

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

JÉSSICA CAMILA MONTAGNER

MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS NO DIREITO CONTRATUAL

SÃO PAULO

2017

JÉSSICA CAMILA MONTAGNER

MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS NO DIREITO CONTRATUAL

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Contratual, a orientação da Prof^a. Dr^a. Terezinha de Oliveira Domingos.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

Aos meus pais, pelas grandiosas
oportunidades que me proporcionam.

AGRADECIMENTOS

A ânsia pela descoberta foi minha motivação para a especialização. Alguns dias pareciam tortuosos apenas de pensar que às sextas e aos sábados eu teria aula. Contudo, sou grata por ter vencido o comodismo e extrair, da forma como pude, proveito dos ensinamentos das professoras, dos palestrantes e dos calorosos debates com meus colegas. Sinto-me feliz por alcançar mais uma etapa desafiadora em minha vida que me despertou o desejo de continuar aprimorando meu conhecimento.

Contudo, não posso deixar de agradecer àqueles que estiveram presente em minha caminhada neste curso.

À minha família, pelo incentivo e apoio de sempre aos meus estudos, meu eterno obrigada. Em especial à minha irmã, Suelen Montagner, meu exemplo de dedicação à vida acadêmica.

Aos estudiosos que tive a honra de conhecer ao longo dos últimos dois anos, pelo exemplo de amor ao questionamento e a busca pela resposta.

Às professoras Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim e Terezinha de Oliveira Domingos, sempre muito solícitas no decorrer do curso, compartilhando o seu conhecimento.

À minha querida orientadora, Professora Terezinha, pela oportunidade à realização desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da doutrina dos danos evitáveis, ou *duty to mitigate the loss*, demonstrando-se que muito embora o ordenamento brasileiro não o tenha previsto expressamente, o direito impõe uma conduta de se mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, seja pelo devedor seja pelo credor. Para tanto, é apresentada uma breve análise do tema à luz dos direitos dos países de *common law*, bem como de alguns países de tradição romano-germânica. Posteriormente, será estudada a aplicação da norma no ordenamento brasileiro, com o intuito de afastar a ideia clássica de que o inadimplemento da obrigação contratual implica na indenização por perdas e danos. O enfoque individual-patrimonialista pode ser substituído pela inserção do ônus da mitigação enquanto norma orientadora que disciplina o usar da riqueza social. Ou seja, com base na cláusula geral de boa-fé objetiva e a vedação ao abuso do direito, conclui-se que aquele que foi afetado pelo inadimplemento da obrigação da outra parte pode tomar medidas razoáveis para evitar dano maior. Portanto, para que seja aplicada a regra da mitigação, necessária a cooperação entre os indivíduos, evitando-se o desperdício de recursos econômico e socialmente relevantes. O direito brasileiro tem estimulado a *evitabilidade* nas decisões judiciais, contudo, a positivação do instituto traria maior segurança jurídica às partes e aos julgadores. Ademais, a obrigação contratual estabelecida, em muitos casos, seria satisfeita, ainda que por terceiro, diminuindo-se o impacto dos efeitos do inadimplemento entre as partes.

PALAVRAS-CHAVE: Mitigação. Ônus. Boa-fé. Inadimplemento.

ABSTRACT

The present work is devoted to the study of the doctrine of avoidable damage, or duty to mitigate the loss, demonstrating that although the Brazilian law has not expressly provided, the law imposes a conduct to mitigate any damage caused as a result of respondent, either by the debtor or by the creditor. To do this, it is presented a brief analysis of the issue in the light of the rights of countries of common law, as well as in some countries of the Roman tradition-Germanic. Subsequently, will be studied the application of the standard in law in Brazil, with the intention of turning the idea of the performance of the contractual obligation implies the compensation for losses and damages. The individual approach-patrimonial can be replaced by the insertion of the burden of mitigation while the guideline that disciplines the use of social wealth. In other words, based on the general clause of Objective good-faith and seal the abuse of law, it follows that he who was affected by the breach of the obligation of the other party may take reasonable measures to prevent greater damage. Therefore, to apply the rule of mitigation, requires the co-operation between individuals, avoiding the waste of resources economical and socially relevant. Therefore, to apply the rule of mitigation, requires the co-operation between individuals, avoiding the waste of resources economical and socially relevant. The Brazilian law has stimulated the preventability in decisions judicial, however, the reversal of the institute would bring greater certainty to the parties and to the judges. In addition, the contractual obligation is established, in many cases, it would be satisfied, even if by a third, reducing the impact of the effects of the breach between the parties.

Keywords: Mitigation. Encumbrances. Good faith. Non-performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1.1. Natureza jurídica	10
1.2. A aplicação jurídica na responsabilidade extracontratual	11
1.3. A responsabilidade pela adoção da regra da mitigação	13
1.4. O ônus da prova	14
1.5. Cláusula penal e a regra da mitigação	14
1.6. Prescrição	15
II – MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO NO DIREITO EQUIPARADO	17
2.1. A norma nos países de <i>common law</i>	17
2.2. A norma nos países de tradição romano-germânico	18
2.2.1. A mitigação no direito alemão	19
2.2.2. A mitigação no direito italiano	19
2.2.3. A mitigação no direito francês	20
2.3. A teoria da <i>avoiability</i> na convenção das nações unidas sobre compra e venda	21
III – OS FUNDAMENTOS PARA A INSERÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	24
3.1. ANÁLISE ECONÔMICA DA REGRA DE MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO	25
3.1.1. A mitigação dos danos como redução do custo do inadimplemento contratual	26
3.2. A proibição do venire contra factum proprium e o abuso do direito	28
3.3. O princípio da boa-fé e as cláusulas gerais	30
IV– A APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	33
4.1. Aceitação da regra	33
4.2. A razoabilidade das medidas mitigadoras	36
4.3. Outras figuras existentes no ordenamento jurídico brasileiro	38
4.3.1. A reparação integral do dano e a regra da mitigação	38
4.3.2. O ônus de mitigação diante da concorrência de responsabilidade da vítima	40
V – CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	45_Toc493511235

INTRODUÇÃO

A mitigação dos prejuízos, ou *duty to mitigate the loss*, teve origem nos sistemas adeptos da *common law*. Por meio dele, o credor adquiriu a obrigação de atuar ativamente com o objetivo de mitigar os prejuízos, posteriormente reparados pelo devedor, reduzindo a extensão do dano.

A finalidade da regra no sistema da *common law*, assim como será visto em capítulo próprio, consiste em evitar os desperdícios econômicos mediante um esforço razoável do credor.

No cenário jurídico brasileiro, o instituto é recepcionado com ênfase e formas variadas, ausente de qualquer dispositivo legal. Desse modo, o presente trabalho analisa a possibilidade da aplicação da regra, observadas a boa-fé e a liberdade de agir no âmbito da responsabilidade civil. Além da necessidade da posituação da regra, oferecendo garantia jurídica às partes.

Questiona-se quais seriam as condutas razoáveis a serem tomadas a fim de amenizar as perdas que poderiam ser evitadas. O conceito da razoabilidade distancia-se de padrões estáticos. Adianta-se que não há uma medida específica a ser adotada em todos os casos, sendo necessária a confiança entre os sujeitos da relação obrigacional e análise individual do caso concreto.

Desse modo, a busca pela definição exata de qual seria a obrigação do credor em relação à mitigação só é possível mediante o estudo casuístico. O silêncio do legislador quanto à regra de mitigação revela um problema para o Direito Brasileiro. Isso, pois o conceito aos poucos tem sido discutido e até mesmo utilizado como fundamento para as decisões de nossos tribunais. Por esse motivo, a ausência de regulação expressa oferece insegurança jurídica e causa dúvidas.

O *duty to mitigate* afasta o modelo individual-patrimonialista e requer a interface com o princípio da boa-fé objetiva, viabilizando sua aplicação às várias situações que envolvam a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Sendo assim, será avaliado em que medida as cláusulas gerais e princípios adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro impõem ao credor norma de conduta no sentido de mitigar os danos decorrentes de um inadimplemento.

O primeiro capítulo dedica-se a apresentar as características do dever de mitigar, com a definição da natureza jurídica, a possibilidade de aplicação do

instituto na responsabilidade extracontratual, a adoção do instituto no âmbito contratual e conceitos a ele relacionados.

O segundo capítulo, por sua vez, tem como objetivo apresentar um panorama da regra de mitigação nos países de *common law* e de tradição romano-germânica, mais especificamente: Alemanha, Itália e França.

No capítulo III será realizada a análise econômica da norma de mitigação. A intenção é demonstrar que tal norma promove ao direito contratual mais eficiência, reduzindo custos e estimulando a cooperação entre as partes. Os fundamentos econômicos da regra da mitigação apontam a noção de eficiência e de redução de desperdício de recursos socialmente relevantes, garantindo uma indenização (devida pela parte inadimplente) menor e, possivelmente, a satisfação da obrigação. Ainda, no mesmo capítulo, serão apresentados os fundamentos para a aplicação do *duty to mitigate* no Brasil. Para tanto, alguns conceitos serão trazidos demonstrando que a minimização dos danos pode ser derivada como corolário de outras normas que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas gerais.

O capítulo IV é exclusivamente para demonstrar a aplicação da regra de mitigação, trazendo antes a evolução do instituto no Brasil.

Por fim, o capítulo V dedica-se às conclusões do presente trabalho.

I – CARACTERÍSTICAS DO DEVER DE MITIGAR. CONCEITOS E FUNDAMENTOS

1.1. Natureza jurídica

A norma da mitigação é interpretada como um dever jurídico oriundo da boa-fé e do abuso de direito. Contudo, certa conveniência permeia tal interpretação, tendo em vista que não se trata de natureza própria de um dever jurídico. No instituto em comento inexistente direito correlato titularizado pela outra parte.

A conveniência em definir como um dever está atrelada à ideia da parte inadimplente invocar a falha em mitigar os danos, como defesa, na tentativa de reduzir o valor da indenização pela qual seria responsável.¹

Como é sabido, a figura do dever está necessariamente relacionada à exigibilidade, pois ao indivíduo é necessário “observar as ordens ou comandos do ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em uma sanção.”²

À luz do dever de mitigar na *common law*, a concepção também se afasta do dever jurídico. Isso, pois, segundo Daniel Pires Novais Dias, o dever de mitigação conflita com a noção de que o indivíduo não deve ser obrigado a diminuir seu próprio patrimônio.³ Trata-se de instrumento com o objetivo de evitar a indenização fora dos padrões da razoabilidade.

O princípio da mitigação é um mecanismo que restringe a indenização, aproximando-se à figura do ônus, uma vez que o comportamento do onerado é livre, adotando-o apenas se for de seu interesse. Portanto, ao onerado não incorre a responsabilidade de manter-se inerte, ao optar pela não adoção de medidas mitigadoras, apenas perderá o direito ao ressarcimento sobre a parte não mitigada.

Cumprido ressaltar que o ônus não é imposto por lei e, sendo assim, não há sanção. João de Matos Antunes Varela assim explica:

O ônus consiste, assim, na necessidade de observância de um certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção de uma

¹ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. *Virginia Law Review*, v. 69, n. 6, 1983, p. 1011.

² GOMES, Orlando. *Direito das obrigações*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 11-12.

³ 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, jan./mar. 2011, p. 98-99.

vantagem para o próprio onerado [...]. O ônus é um meio (do próprio onerado) alcançar uma vantagem ou, pelo menos, de se evitar uma desvantagem.⁴

Portanto, o ônus de mitigar é um vínculo imposto à vontade do sujeito diante do seu próprio direito, e a consequência da não adoção será a perda do direito à indenização na proporção dos danos evitáveis. Ademais, a mitigação dos danos é inexigível pela parte inadimplente.

Sendo assim, a inobservância do ônus ocasionará a perda do direito do onerado ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado. Ou seja, a natureza da mitigação como ônus remete à ideia de uma conduta socialmente esperada pelo credor, empregando esforço razoável para minimizar ou evitar danos.

1.2. A aplicação jurídica na responsabilidade extracontratual

Embora a teoria da mitigação dos danos seja mais discutida pela doutrina e jurisprudência nas relações contratuais, sua utilização parece cabível também no âmbito da responsabilidade extracontratual.

Enquanto a responsabilidade contratual abrange o inadimplemento relativo a qualquer obrigação, recaindo o ônus da mitigação sobre ambas as partes quanto à vedação de agravar/onerar, a extracontratual consiste na violação aos deveres gerais de omissão ou abstenção de causar dano a outrem.⁵ Ou seja, de um dano extracontratual surge uma relação obrigacional decorrente da incidência da lei sobre um ilícito passível de indenização.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2009, em um de seus julgados, assinalou que a vedação ao abuso de direito caracteriza o fundamento para a aplicação da doutrina da mitigação, ainda que o artigo 422 do Código Civil seja mencionado. Veja-se:

⁴ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. I, p. 58.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27-29.

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 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. (TJMG. Processo nº 1.0701.07.183692-1/001. Rel. Wagner Wilson. DJe 11.03.2009)

O caso do julgado acima trata de vítimas de dano extracontratual que, diante de uma colisão de automóveis, não adotaram medidas a fim de amenizar o próprio dano. Ademais, os credores, ora vítimas, efetuaram a mudança de pronto-socorro para apartamento exclusivo no hospital sendo que este não seria coberto pelo plano de saúde, motivo pelo qual não foram reembolsados pelas despesas excedentes.

Em tese defendida acerca da matéria, Christian Sahb Batista Lopes⁶ também apresenta o acórdão acima e explica que embora a boa-fé objetiva esteja prevista no artigo 422 do Código Civil, sendo aplicável ao inadimplemento de obrigações

⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 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: 20.07.2017.

contratuais, o artigo 187 do mesmo diploma, que fundamenta positivamente a aplicação da *evitabilidade* pela via do abuso de direito, encontra-se na Parte Geral e, portanto, pode ser aplicado também na responsabilidade extracontratual. Por esse motivo, o titular do direito deve agir com a boa-fé, agindo de forma a minimizar o dano, para que seu direito não seja configurado como abuso.

Quanto ao ônus da prova do fato constitutivo, segue a mesma regra: cabe à vítima demonstrar o nexo de causalidade entre o dano causado e por ela experimentado.

Portanto, a regra de mitigação na responsabilidade extracontratual encontra-se fundamento na teoria do abuso de direito. 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.

Constata-se, assim, em que pese o estudo do dever de mitigação no Brasil ser ainda pouco difundido, principalmente no campo extracontratual, não há óbice para sua aplicação.

1.3. A responsabilidade pela adoção da regra da mitigação

Ao longo do presente trabalho, ao credor será remetido o ônus de mitigar o prejuízo, uma vez que trata-se da pessoa que, com menos custo, pode fazê-lo. Tem-se a noção de que apenas ao credor é atribuído tal ônus também devido ao Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil: “(...) o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Embora, não tenha sido possível identificar a responsabilidade do devedor neste estudo, não se parece ousado inclui-lo naquela. Isso, pois, nas hipóteses em que ambas as partes apresentarem condições de mitigar as perdas, por meio de medidas vistas como razoáveis, inexistem razões para se afirmar que se trata de um dever acessível e exclusivo à vítima.

Sendo assim, diante da igualdade de possibilidades na mitigação das perdas, apresentando o demandado condições e oportunidade de mitigar os danos por ele causados e poder fazê-lo, por um custo inferior ao que o demandante, não há que se falar em exclusão de responsabilidade do devedor ao ônus.

Nesse sentido, Charles J. Goetz e Robert E. Scott chamam o “dever” das partes em mitigarem o prejuízo, em conjunto ou separadamente, de reajuste cooperativo.⁷

1.4. O ônus da prova

Nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu comprovar a ocorrência de fatos impeditivos; modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Desse modo, o ônus da prova quanto à adoção ou não das medidas vistas como mitigadoras recai sobre o demandante, além de, também, comprovar que a perda foi causada por um ato atribuível ao demandado. Em relação aos danos, serão comprovados os prejuízos que poderiam ter sido evitados com esforços decorrentes de medidas razoáveis.

Em contrapartida, ao devedor caberá a prova de que o credor não adotou medidas razoáveis para mitigar os prejuízos considerados evitáveis. Atenta-se que, embora haja julgados⁸ que atribuam ao devedor o ônus da prova da inobservância pelo credor da norma, no ordenamento brasileiro observa-se o artigo 373 retro.

1.5. Cláusula penal e a regra da mitigação

A cláusula penal (ou pena convencional) é decorrente de um acordo de vontade entre as partes, e implica em um pacto acessório por meio do qual as partes de um contrato estabelecem previamente o valor das perdas e danos decorrentes da inexecução culposa de uma obrigação determinada.

Assim, há uma pré-avaliação dos possíveis prejuízos em razão da inexecução ou retardamento no cumprimento da obrigação. A indenização

⁷ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**, v. 69, n. 6, ,1983, p. 1011.

⁸ KERR, A. J. Mitigation of loss: problems concerning the onus of proof. **South African Law Journal**, v. 98, 1981, p. 306-307.

estabelecida, por sua vez, decorre do descumprimento parcial ou integral da obrigação ou da mora.

O artigo 416 do Código Civil estabelece que uma vez fixado o valor pecuniário em cláusula penal, na hipótese de inexecução, à parte lesada será resguardado o direito de receber o valor fixado, ainda que ausente a alegação do prejuízo. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo afirma que as partes vinculam-se ao valor por elas mesmas fixado, não tendo que se falar em nova indenização no caso de um prejuízo além daquele estipulado na cláusula penal.

Desse modo, diante de uma estipulação contratual, questiona-se a possibilidade de se valer da norma da mitigação no caso de o valor indenizatório ser inferior ao estipulado na cláusula penal.

Ora, a finalidade da cláusula penal é justamente dispensar a análise do dano sofrido, uma vez que as partes renunciaram voluntariamente à discussão de se ocorreu o dano ou não, devendo-se pagar a multa convencional.

Contudo, talvez a única hipótese plausível para a aplicação do instituto no *quantum* indenizatório seria no caso da cláusula penal estabelecer a possibilidade de indenização suplementar. Nesse sentido, assim como ao credor haverá o ônus de demonstrar o prejuízo maior experimentado, ao devedor caberá provar que o credor não incorreu em danos superiores ao montante estipulado na cláusula penal.

1.6. Prescrição

A jurisprudência brasileira apresenta alguns julgados que utilizam a regra da mitigação de forma equivocada.⁹ Tem-se interpretado que o descumprimento do instituto ocorre em razão da demora no tempo do ajuizamento de uma ação.

Ressalta-se que a mitigação do prejuízo tem o condão de evitar os danos suportados pelo onerado a partir do descumprimento, e não impor ao credor o ônus de evitar o inadimplemento ou, ainda, exigi-lo que proponha uma ação judicial no intuito de gerar o cumprimento da obrigação pelo devedor.

⁹ Nesse sentido, confirmam-se: TJ/RS. AC n. 70019328889 e Embargos n. 700249888883. DJe 22.08.2008; TJ/MS. AC n. 2009.022658-4. DJe 21.09.2009.

O artigo 206, § 3º, V do Código Civil estabelece que a pretensão de reparação civil, ausente previsão em lei especial, prescreve em 3 (três) anos. Desse modo, com o devido respeito, está totalmente equivocada a posição que subverte as normas da prescrição e utiliza o ônus de mitigar, exigindo que o credor ajuíze ação em face do devedor.

A aplicação do ônus da mitigação apresenta pressupostos e limites, não tendo que se falar em imposição de ajuizamento de ações. Ou seja, o silêncio do credor, sem propor demanda judicial, exigindo o cumprimento da obrigação não é regido pelas regras da *evitabilidade*, mas sim da prescrição.

Cumprido esclarecer que embora o ajuizamento de ação pelo credor termina por evitar o aumento dos danos, não se pode dizer que esse efeito decorra daquela ação. Em outras palavras, não é o credor que impede a majoração/criação de danos a si pelo ajuizamento da ação, mas sim o próprio devedor que evita que sejam causados prejuízos adicionais ao adimplir obrigação, nessa hipótese, não de forma voluntária, mas coercitiva.

II – MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO NO DIREITO EQUIPARADO

2.1. A norma nos países de *common law*

Nos países de *common law* prefere-se o ressarcimento dos danos decorrentes do inadimplemento, valendo-se da execução específica unicamente como medida excepcional quando a reparação por perdas e danos não for a mais adequada.¹⁰

O descumprimento do contrato não tem conteúdo moral, representando a obrigação uma opção ao devedor: cumpri-la ou descumpri-la sob a consequência de pagar as perdas e os danos. Trata-se da visão do inadimplemento eficiente.

As perdas e danos são previstas em três medidas: (i) de expectativa; (ii) de confiança; e (iii) de restituição. A primeira, entendida como a mais benéfica para o credor, resume-se no valor necessário para colocar o credor na mesma posição que ele estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

A medida de confiança é aquela que se aplica ao rompimento indevido das negociações, quando o contrato não for válido ou falta-lhe algum elemento típico. Já a medida de restituição será quando diante de evento que frustre o contrato e uma das partes recebeu qualquer valor ou benefício da outra, deverá aquela restituir esta.

O caso da *Metropolitan District Electric Traction Company* e a *British Westinghouse*, julgado pela Câmara dos Lordes, foi a menção mais importante ao dever de mitigação, em 1912. O caso tratava da aquisição, pela *Metropolitan*, de turbinas e alternadores para a construção de uma estação no centro de Londres. A *British* entregou os bens que não alcançaram a *performance* desejada, uma vez que consumiu-se mais vapor daquele que fora pactuado. Desse modo, a credora *Metropolitan* adquiriu turbinas substitutas perante terceiro, obtendo um rendimento superior ao acordo inicial entre a *Metropolitan* e a *British*. Iniciada pela *British* a demanda ao pleitear parcela não paga, a *London Underground* (que sucedeu a *Metropolitan* mediante fusão) apresentou reconvenção baseando-se nos defeitos dos bens entregues pela primeira.

¹⁰ FARNSWORTH, E. Allan. **Comparative contract law**. In: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2008. p. 900.

Em resumo, a Câmara dos Lordes concluiu que a indenização deveria corresponder ao valor da compra das novas máquinas, incluindo-se o gasto extra apenas até a transação substituta. Contudo, no momento da análise dos prejuízos entendeu-se que os ganhos aferidos por decorrência das providências adotadas pelo demandante objetivando reduzir as consequências da quebra do contrato deveriam ser computados. Uma vez realizada a aferição, qualquer prejuízo restou apurado.

A jurisprudência americana, por sua vez, baseia-se em 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.¹¹

Por fim, conclui-se que tanto nos Estados Unidos, quanto na Inglaterra, a regra de mitigação encontra-se inserida dentro da *doctrine of avoidable consequences*.

2.2. A norma nos países de tradição romano-germânico

O sistema adotado pelos países da *civil law* revela um conceito bastante diferente àqueles países de *common law*. Isso, pois, a tradição romano-germânica remete à ideia de que a solução mais adequada deve ser a indenização pelas perdas e danos sofridas, adotando-se a execução específica apenas em casos excepcionais.

Tal medida traz como consequência a difícil aplicação da regra de mitigação aos países de *civil law*. Contudo, não apenas conhecem como também aplicam o instituto, sendo apenas divergente a abordagem quanto à evitabilidade e sua

¹¹ BRIDGE, M. Mitigation of damages in contract and the meaning of avoidable loss. **Law Quarterly Review**, v. 398, n. 423, p. 389, 1989.

aplicação. Ou seja, a mitigação é considerada como uma mera utilização do conceito de culpa ou de causalidade. Fala-se que o credor que não mitiga os danos é culpado por eles, aplicando-se a doutrina da culpa concorrente.

Os países que mais merecem destaque dentro da tradição romano-germânica são: Alemanha e Itália, que contem expressamente positivada a previsão da *evitabilidade*, e a França, omissa quanto ao tema.

2.2.1. A mitigação no direito alemão

No Direito Alemão a regra de mitigação é recepcionada expressamente sob o prisma do que seria, para o ordenamento brasileiro, 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*).

Desse modo, são três as hipóteses previstas: (i) culpa concorrente propriamente dita, ou seja, qual tratamento a ser adotado pelo direito na hipótese de a vítima ter contribuído culposamente para a causação do dano; (ii) culpa do devedor em não ter avisado o credor da possibilidade de danos de extensão maiores que a usual; e (iii) quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reproduzir o dano.

2.2.2. A mitigação no direito italiano

Igualmente no Código Civil Italiano a norma de mitigação e a culpa concorrente ganharam expressamente espaço, no artigo 1.227:

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 conseqüências daí derivadas. O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência (2.056 e seguintes).

Contudo, o direito italiano difere-se do alemão ao impedir que o credor recupere os danos evitáveis. A jurisprudência italiana entende que o credor não é obrigado a evitar o dano se, para isso, precisar incorrer em medidas mais onerosas ou arriscadas. Porém, uma vez empregada a diligência a fim de evitar ou reduzir os danos e para tanto seja necessário a adoção de medidas que impliquem em despesas, essas serão indenizadas pelo devedor.

2.2.3. A mitigação no direito francês

O Código Civil Francês não introduziu expressamente a teoria da *evitabilidade* do dano por parte do credor e, diante do silêncio de regra específica na legislação, o tema restou prejudicado no país. Os fatores associados ao nexo causal entre o inadimplemento e o dano são utilizados para determinar o *quantum* indenizatório e os limites a serem impostos ao dever de indenizar.¹²

A abordagem do tema dá-se na doutrina francesa, que utiliza as mesmas consequências impostas à mitigação do prejuízo por meio de outros argumentos. A boa-fé objetiva, a quebra do nexo de causalidade e a culpa concorrente são adotadas como fundamento pela Corte Francesa a respeito da teoria da *evitabilidade*.

O argumento que mantém-se resistente à rejeição da regra baseia-se na ideia de que a vítima, após sofrer o dano teria o direito de permanecer inerte e ser compensada por quaisquer danos decorrentes de sua inatividade.

Ademais, os Tribunais franceses têm receio de que a regra de mitigação torne-se uma restrição à liberdade de escolha do credor, que atualmente possui o

¹² POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002. p. 139.

direito de optar por variadas sanções disponíveis no ordenamento para serem aplicadas ao devedor inadimplente, como por exemplo a execução específica.

A mesma interpretação francesa quanto ao instituto ocorre no Brasil. Privilegia-se a execução *in natura* das obrigações em detrimento das perdas e danos.

Assim como ocorre na maior parte dos países de tradição romano-germânica, o Brasil e a França defendem a execução específica como sendo a melhor forma de sanção a ser aplicada na hipótese de inadimplemento, uma vez que trata-se de penalidade mais próxima ao que se havia prometido na relação obrigacional existente. Apenas em casos excepcionais a indenização por perdas e danos é aplicada, ou seja, quando a execução da obrigação é inviável ou mediante a escolha do próprio credor.

Ainda, a liberdade de escolha do credor surge como oposição à norma de mitigação.

Embora, haja resistência, em determinados casos o direito positivo estabelece o dever do credor de mitigar os danos¹³. Como exemplo, pode-se citar a obrigação do locador de encontrar novo locatário e nos contratos de compra e venda internacional de mercadoria, em decorrência da adoção da Convenção de Viena que será apresentada no item a seguir.

2.3. A teoria da *avoiability* na convenção das nações unidas sobre compra e venda

A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG230 ou Convenção de Viena) foi resultado de um trabalho da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law* – Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional), que formou um grupo com vinte e nove membros e, posteriormente, expandido para trinta e seis, representados por diversos países da América, Europa, África e Ásia.

¹³ LAUDE, Anne. **L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français?** Petites Affiches, Paris, v. 232, nov. 2002. p. 56

Em 1º de janeiro de 1988 entrou em vigor a Convenção, que tem por objetivo estabelecer normas uniformes aplicáveis às operações de compra e venda internacional de mercadorias. Nos termos do preâmbulo da própria Convenção, “a adoção de regras uniformes, (...) que levem em conta os diferentes sistemas sociais, econômicos e legais, contribuiria para a remoção das barreiras legais no comércio internacional e para a promoção do desenvolvimento do comércio internacional”.

Tal diploma legal, embora seja sabido que o Direito inglês e norte-americano tenham exercido relevante papel para a origem da regra de mitigação, colocou em evidência a doutrina em torno do assunto.

Em relação à indenização, o credor prejudicado por requerer perdas e danos, bem como agregar com outras providências, sob a condição de que não haja excesso de compensação. Dessa forma, havendo cumulação, as perdas e danos devem restringir-se aos danos que ocorreram efetivamente.

A apuração das perdas e danos, nos termos do artigo 77 da Convenção seguirá o assim disposto:

Artigo 77 - A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

Dessa forma, necessário que haja uma ação por parte da vítima de um inadimplemento contratual e que essa ação seja razoável dentro das circunstâncias do caso.

A mitigação, por sua vez, foi tratada de forma independente da culpa da vítima ou da culpa concorrente, distanciando-se, assim, das codificações alemã e italiana. O dever de mitigar é interpretado como “uma expressão do princípio geral de boa-fé no comércio internacional.” (artigo 7º, I, da CISG230). Nesse sentido, quando o artigo 77 determina que o credor, a fim de ser compensado, deve adotar as medidas razoáveis para evitar os danos, a avaliação de sua conduta é realizada levando-se em consideração como uma pessoa, agindo de boa-fé faria em

circunstâncias semelhantes. Quanto a esse ponto, será melhor esclarecido adiante, no Capítulo III.

Por fim, incumbe à parte inadimplente a prova de que o credor poderia ter adotado medidas razoáveis com o intuito de evitar em todo ou em partes os danos.

A Convenção de Viena é globalmente aceita nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, bem como usualmente aplicada em arbitragens internacionais. Contudo, devido a sua relevância, o instituto poder ser associado a outras modalidades.

III – OS FUNDAMENTOS PARA A INSERÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Uma vez visto no Capítulo II que em outros ordenamentos jurídicos o dever de mitigar encontra fundamentos e propósitos sólidos, o presente Capítulo tem por objetivo analisar o modo pelo qual o tema é visto no Direito Brasileiro.

Para tanto, importante frisar que a perspectiva romântica do instituto, em que este limita-se à noção abstrata de cooperação, deve ser afastada, tornando-se primordial parâmetros precisos de aplicação.

A seguir será visto que a eficiência nas relações contratuais dá-se pela regra da mitigação, resultando na contenção de desperdício de recurso econômico e estimulando a negociação e cooperação entre as partes.

Ainda, serão apresentados possíveis tópicos que respaldariam a aplicação da norma de mitigar no ordenamento brasileiro, a fim de comprovar que é perfeitamente cabível a recepção da regra. Atenta-se que os Tribunais nacionais apresentam ainda divergências quanto ao fundamento para a aplicação, embora já seja razoável a aceitação desta.

Os suportes que serão apresentados são o princípio da boa-fé e a proibição do *venire contra factum proprium* e o abuso do direito.

Adianta-se que o ponto defendido no presente trabalho é a boa-fé como fator importante para o reconhecimento da norma da mitigação. Aliás, entendimento escolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 758.518/PR¹⁴, ao recepcionar a mitigação do prejuízo.

¹⁴ “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 conseqüente 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

3.1. ANÁLISE ECONÔMICA DA REGRA DE MINIMIZAÇÃO DO PREJUÍZO

No Capítulo antecedente foi possível verificar a aceitação ampla, ainda que irrestrita, da mitigação no direito comparado. Em sequência, será abordada a análise econômica do instituto, averiguando-se se o impacto da norma de mitigação sobre o comportamento das partes de uma relação contratual e se os incentivos ou desestímulos consequentes da aceitação da regra pelo ordenamento pátrio implica no emprego de menos recurso econômico para se atingir os resultados considerados semelhantes.

A análise econômica do direito tem por objetivo avaliar o impacto das normas sobre o comportamento e a eficiência de determinada norma para a obtenção da finalidade desejada. O aspecto normativo da análise avalia quanto a eficiência deve ser sacrificada a fim de atingir outros valores considerados socialmente mais relevantes.

A apuração da eficiência em uma relação contratual apresenta dois critérios: eficiência de Pareto¹⁵ e eficiência de Kaldor-Hicks.¹⁶

O primeiro (eficiência de Pareto) dispõe quanto à satisfação de preferências individuais ou a utilidades. Desse modo, a operação será Pareto-superior (eficiente) quando uma pessoa está mais satisfeita e a outra não está menos satisfeita. Considerado um critério difícil para se medir a utilidade, tornando-se inviável mensurar o quanto e por desconsiderar o impacto da operação em terceiros, é mais comum utilizar o segundo critério, de Kaldor-Hicks.

Na eficiência de Kaldor-Hicks, a operação será considerada eficiente quando os ganhos auferidos pelos vencedores superarem as perdas sofridas pelos perdedores. A avaliação de eficiência, nesse sentido, ocorre mediante o conceito de valor e não de utilidade, podendo mensurar os ganhos e as perdas de cada parte e de terceiro, bem como a eficiência.

A respeito do último critério, assim explica Christian Sahb Batista Lopes:

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).

¹⁵ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley, 2008. p. 17.

¹⁶ COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley, 2008. p. 47.

Portanto, uma transação será eficiente, pelo critério de Kaldor-Hicks, se o montante que os ganhadores auferirem for suficiente para compensar, em princípio, os prejuízos dos perdedores (partes do contrato ou terceiros) e ainda sobrar algum valor para os vencedores. Essa compensação, todavia, é apenas potencial, não precisando efetivamente ser realizada para que se caracterize uma operação eficiente.¹⁷

A análise de Kaldor-Hicks é justificativa econômica da eficiência dos contratos. Parte-se do pressuposto que as pessoas ao fazerem escolhas, agem de modo a maximizar seus interesses e, ainda, atribuem maior valor à prestação que será recebida da outra parte do que aquela que irão prestar.

O direito fomenta as operações eficientes e contribui para o nível de riqueza disponível na sociedade. Contudo, a análise econômica não se dedica à distribuição da riqueza, mas sim à avaliação de como uma norma afeta tal distribuição e qual é a forma mais eficiente de redistribuí-la. A busca pela eficiência não colide com a justiça e tampouco com os valores considerados socialmente relevantes.

3.1.1. A mitigação dos danos como redução do custo do inadimplemento contratual

A maximização do bem-estar social está diretamente relacionado com o conceito de eficiência econômica, além de ser importante instrumento de consecução da justiça. Max Weber¹⁸ aponta que Direito calculável é uma das condições para o desenvolvimento da atividade empresarial no sistema capitalista.

Mediante a análise econômica do direito, como visto, consegue-se minimizar a soma dos danos com os custos utilizados para evitá-los. Assim, tal análise viabiliza um caminho para determinar a melhor medida de cuidado a ser adotada pelo devedor e pelo credor no que tange à responsabilidade civil.

¹⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 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: 20.07.2017.

¹⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999. v. 1, p. 209

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹ assinala que “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.”. Em outras palavras, as relações privadas ultrapassam o olhar exclusivo das partes envolvidas, fazendo com que a tutela de direitos passe a ser orientada aos interesses individuais sociais e não mais sobre o prisma individual da pessoa.

O indivíduo deve suportar as consequências de seu comportamento devido a ideia de justiça, que exige a distribuição das tarefas sociais.

A regra de mitigação apresenta fundamentos econômicos bem desenvolvidos. Isso, pois, a garantia de que a indenização devida à 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.

Os adeptos da análise econômica do direito defendem que apenas por meio do estabelecimento de uma metodologia torna-se possível controlar o nível de diligência, bem como fixar os critérios objetivos que viabilizam avaliar o comportamento do indivíduo lesado.

O estímulo ao credor para que quebre sua inércia e adote medidas razoáveis a fim de mitigar está intimamente relacionado à proteção dos recursos da sociedade e a busca da prosperidade. Assim, o lesado busca o equilíbrio entre o custo das medidas a serem adotadas por ele e as vantagens que uma eventual indenização oferecerá. Tal ideia pondera os danos atuais e potenciais a fim de minimizar a soma dos danos com os custos para evitá-los.

Portanto, o dever de mitigação apresenta razão suficiente para que seja adotado, sob a perspectiva econômica. Antes mesmo de ser seus próprios desejos materiais, o homem é um ser social. Atenta-se à vedação quanto à adoção de uma solução economicamente eficiente sem que a justiça e a legalidade sejam observadas. Assim como será visto adiante, a boa-fé e os valores do homem médio devem ser preservados sempre.

¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20.

3.2. A proibição do *venire contra factum proprium* e o abuso do direito

A expressão do *venire contra factum proprium*, na lição de Menezes Cordeiro, é:

(...) o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. (...) *Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo.²⁰

Assim, a proibição do comportamento contraditório pressupõe que, no caso de real contradição entre dois comportamentos, ocasionando o segundo a quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, poderá haver prejuízo à contraparte, o que torna inadmissível dar eficácia à conduta posterior.

Ou seja, o *factum proprium* do credor consiste em não evitar o dano ao seu próprio patrimônio diante de um inadimplemento do devedor. A primeira vista, tal atitude, em si, demonstra-se lícita, uma vez que qualquer pessoa tem o direito de dispor de seus bens. Contudo, uma segunda conduta, adotada após algum tempo da primeira, seria requerer a indenização pelos prejuízos sofridos, o que, por si só, também, é uma conduta lícita.

Porém, demonstra-se contraditório o pedido de indenização por danos que poderiam ter sido evitados e a inércia do credor ao deixar que prejuízos evitáveis ocorressem. Nesse diapasão, o credor ficaria impedido de exercer seu direito à indenização.

Segundo Anderson Schreiber, são quatro os 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.²¹

O raciocínio da teoria da vedação a comportamento contraditório é falacioso. Isso, pois, uma vez inexistente a regra implícita que impõe a mitigação dos danos,

²⁰ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 742.

²¹ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**. São Paulo: Renovar, 2012. p. 271.

não há que se falar em contradição a atitude do credor ao deixar que os prejuízos ocorram em caso de inadimplemento.

Ademais, a proteção à confiança é fundamento da vedação ao *venire contra factum proprium*. Isso, pois a contraparte acredita que o titular continuará agindo nos mesmos moldes e, por conseguinte, pauta seu comportamento e suas decisões na expectativa da continuidade. Nesse sentido, diante dessa confiança que o direito veda que o titular exerça direito contraditório ao seu comportamento anterior.

Ainda, outra figura também é adotada como fundamento legal para a regra de mitigação: o abuso de direito. O abuso é caracterizado pela inércia do credor ao não tentar minimizar a própria perda quando poderia fazê-lo, resultando tal atitude no abuso de seu direito ao requerer o integral ressarcimento do devedor pelo inadimplemento. Sendo assim, a mitigação dos danos, ao reduzir proporcionalmente a indenização, pode ser interpretada como sanção legal pelo exercício do direito à indenização.

Rui Stocco ao lecionar sobre a teoria da relatividade dos direitos subjetivos assinala que a ética deve ser utilizada no exercício do Direito, sob pena de transformar o regular exercício em abusivo.²²

O Código Civil consagrou explicitamente a teoria do abuso de direito no artigo 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”. Portanto, uma vez constatado o abuso de direito da violação do elemento axiológico da norma, a boa-fé objetiva está diretamente relacionada.

Nesse sentido, a pessoa que exerce um direito, porém age em desconformidade com a boa-fé, sem finalidade econômica ou social, age ilicitamente.

Portanto, desde que embasada na boa-fé, a teoria do abuso do direito pode ser utilizada como fundamento da norma de mitigação.

²² STOCCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed, 2002. p. 59.

3.3. O princípio da boa-fé e as cláusulas gerais

O princípio da boa-fé é um dos princípios norteadores do Direito e tem como função equilibrar as relações sociais, econômicas e de compatibilização de diferentes interesses. Dividindo-se em duas espécies (subjetiva e objetiva), o elemento subjetivo da confiança faz-se presente em ambas, tornando-se necessário tutelá-lo.

Nas palavras de Fernando Noronha, trata-se de um “dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para (...) não frustrar a confiança legítima de outra parte.”²³. Ou seja, a boa-fé aponta uma regra de conduta.

Enquanto a boa-fé subjetiva relaciona-se ao *animus* do sujeito, a boa-fé objetiva é um elemento normativo. Tratando-se de norma de conteúdo principiológico, a boa-fé objetiva define regras de comportamento a serem observadas nas relações jurídicas, tais como lealdade, honestidade, retidão.²⁴ Desse modo, diferencia-se da boa-fé subjetiva, pois inexistente o interesse em se investigar a intenção do sujeito ao praticar determinado ato.

Cumprido esclarecer que não se pode listar de antemão os comportamentos considerados em conformidade com a boa-fé, dependendo de uma conduta concreta do homem médio, que apresente ideal de lealdade, honestidade e valores previstos pela ordem jurídica. Ademais, o recurso a esses valores que traz o caráter estritamente técnico-jurídico à boa-fé, afastando a ideia de que o julgador aplicará uma solução de cunho moral, mediante sua opinião subjetiva.

O Código Civil inovou ao utilizar as cláusulas gerais como meio de positivar a boa-fé objetiva como regra de conduta. Ao inserir conceitos indeterminados, a partir da abertura da semântica do diploma, viabilizou-se maior liberdade na interpretação e aplicação da boa-fé objetiva. Desse modo, é correto afirmar que esta trata-se de cânone interpretativo, tendo como base a eticidade.

Miguel Reale, diante do momento de constitucionalização do Direito Privado, propôs uma metodologia a ser aplicada ao Código Civil: utilizar de valores pautados

²³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 136.

²⁴ GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé: perspectivas e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 126.

na justiça, ética, lealdade e solidariedade quando da interpretação da legislação. Nesse sentido, além dos princípios norteadores, o legislador assim também inseriu cláusulas gerais. Nas palavras do mencionado autor:

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.²⁵

Diante disso, novos conceitos surgiram com o objetivo de integrar o contrato, juntamente com a boa-fé objetiva, valendo-se de técnicas de interpretação. Portanto, pode-se afirmar, dependendo da forma de utilização na norma jurídica, a boa-fé objetiva caracteriza-se como cláusula geral.

Ainda, nas lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé objetiva deve funcionar como uma janela do sistema jurídico, veja:

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 expreso, que é assim reelaborado ou desconsiderado em função da atuação prevalente do princípio.²⁶

Embora, a doutrina aponte que a boa-fé objetiva detém caráter tridimensional²⁷, defende-se aqui que a função supletiva, que amplia e impõe os deveres de condutas (acessórios, laterais, secundários), é a mais relevante. Isso, pois, os deveres oriundos passam a integrar toda relação obrigacional com o intuito de equilibrá-la e evitando a quebra da confiança e a expectativa das partes.

Quanto à mitigação dos prejuízos, a boa-fé objetiva está diretamente relacionada, assim como visto no item 1.3. do Capítulo I, ao mencionar o Enunciado

²⁵ REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Professor Miguel Reale**, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 20.07.2017.

²⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do código civil: as obrigações e os contratos. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 12, set./dez. 1999, p. 249.

²⁷ apresenta três diferentes funções: (i) função interpretativa, segundo a qual as partes devem agir de acordo com padrões 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.

nº 169 da III Jornada de Direito Civil, que indica que o tal princípio deve conduzir o autor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Ou seja, a justificativa para não reparar integralmente a vítima pauta-se no argumento da inércia de comportamento da mesma que poderia evitar ou atenuar o dano por ela experimentado.

Portanto, conclui-se que a regra da mitigação pode ser inferida na cláusula geral que determina a observância da boa-fé objetiva indicada no artigo 422 do Código Civil. Por meio da boa-fé, afasta-se a ideia individualista do “ter” para preservar o patrimônio do devedor, uma vez que o *duty to mitigate* é reflexo dos deveres de cooperação e proteção, anexos da boa-fé.

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁸ reconhece a relação entre o dever de mitigar e a boa-fé, considerando como subprincípio desta a *evitabilidade*.

²⁸ STJ. HC nº 171753/GO, 2010/0082684-4. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. 6ª Turma, 04.04.2013. DJe, 16.04.2013.

IV– A APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Aceitação da regra

A norma de mitigação, assim visto no Capítulo III, item 3.2. e seguintes, é reconhecida pelo Direito Brasileiro de forma imperativa, embora implícita, sendo decorrência da obrigatoriedade de observância da boa-fé objetiva imposta ao credor. Ainda, a III Jornada de Direito Civil foi o marco do *duty to mitigate the loss*, com o Enunciado nº 169 ao fazer remissão expressa ao artigo 422 do Código Civil.

Antecedendo o Enunciado nº 169, Ruy Rosado de Aguiar Júnior realizou relevante trabalho trazendo a noção acerca do instituto. Mas, apenas em 2004 o assunto foi mencionado nos tribunais brasileiros, sendo o precursor o Tribunal de Justiça do Paraná.

O dever de mitigar foi utilizado como fundamento para o acórdão²⁹ do Tribunal de Justiça do Paraná, que apontou que a boa-fé objetiva impõe ao lesado o dever de diligência, não podendo o mesmo assistir passivamente invés de reagir a partir de medidas que ao menos não permitiriam agravar o dano causado.

O caso decidido pelo tribunal paranaense consistia em uma ação de reintegração de posse e resolução da promessa de compra e venda diante do não pagamento das prestações do devedor. Ocorre, que o autor da ação manteve-se silente durante os sete anos de inadimplência do promitente-comprador. Desse modo, entendeu o tribunal que a indenização a ser paga pelo devedor se limitaria a um período razoável e não os longos sete anos, uma vez que o credor não poderia beneficiar-se da própria inércia. Ou seja, a fundamentação teve como base a boa-fé objetiva, já estudada em item próprio no presente trabalho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, em 2009 utilizou da expressão em 2009, citando o Enunciado nº 169, para decidir o impasse em um contrato celebrado entre um posto de gasolina e a Petobrás.³⁰

Em 2010, finalmente, o Superior Tribunal de Justiça tornou emblemática a questão. Veja-se:

²⁹ TJ/PR. Apel. Cível nº 158909-7. 6ª Câmara Cível. Rel. Albino Jacomel Guerios. DJe, 23.08.2004.

³⁰ TJ/SP. Apel. Cível nº 1.029.972-4. 16ª Câmara de Direito Privado. Rel. Cândido Alem. DJe 15.05.2009.

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 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. (STJ. REsp nº 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).

Após o reconhecimento da teoria da mitigação pelo Superior Tribunal de Justiça, o instituto expandiu-se pelo território nacional e além de ganhar espaço, ultrapassou as barreiras da responsabilidade civil contratual.

Ainda em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, há um precedente a respeito de um contrato de aquisição de pacote de turismo. Um casal adquiriu um pacote de turismo, o valor foi quitado corretamente e a agência não entregou os *vouchers* para o embarque de seus clientes na data agendada da viagem. Como consequência, o casal perdeu a viagem e ingressou com uma ação indenizatória. Contudo, o pedido de indenização por danos morais foi indeferido, sob o fundamento de que os adquirentes do pacote deixaram de tomar medidas razoáveis para que a viagem ocorresse. Veja-se:

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. (TJ/SP. Apelação Cível nº 0001836-78.2012.8.26.0457. Rel. Arthur Marques. DJe 16.09.2013)

Data a vênua, não é de integral concordância o fundamento do acórdão mencionado. Como visto ao longo do presente trabalho, o credor, que muitas vezes está em uma relação mais favorável economicamente, tem o ônus de minimizar o dano por ele experimentado, sempre observando-se a boa-fé.

O trecho acima do acórdão aponta que o casal de clientes deveria ter reprogramado a viagem para outra data ou, ainda, contratar outra agência, uma vez que nada foi feito dentro das setenta e duas horas do comunicado que os *vouchers* não seriam emitidos. Concorde-se que os autores da demanda após tomarem conhecimento de que a agência de viagem não emitiria os bilhetes deveriam ter tomado alguma medida.

Contudo, neste caso em particular, não é sensato afirmar que as opções seriam ou alterar a data da viagem, postergando-a, ou adquirir novo pacote. Isso, pois voltando para o homem médio, um pacote de viagem é programado com antecedência, escolhe-se uma data que melhor convém. Ademais, não são todas as pessoas que estão aptas financeiramente a adquirir nova viagem para suprir o inadimplemento da agência.

Sendo assim, concorda-se plenamente que faltou a diligência do casal, contudo a solução dada pelos julgadores não foi de toda a mais sensata.

A teoria da mitigação também ganhou espaço na doutrina. Flávio Tartuce defende a inviabilidade de uma postura inerte pelo credor quando tiver a oportunidade de minimizar o dano experimentado.

Uma vez analisado os principais pontos do tema, em Capítulos anteriores, e a aplicação no judiciário brasileiro, a seguir será demonstrada a forma pela qual a

norma de mitigação deve ser utilizada no ordenamento pátrio. Em sua tese, Christian Sahb Batista Lopes³¹ aponta os seguintes passos:

- (a) O credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.
- (b) A indenização devida ao credor deverá ser reduzida do montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.
- (c) O credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.

Quanto à regra observada no item (a), trata-se do aspecto negativo da evitabilidade. Ou seja, será aplicada quando o credor for inerte, sem adotar medida razoável e necessária para diminuir o impacto do dano. Sendo assim, o montante da indenização será menor que o prejuízo total causado.

As perdas estão relacionadas à própria prestação (lucros cessantes, por exemplo) e podem ser evitadas ou por meio das operações substitutivas ou por outras medidas a partir do critério da razoabilidade.

Quanto à razoabilidade das medidas mitigadoras, o item a seguir dedica-se, tratando-se de questão polêmica, o item a seguir dedica-se à sua compreensão.

4.2. A razoabilidade das medidas mitigadoras

A expressão “razoável” apresenta vagueza em seu significado. Desse modo, à primeira vista não se pode listar as condutas que devem ser assim consideradas adequadas. Torna-se necessária a análise da hipótese concreta a fim de limitar o valor da indenização. Desse modo, é possível afirmar que a questão é de fato e não de lei.

³¹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 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 20.07.2017.

Diante da ausência da definição concreta do que é considerado razoável, a avaliação a ser realizada depende de um exame fático. Ou seja, a razoabilidade é interpretada de acordo com o que se é esperado do homem médio, pessoa de boa-fé e em situação similar. Sendo assim, adota-se como referência um padrão de conduta com o objetivo de verificar se a diligência exigida foi observada para uma determinada situação.

Segundo Judith Martins-Costa, o princípio da razoabilidade remete a um *standard* jurídico.³² Como dito anteriormente, o tipo abstrato utilizado na situação é o homem médio.

Nesse sentido, embora a regra imponha ao credor inadimplido que aja com o objetivo de diminuir ou evitar os danos por ele experimentado, não se pode exigir que haja esforço excepcional, uma vez que a parte já é vítima da situação. E, ainda, seria juridicamente desproporcional exigir do lesado a tomada de atitudes ou a despesa de somas exageradas.

Ora, indaga-se, portanto, como é possível saber se a parte cumpriu com o seu dever de mitigação. Para tanto, necessário se faz analisar se o credor tomou as medidas razoáveis que na determinada circunstancia estavam disponíveis. Enfatiza-se que é vedado exigir que o prejudicado arrisque demasiadamente o seu dinheiro.

A título de exemplo, menciona-se acórdão³³ proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela impossibilidade de se negar indenização à vítima de lesão corporal que se recusou a submeter-se a procedimento cirúrgico capaz de reverter ou atenuar seu quadro. A ministra Nancy Andrigli assim justificou sua posição: “(...) 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-

³² “*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: 20.07.2017).

³³ REsp n. 733990/MG. 3ª turma. Rel. Ministra Nancy Andrigli. Julgado em 21.02.2006. Dje, 20.03.2006.

operatório”. Ou seja, não se pode forçar que o prejudicado proceda a uma cirurgia arriscada objetivando a eliminação ou mitigação do dano.

Adverte-se que na hipótese do credor proceder de forma razoável e, ainda, não lograr êxito em efetivamente não agravar; reduzir ou eliminar o dano, terá resguardado o direito de receber integralmente sua indenização.

Portanto, a partir do *standard* do comportamento esperado, fundamentando-se na boa-fé e na eficiência econômica, a melhor conduta será encontrada em cada caso concreto. Ademais, apenas ao julgador é reservado determinar se o credor se o credor desincumbiu-se, ou não, do ônus de mitigar.

4.3. Outras figuras existentes no ordenamento jurídico brasileiro

4.3.1. A reparação integral do dano e a regra da mitigação

No presente item será analisado se a regra da reparação integral gera algum problema para a mitigação no direito brasileiro.

No Código Civil de 1916, embora não constasse expressamente, poderia extrair-se do artigo 159 que a indenização seria medida pela extensão do dano, uma vez que constava que o causador do dano ficaria obrigado a repará-lo. Posteriormente, o Código Civil de 2002 trouxe expressamente a regra tradicionalmente aplicada, prevendo no artigo 944, ainda que no parágrafo único contenha uma exceção à norma: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Sendo assim, em casos excepcionais, admite-se que a culpa do agente, se considerada de grau leve, interfira no montante da indenização, que será inferior ao prejuízo sofrido pelo credor. Trata-se de significativa inovação no instituto da responsabilidade civil, uma vez que se iniciou a analisar o grau da culpa do agente para fixar a indenização, o que na prática possibilitou-se que o prejuízo fosse dividido entre o agente e a vítima, se a culpa do primeiro for inferior.

Diferentemente do Direito Francês, a regra da reparação integral do dano no Brasil não é considerado como um dogma. Isso, pois, além da exceção trazido pelo

parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, o próprio *caput* deve ser aplicado em conjunto com outras normas e princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a boa-fé objetiva. Esta, como visto anteriormente, isenta o devedor do dever de indenizar o credor pelos danos que este poderia ter evitado mediante esforços razoáveis. Desse modo, é possível concluir que há um aparente conflito entre as duas normas: a boa-fé objetiva e a reparação integral do dano.

Como bem explica Christian Sahb Batista Lopes:

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 do artigo 944, a reparação integral é limitada pelo artigo 403, que determina que apenas os danos diretos e imediatos podem ser indenizados.³⁴

Enquanto a regra de mitigação estimula a cooperação entre as partes e evita, como consequência, a perda de recursos econômico e socialmente relevantes, na regra da reparação integral a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é exatamente aquela que ele poderia ter evitado. Em outras palavras, o credor deixa de receber pelos danos sofridos por não ter agido com a boa-fé.

Christian Sahb Batista Lopes ainda esclarece que o conflito entre as duas normas em comento é apenas aparente. Com a devida vênia, transcreve-se a seguir a brilhante explicação:

Por fim, destaca-se que o conflito entre as duas normas é apenas aparente, não apenas porque é facilmente resolvido pela ponderação dos valores que as informam, mas também pela sistemática de aplicação da boa-fé objetiva no presente caso. De acordo com a observação feita no final do item 4.3, com base na lição de Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé objetiva poderá ter *atuação defensiva*, isto é, ter por efeito impedir que a pessoa que agiu de má-fé exerça certo direito ou se valha de certa posição jurídica. No caso em análise, o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de se aplicar a regra do *caput* do artigo 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por essa parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados. A forma e o

³⁴ 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__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20.07.2017.

momento lógico de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira articulada para definir o *quantum* de indenização a que fará jus o credor.

Portanto, conclui-se que a regra da reparação integral do dano não é óbice à aplicação da norma de mitigação e, ainda, esta prevalece sobre aquela uma vez considerado que o princípio da mitigação oferece “justificativas morais, sociais e econômicas que têm força maior que a explicação para a compensação integral ao credor”.³⁵

4.3.2. O ônus de mitigação diante da concorrência de responsabilidade da vítima

Embora os conceitos da norma de mitigação e da culpa concorrente da vítima (credor) assemelham-se, não há identidade daquela com esta e, incabível afirmar que esta é fundamento àquela. A similitude dá-se pelo fato de ambas utilizarem do pressuposto de que um dano pode ser causado pelas condutas de mais de uma pessoa.

A culpa da vítima ocorre quando a conduta culposa da vítima é causa, concorrente ou exclusiva, do próprio dano. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a culpa concorrente, ainda, seria suficiente para que se mitigue a obrigação da reparação integral, deixando de aplicar a norma de mitigação³⁶.

Nos termos do artigo 945 do Código Civil, “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”. Assim, o *quantum* devido na indenização será fixado com base no grau de culpa do ofensor/ofendido. Cabe ao julgador, no momento da apuração, avaliar tal grau.

Ainda, para que reste configurada a culpa concorrente, é necessário que a vítima aja em desconformidade com o direito em sua conduta. Em outras palavras, a

³⁵ LE PAUTREMAT, Solène. **Mitigation of damage: a French perspective**. International and Comparative Law Quarterly. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006. P. 213.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010.

omissão/ação da vítima embora tenha ocasionado o resultado danoso por ela a ser suportado, adiciona-se o fato, ainda, de ter agido ilicitamente.

Contudo, o princípio da mitigação tem por objetivo impor ao credor, como visto, o ônus de evitar a majoração do dano causado pelo descumprimento da obrigação. A ação do credor pode reduzir ou até mesmo eliminar o dano, afastando a necessidade de discutir acerca da imputação de culpa quando constatado o dano. Sendo assim, tal instituto é mais objetivo se comparado à regra da culpa concorrente da vítima.

Importante salientar que antes de se dizer que o credor é culpado pelo dano, na regra de mitigação diz-se primeiro que o mesmo deveria ter agido de modo a evitar o dano.

Ademais, pode-se afirmar que o alicerce para a norma de mitigação é anterior à análise da culpa. Aliás, o momento que ocorre o dever de mitigar é após a ocorrência de um prejuízo u inadimplemento, enquanto a culpa concorrente pode ser concomitante ou até mesmo anterior ao dano.

V – CONCLUSÃO

Embora a norma de mitigação não tenha sido contemplada pelo Código Civil, como visto, é corolário da boa-fé objetiva e, portanto, perfeitamente aplica-la, mediante os fundamentos previstos nos artigos 422 e 187. Sendo assim, o Direito Brasileiro impõe ao credor que adote medida considerada razoável a fim de minimizar ou reduzir os danos na ocorrência do inadimplemento de uma obrigação, seja contratual ou extracontratual.

Como visto, o Código Civil de 1916 não adotou conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Em contrapartida, o Código Civil de 2002 valeu-se de conceitos com menor determinação, ou elevado grau de vagueza semântica por assim dizer, permitindo a abertura do sistema de direito privado a princípios e valores jurídicos, bem como extrajurídicos. A partir do estabelecimento do diálogo com os valores sociais, a ordem jurídica assumiu um sentido pragmático e, conseqüentemente, ofereceu melhores soluções, adaptando-se a cada caso concreto.

Ademais, ainda que o legislador tenha se valido de conceitos abertos, a norma é obrigatoriamente aplicada em caráter técnico-jurídico.

Em Capítulo apropriado, foi constatado que a boa-fé é uma cláusula geral, uma vez que regula o comportamento e outorga discricionariedade àquele que a aplica. Desse modo, cabe ao julgador verificar se a conduta em análise está em consonância com a boa-fé e, uma vez negativa, quais serão os efeitos decorrentes. Adverte-se que a boa-fé deve ser interpretada diante do direito privado, afastando-se da aplicação ampla e genérica. Portanto, alguns institutos como *venire contra factum proprium* e mitigação são levados em consideração.

A cooperação, por sua vez, revela-se como figura fundamental ao direito das obrigações. Porém, no momento da aferição de se o credor minimizou os danos, deve ocorrer o diálogo entre a cooperação e a boa-fé.

No presente trabalho por inúmeras vezes foi mencionada a expressão “medida razoável”. Relembra-se que não há padrão de conduta pré-estabelecida quanto à conduta a ser adotada pelo credor, diante do inadimplemento do devedor, para reduzir ou evitar o dano por ele experimentado. Para tanto, os conceitos de boa-fé e de cooperação serão utilizados, com base do que é esperado do homem *probo*.

Com o intuito de evitar o desperdício de recursos social e economicamente relevantes, a regra da mitigação, incentiva o credor a adotar medidas para que a sociedade não perca recursos econômicos. Isso ocorre na hipótese em que os danos evitáveis não serão indenizados, uma vez que o credor agiu de modo adequado e razoável diante do inadimplemento do devedor.

Diante do quanto apresentado no presente trabalho, pode-se pontuar as seguintes conclusões:

1 – O ordenamento jurídico brasileiro impõe ao credor medidas a serem adotadas para a mitigação do dano causado pelo inadimplemento do devedor, baseando-se sua conduta na cláusula geral de boa-fé.

2 – A regra de mitigação pode ser aplicada na responsabilidade contratual e extracontratual, desde que seja estabelecido o nexo causal entre a ação do ofensor e o dano suportado pelo lesado, momento que poderá exigir-se as medidas razoáveis para a mitigação dos prejuízos.

3 – A necessidade de incorporar o instituto, de modo expresso, no Direito Civil Brasileiro revela-se medida adequada, garantindo-se a segurança jurídica nas relações obrigacionais.

4 – Os princípios da cooperação e da boa-fé objetiva devem ser observados em todos os casos a serem aplicados o *duty to mitigate*, coibindo-se abusos.

5 – A regra de mitigação assim estabelece 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.

6 – A mitigação deve ser recepcionada pelo legislador com ressalvas, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio apresenta limites e pressupostos definidos, como por exemplo a regra da prescrição e a existência de cláusulas penais previamente estipuladas pelas partes.

7 – A eficiência econômica mediante condutas colaborativas é estimulada pela norma da mitigação, bem como ocorre o alinhamento dos interesses do credor e do devedor.

8 – Trata-se de ônus e não o dever a norma de mitigação.

9 – A adoção da regra de mitigação é perfeitamente aplicável nos países de tradição romanística, assim exemplificado no sistema italiano.

10 - A norma de mitigação reduz os custos de transação associados à renegociação do contrato e, desta forma, fomentam a cooperação entre credor e devedor diante de contingências que podem afetar o cumprimento contratual.

REFERÊNCIAS

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

AVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

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

COOTER, Robert, ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison- Wesley, 2008.

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, jan./mar. 2011.

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

FARNSWORTH, E. Allan. **Comparative contract law**. In: REIMANN, Mathias, ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

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

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**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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, 1981.

LAUDE, Anne. **L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français?** Petites Affiches, Paris, v. 232, nov. 2002.

LE PAUTREMAT, Solène. **Mitigation of damage: a French perspective**. International and Comparative Law Quarterly. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006. P. 213.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 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: 20.07.2017.

LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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: 20.07.2017.

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.

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

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002.

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

STOCCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed, 2002.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Disponível na Internet:
<http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=1684>. Acesso em 10.07.2017.

REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. **Professor Miguel Reale**, 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>>. Acesso em: 20.07.2017.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10 ed. Coimbra: Almedina, v. 1, 2001.

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