) a algum preceito expresso, que é assim reelaborado ou desconsiderado em função da atuação prevalente do princípio.¹²⁰

A doutrina aduz que a boa-fé objetiva possui três diferentes funções, que podem ser conjugadas no âmbito das relações obrigacionais, quais sejam: (i) função interpretativa, segundo a qual as partes devem agir de acordo com padrões

¹¹⁷REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Professor Miguel Reale**, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

¹¹⁸DIDIER JÚNIOR, Freddie. Cláusulas gerais processuais. **Fredie Didier Jr.**, Salvador (BA), [20--]. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

¹¹⁹O Enunciado nº 26 do Conselho da Justiça Federal, aprovado pela I Jornada de Direito Civil, aduz que, “[...] a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

¹²⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 249, set./dez. 1999.

objetivos de comportamento e não conforme suas intenções subjetivas; (ii) função supletiva, que amplia os deveres das partes; e (iii) função de controle, através da qual se delimita os direitos que as partes exercem entre si.¹²¹

Esta segunda função – função supletiva da boa-fé objetiva – impõe às partes a observância de deveres de conduta: acessórios, laterais, secundários das obrigações. A nosso ver, trata-se da função mais relevante da boa-fé objetiva, pois os referidos deveres que se originam desta passam a integrar qualquer relação obrigacional para que esta seja equilibrada e permita não frustrar a confiança mútua e a legítima expectativa das partes.

E relacionada diretamente com a boa-fé objetiva tem-se o *duty to mitigate the loss*. Sobre o tema, o Enunciado nº 169, aprovado na III Jornada de Direito Civil, assinala que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Em outras palavras, a não reparação integral da vítima individualizada encontra justificativa na ausência de comportamento da vítima que poderia evitar ou atenuar o dano que sofreu.

Na concepção da autora da proposta, Vera Maria Jacob de Fradera, há uma relação direta entre o princípio da boa-fé objetiva e o dever de mitigar, uma vez que este constitui um dever de natureza anexa – cuja quebra gera violação positiva do contrato¹²², acessória, inerente à boa conduta e ao dever de colaboração que deve existir entre os contratantes.

Com efeito, se o demandante de uma obrigação poderia ter agido para evitar ou mesmo impedir o agravamento da situação do demandado e, por ausência de boa-fé, optou por suportar o prejuízo na expectativa de seu ressarcimento ou de uma indenização maior, deverá ser sancionado por ausência de probidade.

A compreensão correta do dever de mitigar remete à essência do Código Civil de 2002. Significa que o demandante não pode piorar o estado do demandado, de forma a agravar o seu próprio prejuízo, sob pena de agir de má-fé, de quebrar a necessária confiança que deve haver nas relações¹²³. O principal fundamento do dever de mitigar não deve ser, portanto, o interesse individual, mas o social, de forma a proteger e a garantir a prosperidade da sociedade.

¹²¹A boa-fé objetiva detém, assim, caráter tridimensional.

¹²²Enunciado nº 24 da I Jornada.

¹²³A boa-fé “[...] é algo que não se pode desconhecer ou desprezar [...] pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”. O princípio da boa-fé “[...] contribuiu para determinar ‘o quê’ e o ‘como’ da prestação” (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 27).

Superadas as objeções, conclui-se que a regra da mitigação de danos pode ser inferida da cláusula geral que impõe a observância da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil. O *duty to mitigate* é um reflexo direto dos deveres de proteção e cooperação, anexos da boa-fé. Através da boa-fé, abandona-se a perspectiva egoísta do ter para preservar o patrimônio do devedor.

Johann Gottlieb Fichte assinala:

O homem deve continuamente estar de acordo consigo mesmo; jamais deve contradizer-se. A saber, o Eu puro nunca pode estar em contradição consigo mesmo, pois não há nele diferença alguma, mas é sempre um e o mesmo. O Eu empírico, porém, determinado e determinável pelas coisas exteriores, pode contradizer-se – e sempre que se contradiz é um sinal seguro de que ele não é determinado segundo a forma do Eu puro, por si mesmo, mas mediante as coisas exteriores. E não deve ser assim; pois o homem é o seu próprio fim; deve determinar-se a si mesmo e nunca se deixar determinar por algo estranho; deve ser o que é, porque o quer ser e o deve querer ser. O Eu empírico deve dispor-se de modo como eternamente poderia estar disposto.¹²⁴

Embora a boa-fé não apareça como o único fundamento para a recepção da regra de mitigação de danos, é possível associar o princípio aos reais objetivos da República, exigindo-se dos indivíduos uma maior integração aos ditames civis-constitucionais, incluindo-se aqui as próprias vítimas, que deverão contribuir com a mitigação de seu próprio prejuízo.

A positivação do princípio da boa-fé objetiva pelo Código Civil de 2002 tornou possível a identificação do *duty to mitigate the loss*, consubstanciado no dever do credor de mitigar os próprios prejuízos ou suportar as consequências de natureza econômica de sua própria inércia, com um dever lateral extremamente próximo ao da cooperação. A jurisprudência, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça¹²⁵, reconhece a conexão entre o dever de mitigar e a boa-fé, a ponto de considerar a inevitabilidade um subprincípio da boa-fé objetiva.

Nos parece correto, assim, afirmar que a matriz ontológica do *duty to mitigate the loss* decorre da cláusula geral de boa-fé contida no art. 422 do Código Civil de 2002, conceito aberto que viabiliza a adequação à aplicação do Direito e o necessário influxo de valores sociais.

¹²⁴FICHTE, Johann Gottlieb. **Lições sobre a vocação do sábio e reivindicação da liberdade de pensamento**. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 25.

¹²⁵STJ. HC n. 171753/GO, 2010/0082684-4. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma, 04.04.2013. DJe, 16.04.2013.

Ao se desenvolver a regra da mitigação a partir da boa-fé pode-se dotá-la de concreção suficiente para a sua aplicação. No entanto, a excessiva extensão e flexibilidade da cláusula geral da boa-fé é também o seu grande inconveniente.

Conclui-se, assim, que, em determinados casos, a aplicação da regra da mitigação pode gerar resultados praticamente idênticos aos da aplicação da boa-fé, sem que, ainda assim, possam os institutos serem subsumidos um ao outro.

Deste modo, conquanto não haja uma regra expressa que imponha ao credor o dever de mitigar as suas próprias perdas, a sua utilização encontra alicerce na cláusula geral da boa-fé objetiva, tida como padrão ético de conduta. No entanto, a nosso ver, não deixa de interessar a realização da distinção da regra da mitigação no quadro geral da boa-fé, proporcionando sua aplicação segura no ordenamento jurídico brasileiro.

4 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 ACEITAÇÃO DA REGRA

Conforme previamente exposto, foi na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, que surgiu o grande marco do *duty to mitigate the loss* no Brasil¹²⁶. O Enunciado 169, que faz remissão expressa ao artigo 422 do Código Civil, assinala que “[...] o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Previamente ao Enunciado 169, no entanto, encontramos relevante trabalho de autoria de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que traz uma noção incipiente da regra da mitigação, cujo seguinte trecho merece destaque:

O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decrete a extinção do contrato dependerá da avaliação do valor desse dano. Para isso, não será levada em linha de conta a quantidade do dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato [...]. Assim, durante a mora do devedor, as condições econômicas poderão vir a ser alteradas de modo tal que a contraprestação prometida pelo credor se torne significativamente maior e mais valiosa do que a prestação ainda possível do devedor. Sendo este o descumpridor, ainda que sem maior gravidade, o fato novo que surgiu, onerando sobremaneira o credor, justifica a resolução do negócio, porque a sua economia ficou afetada em razão da demora do devedor, e não seria justo que o descumprimento funcionasse aí a favor do faltoso, com grave ônus ao credor, que por isso pode se liberar da obrigação. Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação (*‘doctrine of mitigation’*), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento.¹²⁷

Até 2004 não consta qualquer decisão que mencione expressamente o dever de mitigar nos tribunais brasileiros. O primeiro julgado que encontramos sobre o tema adveio do estado do Paraná, provavelmente em decorrência do estudo realizado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

¹²⁶Nas Jornadas de Direito Civil, realizadas periodicamente através do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal produzem-se “enunciados” que representam o pensamento da maioria dos integrantes de cada comissão participante. Embora não tenham valor legal, constituem um norte interpretativo prestigiado nos Tribunais.

¹²⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 136.

O acórdão originário do Tribunal de Justiça do Paraná utilizou o dever de mitigar como fundamento da decisão transcrita abaixo:

A doctrine of mitigation recomenda que o lesado (credor, autor da ação de resolução) deve comportar-se de modo a mitigar os danos, mantendo-se nos limites imediatamente decorrentes da existência do ato ilícito. O princípio da boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência para circunscrever o prejuízo e impedir a sua eventual expansão. Afirma enfaticamente Tunc: “A vítima não pode assistir passiva ao desencadear das diversas conseqüências da culpa, mas deve reagir com todo o seu vigor contra suas conseqüências na medida em que elas agravariam o dano”. [...]. Se a vítima concorrer para o aumento dos prejuízos, o que muitas vezes implica em verdadeira concausa, responderá por seu ato. Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desbordem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor.¹²⁸

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o primeiro julgado a usar a expressão é de 2006, ocasião em que se recorreu ao Enunciado 169 para solucionar um contrato celebrado entre a Petrobrás Distribuidora S.A. e um posto de gasolina.¹²⁹

A realidade é que de 2004 a 2010 o instituto desempenhou um papel quase figurativo em nosso ordenamento. Embora existam acórdãos que o mencione, foi o Superior Tribunal de Justiça¹³⁰ que tornou emblemática a questão envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss* em julgado cuja ementa é a seguinte:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de

¹²⁸TJ/PR. Apel. Cível n. 158909-7. 6ª Câmara Cível. Rel. Albino Jacomel Guerios. DJ, 23.08.2004.

¹²⁹TJ/SP. Apel. Cível n. 1.029.972-4. 16ª Câmara de Direito Privado. Rel. Cândido Alem. DJ, 15.05.2009.

¹³⁰STJ. REsp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4. 3ª Turma. 17.06.2010. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). DJe, 01.07.2010.

violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.

O acórdão¹³¹, extraído dos autos do caso paranaense que aplicou pela primeira vez a doutrina da mitigação, sustenta a violação ao *duty to mitigate the loss* em hipótese assim descrita¹³²:

Conforme noticiado nos autos, o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Contudo o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17 de outubro de 2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse c/c pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido [...].

Trata-se de caso paradigmático em que, desde o inadimplemento, o credor demorou cerca de sete anos para propor a ação de reintegração de posse e resolução da promessa de compra e venda diante do não pagamento das prestações pelo devedor.

Restou decidido, na ocasião, que a indenização a ser paga pelo devedor em razão do tempo em que o credor ficou sem poder usufruir do imóvel se limitaria a um período razoável, já que a demora em retomar o bem também pode ser imputada à falta de diligência do credor, que não deveria se beneficiar da própria inércia.

¹³¹Informativo n. 439 do Superior Tribunal de Justiça.

¹³²No caso, o credor aguardou o decorrer do prazo prescricional até o último momento para, aí sim, propor a ação indenizatória, beneficiando-se dos juros acumulados durante o período de inércia. De certa forma, pode-se afirmar que o Ministro Relator Vasco Della Giustina relativizou o fato de a demanda ter sido proposta, ainda que tardiamente, dentro do prazo prescricional.

A fundamentação da decisão tem como base o dever de mitigar como corolário da boa-fé objetiva. Na hipótese, o desembargador relator entendeu que o credor violou a boa-fé objetiva, mostrando negligência para com o seu patrimônio.¹³³ Assinalou aquela Corte Superior:

Com esse entendimento avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo ou, no direito alienígena, o *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.¹³⁴

Não se pode deixar de ressaltar que, no caso, a conclusão do voto assinala que não prospera o argumento de defesa da recorrente no sentido que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional. O relator considerou que a não agilidade no exercício do direito foi em sentido oposto ao preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais, violando-se o princípio da boa-fé objetiva.

Conforme exposto na seção 1.2.6, não é esse o entendimento defendido neste trabalho. A nosso ver, a decisão incorreu em equívoco ao mencionar o dever de mitigar como decorrência do exercício tardio de direito, já que dentro de prazo prescricional.

Não obstante, amparado pelo Enunciado 169 e pelo *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, o instituto do *duty to mitigate the loss* se expandiu pelo território nacional e vem a cada dia ganhando espaço nos Tribunais, ultrapassando, inclusive, a barreira da responsabilidade civil contratual.

Além do Superior Tribunal de Justiça, incluem-se nesse rol, sobretudo, os Tribunais de Justiça de São Paulo¹³⁵, Rio de Janeiro¹³⁶, Rio Grande do Sul¹³⁷, Minas Gerais¹³⁸ e Mato Grosso do Sul¹³⁹.

¹³³No caso relatado, o Ministro Vasco Della Giustina aponta, ainda, que a boa-fé pode ser compreendida como efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes.

¹³⁴STJ. REsp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4. 3ª Turma, 17.6.2010. Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). DJe, 01.07.2010.

¹³⁵34ª Câ. de Dir. Priv. AC com revisão n. 1036109-0/8. Rel. Des. Rosa Maria de Andrade Nery. j. 27.06.2007. r. 06.07.2007; 31ª Câ. Cív. Al n. 1288546-0/2. Rel. Des. Adilson de Araújo. j. 25.08.2009; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 1029972-4. Rel. Des. Candido Alem. j. 05.09.2006; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 1.293.652-8. Rel. Des. Windor Santos. j. 19.02.2008; 23ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 7.233.601-9. Rel. Des. J. B. Franco de Godoy. j. 29.04.2009; 18ª Câ. de Dir. Priv. AC 7.321.841-4. Rel. Des. Rubens Cury. j. 10.03.2009; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 7199559-0. Rel. Des. Candido Alem. j. 17.06.2009; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 0891290-1. Rel. Des. Candido Alem.

Para exemplificar o tratamento do instituto nos Tribunais estaduais, transcreve-se elucidativo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que julgou improcedente pedido de indenização por danos, conforme ementa abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO NEGATIVO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. Ilegitimidade ativa. Em tese, o terceiro pode ser atingido em sua esfera jurídica. Coisa julgada. Deve ser afastada a alegação de coisa julgada, a qual exige a presença de tríplice identidade, a teor do art. 301 de seus parágrafos, do CPC. A situação revela a necessidade de aplicação da teoria “Duty to Mitigate the Loss”. Significa que a parte possui o dever de mitigar o prejuízo que possa resultar de uma situação. Não pode praticar ato ou permanecer omissa, a fim de, em momento posterior, ingressar com ação indenizatória. O dano material deve estar comprovado nos autos. Na espécie, diante dos elementos concretos demonstrados no processo, a indenização não deve ser alcançada aos autores. Preliminares rejeitadas. Apelação da ré provida. Apelação dos autores não provida.¹⁴⁰

No caso, a empresa ré havia sido condenada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais em decorrência da inscrição indevida do nome do autor da ação no cadastro de inadimplentes. Apesar da condenação, a ré manteve a negativação.

j. 19.05.2009; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 096785IT. Rel. Des. Candido Alem. j. 02.06.2009; 31ª Câ. de Dir. Priv. AC com revisão n. 1242899-0/5. Rel. Des. Francisco Casconi. j. 16.06.2009; 35ª Câ. de Dir. Priv. AC com revisão n. 1196110-0/1. Rel. Des. Clovis Castelo. j. 16.03.2009; 11ª Câ. de Dir. Priv. AC 7355554-1. Rel. Des. Rangel Desinano. j. 18.06.2009; 16ª Câ. de Dir. Priv. AC n. 1.170.013-1. Rel. Des. Candido Alem. j. 03.07.2007; 31ª Câ. de Dir. Priv. AC com revisão n. 978450-0/0. Rel. Des. Willian Campos. j. 19.12.2006; 31ª Câ. de Dir. Priv. AR n. 992.09.04 9036-2. j. 01.12.2009.

¹³⁶9ª Câ. Cív. AC n. 2009.001.61484. Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira. j. 03.11.2009. DJ, 06.11.2009; 2ª Câ. Cív. AC ns. 2008.001.11206 e 2008.001.11199. Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara. j. 01.07.2009. DJ, 20.07.2009; 16ª Câ. Cív. AC n. 2008.001.45909. Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. j. 16.09.2008. DJ, 25.09.2008; 14ª Câ. Cív. AC n. 0009985-05.2007.8.19.0208. Rel. Des. José Carlos Paes. j. 14.04.2010.

¹³⁷12ª Câ. Cív. AC n. 7002.813.8113. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. j. 29.01.2009; 5ª Câ. Cív. AC n. 70025267683. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. j. 18.02.2009; 5ª Câ. Cív. AC n. 70025609579. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. j. 20.05.2009; 6ª Câ. Cív. AC n. 70028036465. Rel. Des. Liége Puricelli Pires. j. 09.04.2009; 19ª Câ. Cív. AC n. 70019328889. Des. Rel. José Francisco Pellegrini. j. 13.05.2009; 19ª Câ. Cív. AC n. 70022586994. Des. Rel. Guinther Spode. j. 01.04.2008; 6ª Câ. Cív. AC n. 70029093150. Rel. Des. Liége Puricelli Pires. j. 17.09.2009; 6ª Câ. Cív. AC n. 70029906492. Rel. Des. Liége Puricelli Pires. j. 27.08.2009; 10º Grupo Cível. El n. 70024988883. Rel. Des. Glênio José Wassers.

¹³⁸16ª Câ. Cív. AC n. 1.0701.07.183692-1/001. Rel. Des. Wagner Wilson. j. 11.03.2009. DJ, 17.04.2009.

¹³⁹3ª Câ. Cív. AC n. 2009.022658-4/0000-00. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay. j. 21.09.2009.

¹⁴⁰TJ/RS. Apelação Cível n. 70055653323. Décima Câmara Cível. Relator: Marcelo Cezar Muller. Julgado em 29.08.2013.

O acórdão apontou que o autor, ciente que o seu nome permanecia negativado, dirigiu-se a uma agência bancária em busca de financiamento, que fora negado em razão do empecilho. Aduziu-se, então, como fundamento da aplicação do *duty to mitigate the loss* o fato de que o autor poderia ter tomado outras medidas com a finalidade de excluir a anotação indevida.

A jurisprudência também evidencia o dever de mitigação tal como apresentado por Vera Maria Jacob de Fradera, fundamentando suas decisões nos artigos 422 e 187 do Código Civil, conforme se pode verificar nos dois julgados transcritos abaixo:

CRITÉRIO DE CÁLCULO. ABUSIVIDADE. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. Os critérios de cálculo da Resolução 456/2000 da ANEEL, no caso concreto, se afiguram abusivos, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé. A ré tinha ciência, há mais de cinco anos, da existência de irregularidades na UC do autor, o que lhe impunha o dever de realizar diligências, que estavam ao seu alcance, a fim de mitigar seu prejuízo (*duty to mitigate the loss*). Nesse contexto, e considerando que a prova dos autos não permite que se estabeleça com precisão a data do início da irregularidade, o cálculo do débito de recuperação do consumo não medido deve ser realizado tendo por base a média do efetivo consumo dos 12 meses posteriores à substituição do medidor (critério de cálculo que se revela mais benéfico ao autor), prestigiando-se, dessa forma, tanto a vedação ao enriquecimento sem causa como a boa-fé objetiva.¹⁴¹

APELAÇÃO. COBRANÇA. TAXAS CONDOMINIAIS VENCIDAS. BOA-FÉ OBJETIVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. ARTIGO 77 DA CONVENÇÃO DE VIENA. OFENSA NÃO CONFIGURADA. PREVISÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC. MERA ADVERTÊNCIA. 1. O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) CONSUBSTANCIA-SE NO DEVER DO CREDOR QUE, TÃO LOGO TOME CONHECIMENTO DA MORA POR PARTE DO DEVEDOR, INGRESSE COM A MEDIDA CABÍVEL, A FIM DE SATISFAZER SEU CRÉDITO, DE MODO A NÃO AUMENTAR O PREJUÍZO DO DEVEDOR.¹⁴²

A título de exemplo, transcreve-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo que analisa um contrato de aquisição de pacote de turismo. O caso envolveu a aquisição de um pacote de turismo por um casal que, embora tenha quitado o valor contratado, não recebeu os *vouchers* para embarcar na data agendada da viagem, o que acarretou na perda da mesma.

¹⁴¹TJ/RS. AC n. 70046205951 RS. Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Denise Oliveira Cezar. Julgado em 23.02.2012. Diário da Justiça, 29.02.2012.

¹⁴²TJ/DF. APC n. 20120410097209 DF 0009435-97.2012.8.07.0004. 5ª Turma Cível. Relator: JOÃO EGMONT. Julgado em 31.07.2013. DJe, 05.08.2013. p. 173.

Ao ingressar com ação indenizatória, o pedido de danos morais foi indeferido sob o fundamento de que os autores da ação, adquirentes do pacote, deveriam ter realizado ações para que a viagem ocorresse, tais como, contratar outra empresa ou remarcar o voo agendado:

O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Não tendo os autores recebido os bilhetes eletrônicos no prazo prometido, poderiam ter desde logo contratado outra agência ou mesmo reprogramado ou adiado a viagem. Não há nos autos alegação ou comprovação de que os apelantes tenham contatado a apelada após aquele prazo de 72 horas para lhe comunicar o não envio dos “e-tickets” e dos “vouchers” necessários para embarque e hospedagem. Se os autores quedaram-se inertes, descumprindo seu dever de boa-fé objetiva, não há que se falar em indenização por danos morais que poderiam, razoavelmente, ter evitado. 3. Recurso improvido.¹⁴³

Acerca da teoria da mitigação, Flávio Tartuce defende a inviabilidade de o credor adotar uma postura inerte (tendo oportunidade de fazê-lo diferente) sem que haja como consequência a redução proporcional de sua indenização.

No mesmo sentido do exposto, a Súmula n. 309 do Superior Tribunal de Justiça ressalva o direito do credor alimentício em relação às parcelas em atraso: “SÚMULA n. 309 STJ. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”.

Ao uniformizar o entendimento sobre o número de parcelas alimentares passíveis de exigência na execução de alimentos por método coercitivo, determinou aquela Corte Superior que, embora o credor tenha o direito de executar as parcelas devidas (requerendo inclusive a prisão do devedor de alimentos), o fato de a dívida prescrever em dois anos não autoriza que este permaneça um tempo indeterminado sem executá-la. Considerando a natureza da dívida – subsistência – não faria sentido que o credor aguardasse tanto tempo sem cobrá-la.

Assim, o direito do credor de alimentos se limita às parcelas relativas aos últimos três meses devidos, além das vincendas dentro do processo.¹⁴⁴ Na situação

¹⁴³TJ/SP. Apelação Cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457. Rel. Desembargador Arthur Marques. DJ, 16.09.2013.

¹⁴⁴No texto processual anterior, a prisão civil como medida coercitiva, de caráter inibitório, se aplicava após decorrido prazo de três meses do inadimplemento da obrigação alimentar nos termos da Súmula 309 do STJ. A todo rigor, a prisão civil nunca se justificou em cobrança de prestações pretéritas, em face da perda de contemporaneidade de seu caráter alimentar, valendo para as três parcelas mais recentes e as ulteriores no curso da execução da dívida. O novo Código de

descrita, a nosso ver, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o credor alimentício tem o dever de minorar o seu próprio prejuízo.

Entre inúmeras outras decisões, cumpre destacar a que foi escolhida para representar a visão brasileira acerca do dever de mitigar na maior base de dados mundial a respeito da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG):

Verificando eventual descumprimento do contrato pelos apelantes, deveria a distribuidora de combustíveis acioná-los imediatamente, não os fazendo acreditar em perdão, desinteresse, não cobrança, não esperando, mesmo, o agravamento da situação econômica deles, impedindo-os de reagir, já no meio de uma dificuldade ou crise econômica, ante o montante exagerado do aludido débito, pois segundo o art. 422, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. No caso, a credora se manteve inerte durante quase um ano, ante o descumprimento por parte dos devedores, vendo crescer a dificuldade e o prejuízo deste, sem procurar evitar ou, ao menos, minorar tal perda. Perda que poderia ter sido evitada, sem maior prejuízo aos mesmos. Temos, pois, que o nosso direito não só pode, como já recepcionou, no aspecto contratual, o princípio do “duty to mitigate the loss”. Os sistemas jurídicos alemão e suíço adotam tal princípio, mas atribuindo-lhe a condição, o primeiro, de *obliegenheit* e o segundo, a de *incombance*.¹⁴⁵

No referido precedente discutiu-se a rescisão de um contrato de fornecimento de combustível e comodato de equipamentos, aplicando-se a cláusula penal à luz do dever de mitigar.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou que a tolerância da credora ao invocar a cláusula penal após um ano de descumprimento contratual levou o devedor a entender que a mesma não seria aplicada.¹⁴⁶

A análise da jurisprudência releva a aplicabilidade do dever de mitigar sobretudo nos casos em que se demora a executar astreintes¹⁴⁷ ou ajuizar

Processo Civil, encampando a posição do STJ, estipulou expressamente que “[...] o débito alimentar que autoriza a prisão civil é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo” (artigo 528, §7º, do CPC/2015).

¹⁴⁵TJ/SP. AC. n. 1.170.013-1. Rel. Candido Alem. DJ, 03.07.2007. Site da CISG no qual o precedente pode ser encontrado: Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/070703portuguese.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2016.

¹⁴⁶A nosso ver, o prazo de um ano nos parece demasiadamente curto, tendo em vista que nos outros precedentes analisados envolvendo a mesma problemática, o período de tolerância era bem superior. O valor da multa, considerado abusivo, parece ter sido a causa da aplicação do instituto do dever de mitigar, utilizado em relevante precedente como mero argumento de autoridade.

¹⁴⁷Confiram-se os seguintes precedentes nesse sentido: TJ/SP. AI n. 1.0024.01.030619-9/005. 18ª Câmara Cível. Rel. Guilherme Nunes. DJ, 25.02.2011; STJ. Eds no REsp n. 215.884/RS. Rel. Min.

demandas judiciais¹⁴⁸ (erroneamente, a nosso ver). Também nos pareceu muito difundido a sua aplicação a contratos envolvendo a locação de bens imóveis¹⁴⁹.

As decisões trazidas permitem identificar a receptividade da regra da mitigação como uma norma de conduta imposta ao credor com o objetivo de minimizar os danos sofridos ou mesmo evitá-los. Dessa forma, apesar de o credor ter a liberdade de escolher livremente a adoção de uma postura ativa ou a manutenção da inércia, sua decisão terá influência na determinação de eventual indenização por perdas e danos, sobretudo, no seu *quantum*.

4.2 INSUFICIÊNCIA DAS FIGURAS JÁ EXISTENTES EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

4.2.1 A análise da regra da mitigação diante da concorrência de responsabilidade da vítima. Causalidades múltiplas

Não se pode falar na teoria da mitigação sem elencar as objeções existentes em relação à receptividade da regra no Direito brasileiro.

Há os que levantam, sobretudo, a desnecessidade de uma nova figura na atual conjuntura do nosso ordenamento sob o fundamento de que outras previsões legais seriam suficientes para resolver os problemas decorrentes dos danos evitáveis.¹⁵⁰ A principal delas refere-se às causalidades múltiplas, ou seja, a culpa concorrente da vítima capaz de justificar a redução da indenização.

O instituto da culpa da vítima ocorre quando a conduta culposa da vítima é causa – exclusiva ou concorrente¹⁵¹ – do próprio dano, sendo que Sérgio Cavalieri

Paulo de Tarso Sanseverino. DJ, 05.04.2013; STJ. Ag n. 1.169.797/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJ, 16.06.2011.

¹⁴⁸Confirmam-se os seguintes precedentes nesse sentido: TJ/SP. Apel. n. 0000834-38.2005.8.26.0063. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Walter Exner. DJ, 13.02.2004; TJ/SP Apel. n. 978450-0. 31ª Câmara de Direito Privado. Rel. Willian Campos. DJ, 19.12.2006.

¹⁴⁹Confirmam-se os seguintes precedentes nesse sentido: TJ/SP. AC n. 0124600-46.2007.8.26.0003. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Hamid Bdine. DJ, 19.02.2004; TJ/SP. AC n. 0019917-78.2012.8.26.0068. 29ª Câmara de Direito Privado. DJ, 19.02.2004.

¹⁵⁰Daniel Pires Novais Dias é um dos autores que sustenta que o referido artigo já regularia o tema do não agravamento de danos e conclui que “[...] a recepção de uma regulação estrangeira como *duty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resulta desnecessária” (O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 108, abr./jun. 2011).

¹⁵¹A culpa concorrente é elemento atenuador da responsabilidade que leva a indenização ser fixada nos termos da gravidade da sua culpa em confronto com a da vítima do dano (art. 945, Código Civil

Filho e José Carlos Brandão Proença aduzem que a última seria suficiente para que se mitigue a obrigação da reparação integral, dispensando a aplicabilidade do instituto da mitigação.¹⁵²

A correlação entre os institutos é próxima, tendo em vista que as concausas partem do pressuposto que um dano pode ser causado pelas condutas de mais de uma pessoa (ou mesmo pela conjunção entre uma conduta e um acontecimento que, isoladamente, configure caso fortuito ou força maior).

As causalidades múltiplas são, portanto, “[...] circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas não têm a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal”.¹⁵³ O concurso de ações do credor e devedor no caso da mitigação seria, portanto, um exemplo de concausa.

Nesse sentido, prevê o artigo 945 do Código Civil que, “[...] se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

O referido dispositivo determina que, em relação ao *quantum* devido, a indenização deve ser fixada tendo em vista o grau de culpa do ofensor/ofendido. José de Aguiar Dias fala em apuração da indenização tendo como parâmetro a “repartição conforme a causalidade”.¹⁵⁴ Assim, no momento de apuração da indenização, o julgador deveria apenas avaliar o grau relativo à culpa de cada agente.

Em determinadas situações, é evidente que se esperaria da parte prejudicada uma conduta comissiva/omissiva que promovesse, sem esforços extraordinários, uma eficiente redução no dano. No entanto, pensamos que, sem o reconhecimento de uma proteção jurídica ao instituto da mitigação de danos, não se poderia considerar a decisão da vítima de deixar de reduzir o dano decorrente do inadimplemento de uma obrigação, uma contribuição causal.

Em outras palavras, sem a atribuição de um ônus à parte consistente na mitigação de seu próprio prejuízo, não se poderia deixar de reconhecer que o dano,

2002). Já a culpa exclusiva da vítima é excludente de responsabilidade e o agente não responde pelos danos ocorridos, sendo estes suportados integralmente pela vítima.

¹⁵²CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010; PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação para o dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 1997.

¹⁵³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79.

¹⁵⁴DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 678-679.

ainda que evitável, decorreu da conduta do devedor, retirando-se a relevância jurídica da atitude do credor da obrigação.

Acerca da necessidade da figura da mitigação, cumpre analisar acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça através do qual se decidiu pela impossibilidade de se negar indenização à vítima de lesão corporal que se recusou a se submeter a procedimento cirúrgico capaz de reverter ou atenuar o quadro.¹⁵⁵

Na hipótese, a ministra Nancy Andrighi justificou a sua posição, dentre outros motivos, com base no fato de que “[...] não há qualquer norma que obrigue a recorrente a se submeter a uma cirurgia” e que “[...] qualquer procedimento cirúrgico, por mais simples que seja, sempre envolve riscos que a recorrente pode legitimamente optar por não correr, riscos esses que vão desde os procedimentos de anestesia, aos inerentes ao pós-operatório”.¹⁵⁶

Tem-se, ainda, que, a partir da leitura do artigo 945, conclui-se que para que reste configurada a culpa concorrente é preciso que a vítima tenha agido em desconformidade com o direito em sua conduta, ou seja, embora tenha sido a própria ação ou omissão do autor da ação indenizatória que tenha ocasionado um resultado danoso por ele suportado, acrescenta-se o fato deste ter agido ilicitamente.

A teoria da mitigação de danos tem, no entanto, o condão de impor ao credor de determinada relação o ônus de evitar a majoração do dano causado pelo descumprimento de uma obrigação, reduzindo-o ou até mesmo eliminando-o, sem que se discuta a imputação de culpa quando se constata o dano. Trata-se de um instituto mais objetivo, vale dizer.

A norma da mitigação impõe ao credor o emprego de esforços razoáveis a fim de evitar prejuízos e, somente definida a exigibilidade da conduta, é que se examina o papel da culpa. Ou seja, se o Direito não impõe ao credor, de nenhuma forma, que aja em prol da mitigação de seus danos, ele não poderá ser culpado por não tê-lo feito.

¹⁵⁵REsp n. 733990/MG. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. TERCEIRA TURMA. Julgado em 21.02.2006. DJ, 20.03.2006. Em sentido contrário, encontramos dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: TJ/SP. 4ª Câm de Dir. Priv. AC n. 371.782.4/4-00. Rel. Des. Carlos Teixeira Leite. r. 03.03.2006; TJ/SP. 4ª Câm. de Dir. Priv. AC n. 578.859.4/5-00. Rel. Des. Enio Zuliani, j. 13.08.2009. r. 10.09.2009.

¹⁵⁶REsp n. 733990/MG. TERCEIRA TURMA. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 21.02.2006. DJ, 20.03.2006.

A nosso ver, a base para a norma de mitigação dos prejuízos é, portanto, anterior à perquirição da culpa. Uma vez sustentada a norma de conduta, deve-se adentrar no mérito de o credor não ter agido em conformidade com a prescrição.

Corroborando com a linha de pensamento exposta, José de Aguiar Dias sustenta:

O que se deve indagar é, pois, qual dos fatos, ou culpas, foi decisivo para o evento danoso, isto é, qual dos atos imprudentes fez com que o outro, que não teria consequências, de si só, determinasse, completado por ele, o acidente. Pensamos que sempre que seja possível estabelecer a inocuidade de um ato, ainda que imprudente, se não tivesse intervindo outro ato imprudente, não se deve falar em concorrência de culpa. Noutras palavras: a culpa grave necessária e suficiente para o dano exclui a concorrência de culpas.¹⁵⁷

Não é, portanto, qualquer conduta comissiva/omissiva que pode ser tida como causa concorrente. Ela deve, necessariamente, ter sido decisiva para a produção do dano.

Outro fator relevante diz respeito ao momento da ocorrência do dever de mitigar em relação ao evento danoso, já que este ocorre necessariamente após o prejuízo ou inadimplemento, enquanto a culpa concorrente pode ser concomitante ou até mesmo anterior ao dano, jamais posterior.¹⁵⁸

Assim, embora o questionamento soe válido, o dever de se evitar o próprio prejuízo não pode ser interpretado como simplesmente “dar causa ao dano”.

Tem-se, dessa forma, que o dano a se evitar não se equipara àquele produzido exclusiva ou concorrentemente pela vítima, o que torna indispensável o reconhecimento do dever de mitigar.

O comportamento omissivo do credor como concausa ou causa exclusiva do agravamento do dano e o comportamento comissivo ou omissivo da vítima que deixa de reduzir/eliminar seus prejuízos, só podem ser corretamente reconhecidos através do dever de mitigação.

¹⁵⁷DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II, p. 679-680.

¹⁵⁸LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 56. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2016.

4.2.2 A análise da regra da mitigação diante do princípio da reparação integral

Também não se pode deixar de mencionar o fato de o reconhecimento da regra da mitigação sofrer críticas daqueles que sustentam a sua incompatibilidade com o princípio da reparação integral, vigente tanto na responsabilidade contratual, quanto na aquiliana.¹⁵⁹

Há os que defendem que o Código Civil de 2002, ao estabelecer que, em regra, a indenização deve ser medida pela extensão dos danos causados à vítima¹⁶⁰, adotou o princípio da reparação integral (artigo 944). E a partir do referido artigo, as decisões dos Tribunais nacionais deveriam ser proferidas seguindo a premissa de que “[...] o quantum da indenização deve ser proporcional à extensão dos danos”.¹⁶¹

É certo que o Código Civil optou por valorizar, como critério para a quantificação da indenização, a extensão do dano em detrimento do fato de os prejuízos sofridos pelo lesado resultarem de um ato doloso, culposo ou se a responsabilidade no caso seria objetiva.

Não obstante o *caput* do dispositivo, o seu parágrafo único comporta exceções ao evidenciar que no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a indenização poderá ser equitativamente reduzida. Subverte-se, assim, o princípio de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, permitindo que a culpa interfira no *quantum debeatur*.

Concedeu, assim, o legislador, a possibilidade de o magistrado reduzir equitativamente¹⁶² o montante da indenização, quando identificar uma manifesta desproporção entre a extensão dos danos sofridos pelo lesado e a gravidade da culpa do agente, abrandando o princípio da reparação integral e conferindo ao juiz

¹⁵⁹Conforme anteriormente exposto, trata-se de um dos maiores óbices levantados pela doutrina francesa em relação à adoção do dever de mitigar.

¹⁶⁰O art. 944 do Código Civil encampou o princípio da reparação integral do dano, assinalando que a indenização deve ser medida pela extensão dos prejuízos sofridos pelo lesado e demonstrando que o legislador do CC/2002 optou por valorizar a extensão do dano. O princípio, no entanto, encontra restrições em normas do próprio CC/2002, entre as quais está a responsabilidade civil dos incapazes, a possibilidade de se reduzir equitativamente a indenização se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano e a pré-estipulação dos danos pelas partes.

¹⁶¹TJ/RS. AC n. 70039938048 RS. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 30.08.2012. DJ, 03.09.2012.

¹⁶²A menção feita pelo legislador à expressão “equitativamente” não foi acidental. O Código Civil de 2002 atribuiu poderes aos magistrados para que, atentos à desproporção entre culpa e dano, abrissem uma exceção na regra geral da reparação integral, viabilizando a redução do *quantum indenizatório*.

poderes para fixar a indenização de acordo com o seu prudente arbítrio a fim de afastar o indesejável excesso na condenação.¹⁶³

Sobre o princípio da reparação integral, Christian Sahb Batista Lopes ensina:

A regra de reparação integral não pode, entretanto, ser tida como princípio absoluto e insuperável do direito brasileiro e, de fato, não é. Além de excepcionada pelo parágrafo único, a reparação integral é limitada pelo artigo 403, que determina que apenas os danos diretos e imediatos podem ser indenizados.¹⁶⁴

Acerca da aplicação da equidade como critério para verificação da justiça, Miguel Reale assinala que:

Há certos casos em que a aplicação rigorosa do Direito redundaria em ato profundamente injusto. *Summum jus, summa injuria*. Esta afirmação, para nós, é uma das mais belas e profundas da Jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o Direito não é apenas sistema lógico-formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta.¹⁶⁵

Tem-se, assim, que a norma contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil, além de encontrar exceção em seu parágrafo primeiro, deve ser aplicada em conjunto com as demais regras do ordenamento jurídico brasileiro¹⁶⁶.

Em matéria de responsabilidade contratual, a indenização por inadimplemento da obrigação é medida pela extensão do dano, englobando as perdas efetivamente experimentadas (dano emergente) e o que razoavelmente se deixou de lucrar (lucros cessantes).¹⁶⁷

A primeira situação que se apresenta no *duty to mitigate the loss* é aquela que a parte efetivamente adota as medidas de mitigação de danos, incorrendo em despesas e tendo sucesso em sua iniciativa.

Trata-se da hipótese em que a mitigação efetivamente ocorreu e que a indenização corresponde aos prejuízos remanescentes após a mitigação, incluindo-

¹⁶³CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 333.

¹⁶⁴LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2016.

¹⁶⁵REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 125.

¹⁶⁶No entanto, não se pode olvidar o caráter de excepcionalidade da aplicação da redução equitativa da indenização, prevista no parágrafo único do artigo 944, confirmado, inclusive, pelo Enunciado 46, aprovado na I Jornada de Direito Civil.

¹⁶⁷Irrelevante, pois, se o descumprimento contratual decorreu de uma intenção deliberada do devedor.

se as despesas incorridas, em perfeita consonância com o que determina o princípio da reparação integral.

Na segunda situação, no entanto, a parte prejudicada não adota as medidas de mitigação de danos, apesar de ter tido oportunidade de fazê-lo de maneira razoável. Aqui, questiona-se se haveria violação ao princípio da reparação integral se o contratante inadimplido, a despeito de ter medidas mitigatórias ao seu alcance, deixasse de realizá-las, acarretando a redução proporcional da indenização a fim de descontar os danos que poderiam ter sido evitados, mas não foram.

Na hipótese descrita, haveria de fato uma situação em que os danos concretos suportados pela vítima seriam superiores ao valor da indenização por ela recebido, o que poderia, em tese, acarretar em uma violação ao princípio da reparação integral e à máxima de que a indenização se mede pela extensão do dano.

Ocorre que, conforme salientado, o princípio da reparação integral de danos não é absoluto, podendo – como todos os outros princípios – ser submetido a um juízo de ponderação à luz de hipóteses concretas.

E além da equidade se fazer presente como possível limitador da reparação integral, há exceções expressamente previstas na legislação, como a possibilidade de redução da indenização com base na concausalidade entre o ato da vítima e do ofensor na concretização do dano, conforme exposto anteriormente.

Assim, se o credor prejudicado adota voluntariamente medidas para o não agravamento do dano, evidente que a indenização não apenas pode, mas deve ser reduzida (a indenização não pode superar a extensão do dano).

Do mesmo modo, a redução proporcional da indenização não deveria ser interpretada como uma violação ao princípio da reparação integral, mas mais uma exceção à regra de que a indenização se mede mediante a extensão do dano.

Trata-se, a nosso ver, de posicionamento correto, justificável sob o contexto já apresentado de que “[...] o princípio da mitigação tem justificativas morais, sociais e econômicas que têm força maior que a explicação para a compensação integral ao credor”.¹⁶⁸

¹⁶⁸LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 mar. 2015.

4.3 A INDISPENSABILIDADE DE POSITIVAÇÃO DA EVITABILIDADE COMO FIGURA AUTÔNOMA

Conforme exposto na seção 3.2 deste trabalho, atualmente as situações jurídicas que exigem uma conduta da parte lesada no sentido de afastar ou reduzir o seu próprio prejuízo vêm sendo supridas mediante o dever de cooperação imposto pelo princípio da boa-fé. Do mesmo modo, o ônus da mitigação, embora não esteja positivado no Código Civil brasileiro¹⁶⁹, se apresenta como fundamento para a resolução de situações em que se objetiva restringir o direito à indenização.

Entendemos, no entanto, que o seu reconhecimento implícito não é suficiente e que a sua expressa positivação teria o condão de superar eventuais debates acerca da insegurança jurídica causada pela adoção do instituto, sobretudo, nas situações em que há o afastamento da regra de que a indenização deve ser medida pela extensão do dano.

Do mesmo modo, tem-se que a correta aplicação dos critérios que regem o ônus de mitigar os prejuízos facilitaria o processo decisório, evitando-se distorções e conferindo maior concretude ao instituto.

Isso porque, embora a regra da mitigação utilize conceitos abertos, tais como a razoabilidade das condutas consideradas adequadas a fim de evitar ou afastar o prejuízo, percebe-se que o caráter de vagueza presente no instituto é sobremaneira menor do que a norma que impõe a observância da boa-fé.

Tem-se, ainda, que ao tornar explícito que o credor poderá recuperar as despesas que houver realizado na tentativa de mitigar o seu prejuízo, reforça-se a realização de esforços razoáveis, tornando as medidas adotadas para mitigar o dano decorrência necessária no próprio inadimplemento.

A positivação da evitabilidade tem, portanto, o condão de alinhar os interesses do devedor e do credor, servindo de estímulo para que cooperem na busca da melhor solução para a resolução de uma obrigação que, por alguma razão,

¹⁶⁹Embora a doutrina jurídica brasileira não trate do tema, a norma contida no artigo 771 do Código Civil, relacionado aos contratos de seguro, prevê de forma incisiva o principal fundamento da teoria da mitigação de danos. O referido diploma, que tem como objetivo impedir a inércia do prejudicado face aos danos que lhe acometem, demonstra que o nosso ordenamento não desconhece a existência da figura da mitigação: “Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências necessárias para minorar-lhe as consequências”. Não obstante, não existe em nosso ordenamento dispositivo que trate tal regra com caráter de generalidade.

não deu certo. E esse alinhamento de interesses, quando bem definido, naturalmente reduz os riscos de atitudes oportunísticas e negligentes.

5 DELIBERAÇÃO ACERCA DA LIMITAÇÃO DA EVITABILIDADE. RAZOABILIDADE DAS MEDIDAS MITIGADORAS

Em se tratando da aplicação da doutrina dos danos evitáveis, uma das questões mais polêmicas refere-se à razoabilidade das medidas mitigadoras. Apenas a possibilidade, mediante a análise da hipótese concreta, da adoção de medidas mitigadoras tidas por razoáveis, possui o condão de limitar o valor da indenização. Trata-se de uma questão de fato e não de lei, que deverá ser analisada caso a caso.

As medidas que são esperadas do credor inadimplido visando diminuir suas próprias perdas estão relacionadas às circunstâncias do caso e a questão possui grande subjetividade.

Tendo em vista a ausência de uma definição nacional do que seria considerado razoável (*reasonableness*), essa avaliação dependerá de um exame fático. Ou seja, de forma geral, a razoabilidade deve ser interpretada segundo o que pessoas de boa-fé e em situação similar a das partes julgam como sendo razoável.

Assim, se de um lado é possível relacionar uma série de providências que correm a cargo do credor, de outro, pode-se adotar um padrão de conduta como referência, para que seja possível verificar se foi observada a diligência exigida para uma determinada situação. Esta última foi a alternativa adotada por todos os ordenamentos consultados: exige-se que o credor atue de forma sensata, se paute pela *reasonableness*.¹⁷⁰

Judith Martins-Costa aponta que o princípio da razoabilidade remete a um *standard* jurídico¹⁷¹ abstrato. O tipo abstrato usado na situação é o homem normal, da noção romana de “bom pai de família”, que vive entre nós e age sempre de modo uniforme. Despreza-se as condutas ótimas dos sujeitos.

Assim, apesar de o preceito impor ao credor inadimplido que aja visando diminuir ou evitar os danos que o descumprimento contratual ou a conduta da outra parte causaria para si, não se exige da parte esforços excepcionais, até mesmo

¹⁷⁰Os ordenamentos examinados recorrem a um conceito jurídico indeterminado – a razoabilidade –, que requer a atenta consideração das circunstâncias.

¹⁷¹“Standards constituem arquétipos exemplares da experiência social concreta que são chamados a atuar juridicamente, ou através de princípios ou através de cláusulas gerais, proporcionando ao intérprete um critério de aplicabilidade do conjunto normativo” (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado, n. 139, p. 7, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 20 maio 2015).

porque esta já é vítima da situação. Seria juridicamente desproporcional exigir a tomada de atitudes ou a despesa de somas exageradas.

Acerca do conceito de razoabilidade, a mesma Corte de Apelação que julgou o caso *Green v. Smith* – citado como exemplo de aplicação do dever de mitigar na jurisprudência americana (v. seção 2.1) – e considerou que o credor poderia ter evitado o agravamento de seu prejuízo através de gastos que perfazem o montante de \$600, assinalou que não era razoável exigir o desembolso de menor quantia em outra hipótese.

No caso conhecido como *Valencia v. Shell Oil. Co.*, na Corte de Apelação da Califórnia, Estados Unidos, o autor da ação indenizatória era um caminhoneiro que transportava gasolina e que, em decorrência de um acidente, se viu impedido de trabalhar pelo período de dezessete meses. Na fase probatória, restou demonstrado que o reparo do caminhão custaria \$220, no entanto, as condições econômicas do autor da ação impediram a realização do reparo, o que foi considerado razoável pela Corte:

In the Valencia case, a gasoline distributing truck was damaged and repaired within one month for 222.30 dollars. The plaintiff then sought to have the defendant pay the repair Bill. The parties started to negotiate a settlement, but a dispute developed, and the defendant notified the plaintiff that it would not pay the repairs. Following this refusal, the plaintiff took no steps to recover his truck from the repairman. Fourteen months passed before payment was made and the truck returned to plaintiff. Suit was then brought for damages resulting from loss of use. Despite defendant's plea that plaintiff had failed to mitigate damages by not recovering the truck when settlement attempts had failed, the Trial court awarded damages of 4,416.67 dollars. This judgment was based on a finding that profits had been lost at the rate of 250 dollars per month. On appeal, the California Supreme Court noted that while there was a duty to mitigate damages, the plaintiff would not have breached this duty if the reason for the delay was financial inability to take necessary action. There being no express finding the plaintiff could have paid the 222.30 dollars repair Bill, the 4,416.67 dollars award was upheld.¹⁷²

No caso, em que pese ao valor a ser despendido para a mitigação dos prejuízos ser, à primeira vista, considerado baixo, as circunstâncias do caso concreto levaram ao entendimento de que não se poderia imputar ao autor da ação

¹⁷²EDWIN H. JR, Vail. **Damages for loss of the use when Chattel is destroyed.** Southern California Law Review, Los Angeles, California: School of Law of University of Southern California, 1949-1950.

o ônus da mitigação sob pena de agravar a sua condição financeira. Na hipótese, o direito à indenização foi resguardado.

Dessa forma, para saber se a parte cumpriu com o seu dever de mitigação, será necessário analisar se ela tomou as medidas razoáveis que estavam disponíveis nas circunstâncias. Não se pode exigir que o prejudicado arrisque demasiadamente o seu dinheiro, proceda a uma cirurgia arriscada, prejudique a sua reputação comercial ou qualquer outra medida extrema objetivando a eliminação ou mitigação do dano.

O *Restatement of Contracts – Second*, em seu artigo, §350, dispõe, não são ressarcíveis os danos pelas perdas que a parte prejudicada poderia ter evitado sem risco, ônus ou desonra.¹⁷³

§ 350. A evitabilidade como uma limitação à indenização:

(1) Exceto pelo disposto na subseção (2), danos não serão considerados reparáveis quando a perda pudesse ter sido evitada pela parte prejudicada sem risco, ônus ou humilhação indevidos;

(2) A parte prejudicada não estará impedida de recuperar seus danos pela regra disposta na subseção (1) se ela tiver empreendido esforços razoáveis, mas malsucedidos, de evitar a perda (*tradução nossa*).¹⁷⁴

O artigo 1:302 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (Principles of European Contract Law – PECL) preveem o conceito de razoabilidade:

Art 1:302 PECL: Sob esses princípios de razoabilidade deve ser entendido como o que as pessoas agindo de boa-fé e na mesma situação das partes considerariam ser razoável. Em particular, ao avaliar o que é razoável, devem ser levadas em consideração a natureza e o propósito do contrato, circunstâncias do caso, e os usos e práticas do comércio ou das profissões envolvidas (*tradução nossa*).¹⁷⁵

¹⁷³Desse modo, o risco foi encarado como uma medida perigosa e o ônus e a desonra como medidas onerosas.

¹⁷⁴“§ 350. *Avoiability as a limitation on damages*

(1) *Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation;*

(2) *The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss”.*

¹⁷⁵Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account.

Seguindo a orientação de um dos mais tradicionais doutrinadores brasileiros, não se pode pretender que o dono de uma casa arrisque a vida para salvá-la, mas dele se pode exigir, ao menos, que telefone para os bombeiros.¹⁷⁶

Se não havia nenhuma medida razoável que o credor pudesse ter tomado, e este nada fez, também não violou o dever de mitigar. Nenhuma medida excepcional pode ser requerida, o que nos leva à conclusão que, caso venha a ser tomada, gerando elevados gastos, estes não serão reembolsáveis.

Da mesma forma, se a parte proceder de forma razoável, ainda que não alcance seu intento de efetivamente não agravar, reduzir ou eliminar o dano, terá o direito de receber integralmente a sua indenização.

José Carlos Brandão Proença sugere que, em complemento à abstrata noção de razoabilidade, a mitigação de danos deve ser encarada a partir da perspectiva de uma ponderação de interesses tidos como recíprocos.¹⁷⁷

Assim, a natureza da lesão (pessoal ou patrimonial), a probabilidade de êxito diante da adoção de uma medida mitigadora, o custo da mitigação diante do benefício gerado, assim como fatores subjetivos relacionados à idade e ao nível intelectual da vítima deveriam ser levados em consideração na problemática do agravamento do dano. Assinala o autor que:

Para lá do extremo da omissão intencional ou “especulativa” (abusiva) e dos casos em que o aumento do dano é resultante de uma decisão caprichosa ou pouco razoável, há um círculo amplo de situações, a concretizar, em que a inércia do lesado é “desculpável” ou justificada, por ter sido decidida com base em circunstâncias objectivas e subjectivas relevantes.¹⁷⁸

Partindo dessa noção, de início, a melhor solução parece ser o cotejo de diferentes situações a fim de se verificar como o *standard* do comportamento esperado irá influenciar na minimização dos prejuízos.

Tem-se, assim, que a questão referente à determinação do que seria uma medida razoável depende de compreensões implícitas, concedendo uma margem de discricionariedade condicionada pelas circunstâncias do caso concreto.

¹⁷⁶PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 198.

¹⁷⁷PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação para o dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 668.

¹⁷⁸Ibid., p. 669.

Assim como ocorre no *common law*, com o exame de julgados poderiam surgir regras aptas a determinar ao menos o que o prejudicado não está vinculado a fazer.¹⁷⁹ Embora seja inegável a abstração do conceito de razoabilidade, sugere-se que as medidas razoáveis serão aquelas em consonância com os fundamentos basilares da própria regra de mitigação dos danos: a eficiência econômica e a boa-fé.

¹⁷⁹A estratégia mais adequada a fim de conferir concretude ao conceito nos parece ser a construção de grupos de casos, que levaria à fixação de critérios que tornariam a aplicação da regra cada vez mais segura.

6 A MITIGAÇÃO SOB UMA ÓTICA PRAGMÁTICA

A regra da mitigação possui objetivos nobres de racionalização, de tornar as trocas da sociedade mais eficientes, evitando-se o desperdício de recursos econômico e socialmente relevantes. O dever de cooperação implica na ideia de assistência mútua entre as partes de uma relação jurídica, seja ela contratual ou extracontratual, para realizar um alvo comum.

O objetivo deste capítulo consiste em verificar o impacto da norma da mitigação sobre o comportamento das partes envolvidas em uma relação obrigacional e se os incentivos e desestímulos causados pela aceitação da regra pelo ordenamento jurídico brasileiro implicaria no emprego de menos recursos econômicos para se atingir resultados tidos por semelhantes.

A análise que se propõe a seguir tem, portanto, o escopo de avaliar se o sacrifício imposto pela regra da mitigação seria compensado através da preservação de valores sociais significativos.

Ao incentivar condutas que prezem pela cooperação e eficiência, entendemos que o Direito Civil acaba por incrementar o nível de recursos disponíveis na sociedade. E uma melhor alocação de recursos configura, por vias transversas, uma medida de justiça que se contrapõe ao desperdício e à escassez.

Toma-se, a partir de agora, como premissa, o fato de a doutrina da mitigação de danos possuir relevante finalidade: evitar o desperdício de recursos que possuem valor social. Se o credor de uma obrigação permite o acúmulo dos seus próprios prejuízos, na ausência da regra da mitigação, ele será reembolsado. Aquele recurso, no entanto, não será reintegrado na sociedade, ou seja, a indenização paga pelo devedor apenas altera a alocação do valor (do devedor para o credor), sem que o mesmo seja reintegrado na sociedade. Não obstante, se o credor pode evitar a perda de R\$ 1.000,00 (mil reais), utilizando apenas R\$ 50,00 (cinquenta reais), há uma redução do custo total da operação, uma racionalização em prol da maximização da riqueza social¹⁸⁰.

Richard A. Posner assinala que o monopólio bilateral (credor e devedor) também se apresenta como um problema social:

¹⁸⁰A ideia se assemelha à concepção do risco moral existente nos contratos de seguro, onde há “[...] a tendência de um segurado em relaxar seus esforços para evitar a ocorrência do risco com relação ao qual está segurado, porque transferiu esse risco a uma companhia seguradora” (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003).

Os custos de transação incorridos por cada uma das partes no esforço de absorver o máximo de lucro possível na operação constituem um desperdício de um valor social. Eles alteram a riqueza relativa das partes, mas não aumentam a riqueza agregada da sociedade.¹⁸¹

Assim, enquanto os indivíduos envolvidos em uma relação jurídica realizam escolhas racionais, tomando decisões a partir de seus interesses e dos incentivos que encontram¹⁸², não se pode olvidar que a sociedade clama por métodos jurídicos que tenham por objetivo tornar, efetivamente, a alocação de recursos mais eficiente.

Quanto mais segurança os indivíduos detêm, mais relações são estabelecidas. Aumenta-se a maximização de interesses, o acúmulo de riquezas, bem-estar e, assim, a dinamicidade da economia do país.

Tem-se, pois, caracterizada a dinâmica obrigacional, não somente o afastamento da polarização entre credor e devedor: a regra da mitigação dos prejuízos pode ser também compreendida como um incentivo positivo em favor da economia do país.

Defende-se, assim, que a adoção da norma da mitigação pelo nosso ordenamento traria como consequência a indução de condutas mais eficiente, impedindo perdas desnecessárias de recursos. A regra da mitigação não aproveita, assim, somente o devedor, mas toda a sociedade.

6.1 A INEFICIENTE SEGREGAÇÃO DO DIREITO

O Direito apresenta muitas disfunções que, em grande parte, têm como causa o excessivo isolamento a que foi impelido. Por muito tempo propagou-se a crença de que a dogmática jurídica deveria “[...] garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.¹⁸³

Inquestionável, no entanto, o fato de as relações sociais resultarem de uma interação inafastável entre diversos ramos que se influenciam e interpenetram mutuamente. São espécies de subconjuntos sociais (política, economia, religião,

¹⁸¹POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Aspen, 2003. p. 61.

¹⁸²Eduardo Pimenta assinala que “[...] a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses” (PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova Lei de Falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 29).

¹⁸³KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 1.

ciência, moral etc.) que fazem com que o procedimento de simplificação das teorias puras caia em descrédito.

Trata-se do caminho natural do desenvolvimento humano que, ao longo dos tempos, trouxe consigo uma série de fatores que tiveram implicação direta na forma tradicional de se pensar a ciência do Direito.

Na acepção pós-moderna do termo, o Direito apresenta-se como uma ciência, como um conhecimento que se sabe precário, provisório e passível de sofrer transformações.

E como medida de justiça, é inquestionável que o Direito deve buscar parâmetros de decisões alinhados com os anseios da maioria ou, se possível, totalidade do grupo social, utilizando, para tanto, a técnica mais racional disponível. A distribuição e alocação eficientes dos recursos configuram medidas de justiça que se contrapõem ao desperdício e à escassez.

Tendo em vista a discussão já traçada neste trabalho e a fim de respaldar o viés econômico da análise realizada neste capítulo, a regra da mitigação pode ser encarada como um remédio que dá efetividade à cooperação.

A minimização conjunta de custos funciona, pois o *duty to mitigate* concede ao requerente grandes incentivos na adição de medidas razoáveis para minimizar o seu prejuízo, porquanto o fracasso em fazê-lo acarreta na negativa de compensação daqueles prejuízos evitáveis, mas não evitados e, por isso, excessivos.

O conhecimento do Direito tendo como objeto o estudo das regras de forma isolada dos demais fenômenos sociais e dissociado das condições da produção econômica e das relações político-sociais fornece apenas uma visão parcial do fenômeno jurídico. Ao se incorporar outras dimensões na análise jurídica, ao recontextualizar o Direito Privado, o sistema alcançará uma maior capacidade para assegurar as relações obrigacionais.

Segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social, diante do intercâmbio existente entre os interesses envolvidos nas relações sociais, a solução dos conflitos deve ser perquirida otimizando o interesse das partes tendo-se em conta que a ação dos agentes reverbera na sociedade como um todo. Parte-se do princípio, assim, que há reciprocidade entre os direitos dos sujeitos presentes na relação.

A doutrina *Law and Economics* defende, como premissas principais, (i) a prevalência, como método, do individualismo metodológico segundo a racionalidade maximizadora economicista na aplicação do Direito; (ii) a necessidade de as leis

jurídicas guardarem mínima harmonia com as leis econômicas; e (iii) o fato de o paradigma jurídico servir para agilização e fluidez das relações de produção, otimização dos lucros e utilização da riqueza individual e social.

De fato, o *status* de membro da sociedade atribuído ao indivíduo se define pela sua qualificação como pessoa de direito, pelo reconhecimento do ser social dentro da cisão liberal. E dentro da ótica econômico-pragmática, a justiça deve ser alcançada em função do bem-estar de toda a sociedade. O Estado surge, então, como reorganizador das relações econômico-sociais por meio do Direito.

Defende-se, assim, a incorporação da regra da mitigação com fundamento na maximização do bem-estar, eficiência e respeito pelos direitos dos indivíduos.

O escopo do trabalho dispensa a análise de dados ou métodos comprovados, no entanto, a argumentação jurídico-econômica que se propõe aqui requer uma confiança nas presunções de mercado, que evidenciam o fato de que a inserção da norma no ordenamento jurídico brasileiro alinha os interesses do devedor, do credor e de toda a sociedade.

Não mitigar passa, assim, a ser a pior conduta não somente para o credor, mas do ponto de vista social de preservação de riquezas. Mitigar o prejuízo é, portanto, a conduta que interessa à sociedade.

6.2 A APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DO CUSTO DE INADIMPLEMENTO: EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Os preceitos econômicos constituem um elemento indissociável do processo de criação e interpretação das normas jurídicas e se mostram sobremaneira relevantes diante da escassez de recursos da sociedade. Mais do que uma influência mútua, o Direito e a Economia têm uma relação de continência.

O conceito de eficiência econômica está intimamente relacionado com a maximização do bem-estar social e é um importante instrumento de consecução da justiça.¹⁸⁴ Considerando o modelo capitalista na evolução dos Sistemas Econômicos, o Direito racional, isto é, Direito calculável se fez e se faz necessário.¹⁸⁵

¹⁸⁴A fim de ilustrar a questão, na lição de Castelar Pinheiro, inserida na obra organizada por Luciano Timm (2005), é possível estimar que “[...] por conta do mau funcionamento do Judiciário, o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse um ‘Judiciário de Primeiro Mundo’.” (TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005).

A análise econômica do Direito é capaz de fornecer relevante contribuição no sentido de minimizar a soma dos danos com os custos utilizados para evitá-los. Despontam teorias como a *Economic Analysis of Law*, cujo objetivo consiste na reestruturação da compreensão do fenômeno jurídico considerando uma maior interação com o setor econômico.

Trata-se da tentativa de desenvolvimento de um modelo econômico inserido no tecido social. A análise econômica do Direito configura um caminho para determinar a medida ótima de cuidado a ser assumida tanto pelo devedor como pelo credor no domínio da responsabilidade civil.

As relações privadas pertencem a um contexto amplo de direitos e limitações e não podem mais ser estabelecidas sobre o olhar exclusivo acerca das partes envolvidas. Em uma dimensão coletiva da ideia de indivíduo, a tutela de direitos não é mais orientada sobre o prisma individual da pessoa, mas aos interesses individuais sociais.¹⁸⁶

A ideia de justiça exige a distribuição equilibrada das tarefas sociais, exigindo que cada indivíduo suporte as consequências adversas de seu comportamento.

José de Aguiar Dias assinala que,

O prejuízo imposto ao titular afeta o equilíbrio social [...]. Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade, que ele é cada vez mais considerado em função da coletividade [...].¹⁸⁷

A proximidade entre o Direito e a Economia se torna possível frente às restrições materiais, uma vez que se almeja a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos a fim de promover a derradeira justiça sob a perspectiva econômica. Partindo dessa visão, tem-se que a propriedade sobre recursos

¹⁸⁵Nesse sentido Max Weber assinala que o Direito racional, o Direito calculável, é uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial no sistema capitalista (WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1, p. 209).

¹⁸⁶“Com a instituição social da pessoa nasce o conceito eticamente básico de responsabilidade, que é tanto a vocação de responder ante os outros, quanto ser responsável pelos outros” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20).

¹⁸⁷DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 7-8.

escassos deveria sempre ser alocada de acordo com a solução ótima preconizada, estruturando-se de forma a minimizar os custos de transação.

Um bom exemplo da utilização de conceitos econômicos no âmbito do Direito Civil se dá através do custo de oportunidade, ligado à teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance: quando há uma forte probabilidade, a perda de uma oportunidade representa um dano que deve ser indenizado. Em uma leitura interdisciplinar, tem-se que a avaliação dos custos de oportunidade é uma medida fundamental dentro da ótica de mercado.

Eugênio Battesini, em sua tese de doutorado, assinala que,

[...] a opção pela adoção da regra de responsabilidade objetiva em diversos institutos reguladores da responsabilidade civil no Brasil pode ser justificada sob a perspectiva da análise econômica normativa [...]. O predomínio do social sobre o individual constitui um dos princípios fundamentais do Código Civil brasileiro de 2002. A conexão da função social do Novo Código à prevenção de acidentes pode ser realizada à luz da análise econômica normativa.¹⁸⁸

Pode-se afirmar, assim, que a regra da mitigação de danos tem, ainda, fundamentos econômicos bem desenvolvidos. Ao garantir que a indenização devida para a proteção do legítimo interesse do credor inadimplido seja a menor possível, valoriza-se a noção de eficiência e de redução do desperdício de recursos econômicos, valorizando o interesse de toda a coletividade.

Segundo os adeptos da análise econômica do Direito, somente através do estabelecimento de uma metodologia é possível controlar o nível de diligência e a fixação de critérios objetivos que viabilizem aferir o comportamento de determinado indivíduo lesado. Partindo de uma análise econômica, o Direito teria, também, a função de modular o grau de incentivos de determinadas condutas visando a maximização da riqueza. E, nesse viés, as normas podem ser utilizadas como fatores de redução dos custos.

Dessa forma, para tornar o Direito Civil mais permeável às discussões de caráter social, a regra da mitigação também serve para explicitar e sistematizar um fundamento decisório, validando e dando previsibilidade e segurança aos julgados.

¹⁸⁸BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.

O desencorajamento da inércia do credor, incentivando-o a tomar atitudes razoáveis para a mitigação de seu prejuízo está diretamente atrelado à proteção dos recursos da sociedade e à busca da prosperidade.

Segundo Antonio Menezes Cordeiro,

[...] o lesado irá procurar o melhor (mais vantajoso) equilíbrio entre o custo das medidas que ele possa tomar para prevenir o dano e as vantagens que, tudo visto, lhe advenham de uma hipotética indenização [...] estas considerações são importantes e devem ser tidas em conta na aplicação do Direito e, sobretudo, no aprontamento das normas jurídicas, por parte do legislador.¹⁸⁹

Trata-se de uma reflexão maximizada, que pondera danos atuais e potenciais no sentido de minimizar a soma dos danos com os custos para evitá-los.

Assim, a regra de mitigação dos danos justifica-se também sob a ótica de redução de desperdícios, já que garante que a parte inadimplente pague o menor montante possível para proteger o legítimo interesse da parte inocente.

Destaca-se, ainda, o fato da regra da mitigação fazer recair, na maioria dos casos, a responsabilidade de uma conduta proativa sob a parte que possui melhor condições de agir. Em outras palavras, normalmente o credor é aquele que, com menos custo, pode evitar a perda de um recurso econômico socialmente relevante.

Diante de um contexto social umbilicalmente ligado à exigência da plena utilização das capacidades, recursos, da valorização da movimentação econômica e etc., a análise econômica da responsabilidade civil constitui relevante instrumento na contribuição da ciência do Direito.

Ao garantir que a extensão do dano seja a menor possível – e, conseqüentemente, que o valor devido a título de indenização seja reduzido ao máximo – tem-se, sob a ótica econômica do Direito, razão suficiente para que a regra da mitigação de danos seja consagrada.

Não há mais espaço, na sociedade atual, para o isolacionismo, para o poder ineficiente e descomprometido com os demais componentes da sociedade. Na mesma medida que não se justifica a ganância daqueles que desconsideram os demais indivíduos pertencentes à comunidade, a inércia que aumenta o fardo do próximo também não deve ser tolerada. Muito menos se justifica a destruição da riqueza social.

¹⁸⁹CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 347.

Nesse aspecto, a teoria dos danos evitáveis reflete o amadurecimento do indivíduo que, na atribulação da vida moderna, apresenta comportamentos que não alcançam níveis de excelência do homem integral, do ser consciente, lúcido e cauteloso. Condena-se o desperdício em função da escassez dos recursos da natureza, não renováveis.

Propõe-se, então, como viável a inserção do dever do credor em mitigar o próprio prejuízo enquanto norma orientadora que disciplina o usar da riqueza social, individualmente apropriada. Recorda-se, através da referida norma, que o homem, sendo mais que seus desejos materiais, é um ser social.

Importante salientar, no entanto, que, se por um lado o viés econômico não pode ser descartado, tampouco pode ser colocado acima de valores mais caros ao Direito. A busca por uma solução economicamente eficiente não pode autorizar injustiças ou ilegalidades. Há valores que devem ser preservados, ainda que não se mostrem eficientes. Não se pode, no entanto, negar a influência da análise econômica do Direito na interpretação de variadas hipóteses no campo da responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho, chegamos às seguintes conclusões:

1. O ordenamento jurídico brasileiro impõe a adoção de condutas no sentido de minimizar os prejuízos decorrentes do descumprimento de obrigações, o fazendo, atualmente, a partir da sua cláusula geral da boa-fé objetiva. A figura, oriunda da *common law*, já tem sido invocada para solucionar conflitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, embora muitas vezes sem os filtros necessários.
2. Defende-se a aplicabilidade da regra da mitigação na responsabilidade contratual e extracontratual mediante o estabelecimento do nexo causal entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo lesado, momento a partir do qual se pode exigir o emprego de medidas razoáveis para a mitigação dos prejuízos.
3. A incorporação da regra no Direito Civil brasileiro objetiva dar concretude aos seus limites e efeitos, inibindo comportamentos contrários à lealdade, confiança e cooperação que deve existir no âmbito das relações jurídicas obrigacionais.
4. Em um contexto de existência de direitos recíprocos deve haver observância efetiva do princípio da cooperação por ambas as partes que, ainda que com interesses divergentes, devem atuar sempre na perspectiva da eticidade. À luz da boa-fé objetiva, avulta-se a importância da regra da mitigação com o propósito de coibir abusos.
5. O contexto da discussão também foi analisado sob a perspectiva de alocação de custos comuns pela parte que melhor puder fazê-lo, já que a evitabilidade tem por finalidade precípua a maximização de benefícios mútuos.
6. A reflexão maximizada acerca da regra da mitigação pondera danos atuais e potenciais no sentido de minimizar a sua soma com os custos utilizados para evitá-los. A regra justifica-se, assim, também sob uma ótica de redução de

desperdícios, já que garante que a parte inadimplente irá arcar com o menor custo possível para proteger o legítimo interesse da parte inocente.

7. A norma da mitigação determina, assim, que, (i) não serão indenizáveis os danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido reduzidos ou mesmo evitados utilizando-se esforços razoáveis da parte; (ii) a indenização devida à parte inadimplida será reduzida no montante dos ganhos por ela obtidos que não seriam auferidos se não fosse o inadimplemento; (iii) a parte inadimplida deverá ser indenizada pelas despesas razoáveis realizadas ao tentar reduzir ou evitar os danos decorrentes do inadimplemento da outra parte.
8. O trabalho transmite uma ideia de reserva de direitos, restrição esta que se volta para a expectativa do solidarismo nas relações privadas. A restrição das liberdades individuais foi um óbice para que o Código Civil francês reconhecesse a teoria da evitabilidade, ficando o tema prejudicado naquele país. Em que pese à resistência do Direito francês, que pode ser igualmente encontrada por doutrinadores brasileiros, o instituto da mitigação encontra ampla aceitação nos direitos filiados à tradição romanística e também encontra terreno fértil no Direito inglês, norte-americano e no âmbito do cenário internacional.
9. A existência de dispositivos expressos acerca da boa-fé e do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro não se mostra suficiente. A tarefa de se exigir um comportamento específico da vítima deve ficar sob os cuidados do legislador.
10. A norma da mitigação não se revela como um dever jurídico, mas como um ônus, realizado em prol do interesse pessoal e de toda a sociedade. Ao se identificar a natureza da mitigação como ônus, afirma-se a exigência de um comportamento socialmente esperado, consistente na expectativa de o credor agir de modo cooperativo, empregando esforços razoáveis para minimizar ou evitar danos.
11. Sugere-se atribuir a razoabilidade como elemento para investigar se a vítima valeu-se de medidas adequadas para limitar a propagação da extensão do dano. A razoabilidade das medidas mitigadoras consiste no processo de verificação,

caso a caso, a fim de auferir as reais chances de se minimizar ou evitar um prejuízo, sem que para isto seja realizado um esforço extraordinário.

12. A recepção do ônus de mitigar deve se dar com ressalvas. Encontra-se em nosso ordenamento limites e pressupostos bem definidos, tais como as regras da prescrição e a existência de cláusulas penais previamente estipuladas pelas partes.
13. O dever de mitigar deve ser interpretado para garantir não apenas o dever do credor, mas o dever de ambas as partes em um reajuste cooperativo. Do mesmo modo, embora seja comum associar o estudo do dever de mitigação dos prejuízos ao campo contratual, não existe óbice para a sua aplicabilidade na responsabilidade extracontratual.
14. O reconhecimento da norma da mitigação, não somente alinha os interesses do credor e devedor, como gera estímulos para que estes melhorem o nível de eficiência econômica de toda a comunidade através de condutas colaborativas. Evita-se, portanto, o desperdício de recursos socialmente relevantes, promovendo a cooperação das partes litigantes.
15. O caráter econômico desenvolvido no trabalho buscou avaliar os conflitos de interesses tendo como foco a sociedade. A garantia de que será pago o menor montante possível para atender o mesmo legítimo interesse da parte inocente, limitando a extensão do dano e reduzindo o valor indenizatório se mostrou como uma justificativa suficiente para que a regra da mitigação seja consagrada no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- _____. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista de Direito Renocar**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 19-36, set./dez. 1999.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile**: parte generale. Torino, Itália: UTET Giuridica, 2010.
- BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.
- BIANCA, C. M.; BONELL, M. J. **Commentary on the International Sales Law**: the 1980 Vienna Sales Convention. Milan: Giuffrè, 1987.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- BRIDGE, M. Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss. **Law Quarterly Review**, v. 398, n. 423, p. 389, 1989.
- CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3.
- _____. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.
- COSTA, Mario Julio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 2005.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 93-97, abr./jun. 2011.
- _____. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. II.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011. v. 1.

_____. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. **Fredie Didier Jr.**, Salvador (BA), [20--]. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-da-proibicao-do-venire-contra-factum-proprium-no-processo-civil/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. Cláusulas gerais processuais. **Fredie Didier Jr.**, Salvador (BA), [20--]. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

EDWIN H. JR, Vail. **Damages for loss of the use when Chattel is destroyed**. Southern California Law Review, Los Angeles, California: School of Law of University of Southern California, 1949-1950.

FARNSWORTH, Allan. **Farnsworth on contracts**. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004. v. 3.

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

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

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**, v. 69, n. 6, p. 967-1024, 1983.

GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé**: perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 181, 1982.

HOFFMANN, Eduardo; CAMBI, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 201, a. 36, p. 78, nov. 2011.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. München (Germany): Sellier European Law Publishers, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KERR, A. J. Mitigation of loss: problems concerning the onus of proof. **South African Law Journal**, v. 98, p. 306-307, 1981.

LAITHIER, Yves-Marie. **Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat**. Paris: L.G.D.J., 2004.

LEAL, Antonio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__c_ontratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 3 ago. 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado: introdução**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado, n. 139, p. 7, 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em: 20 maio 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona. (Coord.). **Livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente** – o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 319-374.

MORAES, Maria Celina Bodin. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 233-258.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Perfis de direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova Lei de Falências**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 6. ed. New York: Aspen, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Tradução de Adrian Soteri de Witt Batista; Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

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

REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Professor Miguel Reale**, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

_____. Visão geral do projeto de código civil. **Professor Miguel Reale**, [20--]. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; SALAMA, Bruno M. (Orgs.). **Para que serve o direito contratual?: direito, sociedade e economia**. São Paulo: FGV Direito, 2014. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/para-que-serve-o-direito-contratual.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2016.

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. São Paulo: Renovar, 2012.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. São Paulo: GEN/Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. **Flavio Tartuce**, São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/4>>. Acesso em: 5 jul. 2015

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 368, jun. 2008. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3).formatado.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. I, II.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Curso avançado do processo civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. **Advocates' Quartely**, v. 13, n. 3, jan. 1992.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. **Rutgers Law Review**, Newark, v. 24, p. 273-292, 1970.

DIAS, Daniel Pires Novais. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 171, p. 35-48, 2009.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade civil pós-contratual**: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria contratual contemporânea**: função social do contrato e boa-fé. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Método, 2005.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os danos à pessoa no direito brasileiro e a sua reparação**. A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MCGREGOR, Harvey. **The role of mitigation in the assessment of damages**. Contract damages: domestic and internacional perspectives. Oxford: Djakhongir Saivod and Ralph Cunningham, 2008.

MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. **Revue Générale de Droit**, Ottawa, v. 15, p. 293-340, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Barueri (SP): Manole, 2004. v.1. (Cadernos de Direito Privado).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. II.

VILLELA, João Baptista. Em busca dos valores transculturais do direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p. 29-45, jan./jun. 2004.