

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**LARA GUIO LEAL**

**ANÁLISE DA INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DUTY TO MITIGATE THE  
LOSS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**

**LARA GUIO LEAL**

**ANÁLISE DA INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DUTY TO MITIGATE THE  
LOSS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia jurídica apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof.<sup>a</sup> Larissa Vargas.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017

**LARA GUIO LEAL**

**ANÁLISE DA INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DUTY TO MITIGATE THE  
LOSS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como  
requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em

Nota: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.:

---

Prof.:

---

Prof.:

À minha família, em especial à minha mãe, Valéria, que sempre esteve ao meu lado.

Aos meus amigos, pelo apoio.

À professora Larissa Vargas, pelas contribuições dadas à pesquisa proposta neste trabalho.

“A menos que modifiquemos nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein

## **LISTA DE SIGLAS**

CCB/02 – Código Civil Brasileiro de 2002

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CJF – Conselho da Justiça Federal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	<b>9</b>
<b>2 FUNDAMENTOS DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO</b> .....	<b>12</b>
2.1 A dilatação do ordenamento jurídico a partir de cláusulas gerais .....	12
2.2 Princípio da boa-fé objetiva .....	13
2.2.1 Funções atribuídas à boa-fé objetiva .....	15
2.3 Teoria do abuso do direito.....	16
2.4 Disposições do princípio da boa-fé objetiva face à norma de mitigação inserida na Convenção de Viena de 1980 .....	21
<b>3 APLICAÇÃO DA NORMA DE MITIGAR OS PREJUÍZOS</b> .....	<b>23</b>
3.1 Críticas doutrinárias à expressão “dever”.....	23
3.2 Origem e conceituação do instituto .....	24
3.3 Natureza jurídica da norma de mitigação.....	25
3.4 Aparente incompatibilidade entre a norma de mitigação e o princípio da reparação integral dos danos .....	28
3.5 Operações substitutivas .....	33
3.6 Conceito de razoabilidade das medidas passíveis de adoção pelo credor .....	35
3.7 A norma de mitigação e o prazo prescricional.....	37
3.8 A indispensabilidade da norma de mitigação em face dos contornos do nexó causal.....	38
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>43</b>

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), alguns preceitos e princípios consigo trazidos - a exemplo da dignidade humana e a solidariedade social - alcançaram tamanha importância a ponto de serem de estrita observância no âmbito das relações jurídicas travadas a partir de então, o que implicou modificações não somente no direito constitucional, mas também na órbita civilista.

Isso porque a mudança de perspectiva patrimonialista para uma visão humana e coletiva demandou a releitura do direito obrigacional, mormente no que se refere aos polos contratuais. Com efeito, não mais se contenta com as funções apartadas e individuadas anteriormente atribuídas ao credor e ao devedor. Deveras, os sujeitos processuais são detentores de direitos e obrigações mútuas, sendo-lhes vedado adotar condutas tencionadas a macular o interesse contratual. Daí se extrai, pois, o princípio da boa-fé objetiva, verdadeiro conceito técnico-jurídico que regula as tratativas privadas.

Nessa seara é que se pretende tratar sobre o instituto nascido no direito anglo-saxão, denominado *duty to mitigate the loss* (“dever” do credor de arcar com seus próprios prejuízos), desprovido de regulamentação legal no Brasil, tendo o legislador previsto essa regra em situações demasiadamente específicas. Sucintamente, essa norma de mitigação preconiza que, diante do inadimplemento do devedor, o credor se esforce para evitar a ocorrência de maiores danificações ao objeto contratual, sob pena de não ser ressarcido integralmente por aqueles danos que poderia razoavelmente ter evitado.

Analisar-se-á se o legislador, ao não prever expressamente o instituto estudado, o reputou dispensável, por considerar que algumas questões jurídicas poderiam ser solvidas sem a sua utilização, ou se é possível que esse silêncio legislativo queira dizer que a norma de mitigação é inadmissível fora das hipóteses taxadas na lei.

Far-se-á uma crítica à expressão “dever” contida em sua nomenclatura, por considerá-la inadequada aos exatos fins da teoria, propondo-se, então, a sua substituição pela palavra “ônus”.

Após, perquirir-se-á a natureza jurídica do instituto, conferindo enfoque à sua internalização ao sistema brasileiro enquanto uma figura parcelar da boa-fé objetiva,



aliada à teoria do abuso do direito. Isso porque a norma de mitigação, ao considerar que o credor não deve se manter silente frente ao inadimplemento do devedor, se inclina favoravelmente à aplicação dos deveres de cooperação que devem ser guardados pelas partes ao longo do tráfego contratual.

Em seguida, serão traçadas as distinções entre a norma de mitigação e demais institutos jurídicos, como a prescrição e o rompimento do nexos causal.

## 1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O Código Civil Brasileiro (CCB), embora tenha entrado em vigor somente no ano de 2003, foi elaborado e projetado na década de 1970, quando, como explica Tepedino (2004, p. 20), as relações civilistas eram marcadas pelo individualismo e por interesses predominantemente patrimoniais. Com isso, surgiram normas que vão de encontro à atual perspectiva de personalização trazidas pelo constituinte originário de 1988, que acertadamente optou por conferir nova roupagem às relações jurídicas, primando pela solidariedade social e pelo respeito à dignidade humana nos tratos negociais ou processuais.

Como anota Negreiros (2008, apud BARBOZA, 1999, p. 33):

[...] necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substitui-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades como tal. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar instrumento da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas reagente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio.

Ainda sob essa perspectiva, Schreiber (2005, p. 49):

[...] a despersonalização das relações sociais, a perda generalizada de identidade, as graves desigualdades decorrentes da atuação individualista, a expansão dos riscos sociais leva a um sentimento geral de solidariedade, a uma necessidade de pensar no outro. Há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de serem solidários, protegendo-se mutuamente. É sob esta lente solidária que o pensamento contemporâneo vê a dignidade humana, como dignidade de cada indivíduo em face também dos demais indivíduo (e não apenas do Estado), como igual dignidade de todas as pessoas, como igual dignidade social.

[...]

Procede-se gradativamente a uma releitura do direito privado, que, menos obcecada por proteger a autonomia privada como espaço exclusivo de liberdade individual, se empenhe em remodelar o núcleo interno desta mesma autonomia, e de verificar, em cada caso concreto, a sua legitimidade à luz dos valores da sociedade contemporânea, em especial à noção de solidariedade, como respeito à condição humana de todas as pessoas.

A partir dessa vigorosa transição de perspectivas a que se submeteu a ordem jurídica pátria, passou-se a conceber interesses juridicamente tutelados, de modo que

o titular de um direito nele encontra certas limitações em seu atuar. Dessa forma, as relações jurídicas pactuadas pelas partes não devem ser despidas de axiomas constitucionais, mas pautadas pela solidariedade e responsabilidade recíprocas, aproximando sobremaneira o direito civil às normas protetivas à pessoa humana contidas na Carta Magna, o que se convencionou denominar de “constitucionalização do direito civil”. Nesse sentido são os ensinamentos de Tepedino (2004, p. 22):

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Confira-se, ainda, o escólio de Schreiber e Konder (2016, p. 19):

O que a metodologia civil constitucional enfatiza, nessa seara, é justamente a necessidade de que os institutos jurídicos de direito civil, outrora compreendidos como meros instrumentos de perseguição do interesse particular, sejam redirecionados à realização dos valores constitucionais, em especial à realização da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que se afirma que o direito civil constitucional se caracteriza pelo “decisivo predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”.

Nesse contexto, a doutrina aponta princípios que exurgem do direito civil constitucional, devendo ser utilizados para pôr fim a celeumas oriundas das relações privadas, dentre eles a já citada solidariedade social, elevada à finalidade primordial do Estado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Esse princípio, presente de forma assente em sede contratual por priorizar uma convivência sadia entre o individual e o coletivo fustigando o bem comum, auxiliou na redefinição da relação jurídica como relação entre credor e devedor.

Isso porque, a partir de então, a mais atenta doutrina preconiza que os sujeitos de uma relação jurídica são, de forma recíproca e simultânea, titulares de direitos e deveres, tendo entre si ônus e bônus, isto é, passa-se a conceber que o devedor possui também direitos e poderes, e que ao credor são imputados alguns deveres. Assim, fica assente a complexidade das situações subjetivas, que, ao extirpar as ideias de crédito e débito isoladamente consideradas, promoveu uma profunda releitura dos papéis dos sujeitos contratuais, em uma estreita correlação com o princípio da boa-fé objetiva. Sobre o assunto, Perlingieri (2007, p. 116):

Não se pode distinguir as situações subjetivas – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. **A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações, isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas.** A relação sob o perfil estrutural é relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *postestãe* interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação debitória contrapõe-se àquela creditória) (grifou-se).

Corroborando o exposto acima, colaciona-se as explicações de Farias & Rosenvald (2015, p. 181):

As situações jurídicas patrimoniais demandam a indispensável cooperação entre os seus partícipes. Urge afastar a retórica individualista do antagonismo entre partes conflitantes – em que a ampla liberdade era a matriz da estipulação de pactos forjados exclusivamente na vontade –, para se impor uma visão solidarista de contrato. [...] De fato, a boa-fé ajuda a entender a solidariedade no mundo contemporâneo de duas maneiras. Em primeiro lugar, a existência da boa-fé atua como uma profecia que se autorrealiza à medida que as pessoas a respeitam, reforçando os laços de solidariedade na sociedade como um todo. Além disto, a boa-fé sugere que o contrato seja visto como um meio, e não um fim em si mesmo. Isto é, o contrato se presta a finalidades sociais e morais, e não apenas econômicas e individuais.

Vê-se, pois, claro incentivo doutrinário à inserção do princípio da solidariedade social, arrimado nos preceitos constitucionais, em todas as fases dos contratos privados, para que as figuras de credor e devedor não se tornem imutáveis e isoladamente consideradas, mas sim maleáveis de acordo com as situações enfrentadas no caso concreto analisado, consagrando, por via de consequência, a transparência dos contratantes em busca da execução do objeto contratual.

## 2 FUNDAMENTOS DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

### 2.1 A dilatação do ordenamento jurídico a partir de cláusulas gerais

Sabe-se que, dadas as incontáveis situações fáticas que se verificam e se transmudam diariamente no meio social, a legislação não é capaz de abarcá-las e tutelá-las por completo de forma minuciosa e eficaz. Por essa razão, o sistema jurídico passou a prever cláusulas gerais, as quais conferem ao julgador, por meio de expressões vagas, maior subjetivismo e liberdade para que se possa aferir se o caso concreto se subsume à norma e realizar as devidas adaptações quando necessário. Nas palavras de Lopes (2011, p. 137):

As cláusulas gerais são tidas como normas em branco que remetem o julgador a pautas de valorações do caso concreto, a partir das quais ele criará o direito aplicável ao caso. Essas referências axiológicas poderão ser encontradas no próprio sistema, por meio de princípios ou normas jurídicas existentes no ordenamento, que servirão para integrar ou colorir a moldura fornecida pela cláusula geral. Poderá ocorrer também de ter o julgador que recorrer a valores ou princípios metajurídicos, existentes no ambiente social para que possa preencher o conteúdo daquela moldura. A cláusula geral promove, portanto, a mobilidade extra e intra-sistemática da norma jurídica.

Ainda, confira-se os ensinamentos de Farias & Rosendal (2015, p. 183):

[...] as cláusulas gerais constituem uma ampla “porta de entrada” para o princípio do respeito à pessoa no direito privado. O princípio do respeito recíproco não se encontra apenas nos direitos fundamentais, mas atravessa todo o ordenamento jurídico. Ele é subjacente a qualquer relação contratual, pois, quando ocorre a conclusão de um contrato e as partes emitem sua vontade, reconhecem uma à outra a condição de pessoas. A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

Dentre as cláusulas gerais contempladas pela ordem jurídica vigente está a da boa-fé objetiva - tratada a seguir em tópico próprio -, que se caracteriza por ser responsável por imprimir uma nova leitura da relação contratual à luz da eticidade e confiança depositadas pelas partes, que devem cooperar-se entre si para atingir o objetivo comum contido no contrato.

Assim, o presente trabalho se vocaciona a analisar a plausibilidade de a boa-fé objetiva, tida como cláusula geral no ordenamento jurídico, ser responsável pela

internalização do instituto conhecido como *duty to mitigate the loss* à ordem jurídica vigente.

## 2.2 Princípio da boa-fé objetiva

Antes de discorrer especificamente sobre a boa-fé objetiva, imperioso destacar que ela em muito se difere da boa-fé em sua espécie subjetiva, a qual, presente especialmente no âmbito dos direitos reais, não é elencada como princípio e se refere a concepções psicológicas, isto é, ao estado de ignorância e de crença de quem pratica algum ato acreditando erroneamente estar legitimamente abarcado pelo sistema jurídico.

Em posição oposta, a boa-fé objetiva é conceitualmente ética, voltada para a conduta comportamental do agente que deve, enquanto sujeito de uma relação processual, agir conforme os ditames de lealdade e de retidão, como atuaria um homem probo naquela mesma situação, com vistas a tornar o instrumento contratual eficaz e desprovido de qualquer atitude mal-intencionada capaz de prejudicar o interesse de outrem que se encontra no outro polo da relação obrigacional.

Sobre a história de seu surgimento, Tartuce (2016, p. 623) ensina que desde a época do Direito Romano, cogitava-se a existência de uma espécie de boa-fé voltada para as relações negociais, mas foi a partir do jusnaturalismo que a expressão boa-fé objetiva surgiu no direito comparado, influenciando as legislações privadas da Europa.

O Brasil, espelhando-se no direito alienígena, trouxe expressamente a boa-fé sob o vértice objetivo enquanto princípio no CCB/02, como já havia feito o Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos anos 90, havendo, inclusive, um enunciado do Conselho da Justiça Federal (CJF) recomendando a análise desse princípio a partir da integração e comunicação entre as leis que o abarcam, confira-se: Enunciado nº 27 do CJF/STJ: "Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos".

A boa-fé objetiva é, pois, concebida enquanto *standard* valorativo de comportamentos humanos, na medida em que se propõe a tornar as ações dos indivíduos nas fases negociais e no decorrer da execução contratual pautadas pela solidariedade, lealdade, probidade e mútua cooperação, abarcando tanto condutas comissivas quanto omissivas nos específicos casos em que a abstenção de agir se

mostra uma forma eficaz de garantir a observância dos referidos valores éticos. Nos dizeres de Farias & Rosenthal (2015, p. 146):

[...] a boa-fé é um arquétipo ou modelo de comportamento social que nos aproxima de um conceito ético de proceder de forma correta. Toda pessoa deverá ajustar o seu agir negocial a este padrão objetivo. A conduta esperada é a conduta devida, de acordo com parâmetros sociais. A boa-fé consiste em uma ideia que insere uma suavização e uma correção em uma inteligência demasiadamente estrita do princípio do *pacta sunt servanda*, introduzindo modulações que possam ser exigidas nas circunstâncias do caso concreto. Trata-se de uma fórmula indutora de uma certa dose de moralização na criação e no desenvolvimento das relações obrigacionais, propiciando a consideração por uma série de princípios que a consciência social demanda, mesmo que não estejam formulados pelo legislador ou pelo contrato. [...] A boa-fé funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção. Reportando-se a valores e expectativas compartilhados em uma comunidade, necessariamente haverá um balanceamento entre os interesses privados dos contratos e outros objetivos da sociedade, sobremaneira o bem-estar dos indivíduos. Tal equilíbrio é dimensionado pela via da boa-fé, ao equilibrar princípios e contraprincípios, amenizando a tensão entre polos e direções. A boa-fé determina que o direito contratual deva ser controlado, e o exercício do poder limitado, de modo a se atingir em parâmetros de decência.

Em sede contratual, a boa-fé objetiva foi expressamente contemplada no direito brasileiro com o art. 422 do CCB/02, que fez prosperar deveres de proteção e cooperação, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ao comentar o dispositivo, a doutrina aponta que o legislador, intencionalmente, atribuiu um grau de vagueza ao princípio em tela, para que, em momento ulterior, o órgão julgador pudesse modelá-lo conforme o caso concreto que lhe fosse apresentado, entendimento que é corroborado, sobretudo, quando se verifica que o *códex* não determina uma consequência jurídica a ser aplicada frente a não observância da boa-fé.

Alerta-se, entretanto, que não obstante a boa-fé seja dotada de maleabilidade, não deve ser aplicada a esmo a todo e qualquer caso consoante o mero arbítrio do julgador, uma vez que não se propõe a solucionar quaisquer imbróglios postos a discussão no meio jurídico, pelo contrário: enquanto conceito jurídico indeterminado, a boa-fé objetiva possui função harmonizadora, porquanto permite a integração entre

princípios, valores e padrões de condutas que vinculam a fundamentação do magistrado, como se extrai das lições de Martins-Costa (2003, p. 252):

Embora flexível e dotado de amplo grau de vagueza semântica, o princípio da boa-fé não configura uma espécie de remédio a ser utilizado para uma infinidade de problemas jurídicos, dependente tão só do alvedrio do intérprete. É um recurso técnico preciso (embora multifuncional em sua operatividade), que pode, num mesmo tempo e num mesmo espaço, ser dotado de diferentes graus de intensidade, na ponderação, sempre necessária, com as concretas situações da vida e com os demais princípios e regras do Ordenamento. Devemos referir as pautas de concretização da “conduta devida”, tendo em conta a cooperação intersubjetiva que está na base do fenômeno obrigacional, examinando os deveres instrumentalmente gerados pela necessidade de cooperação (A), a atuação da boa-fé frente o princípio da exatidão ao prestar (B) e, por fim, a boa-fé como medida de intensidade dos deveres de prestação (C).

Hodiernamente, vivencia-se uma expansão do princípio da boa-fé objetiva como uma incessante busca pela ética e proteção nas relações contratuais, alargando o seu campo de atuação para todas as fases de um contrato, ou seja, antes, durante e até mesmo após exaurido o seu objeto. Objetiva-se, dessa forma, conferir às tratativas privadas maior justiça e solidariedade, em total repúdio ao ultrapassado discurso individual e patrimonialista reverberado nos séculos passados.

Assim, o processo contratual não tem o seu trâmite conduzido unicamente pela vontade dos envolvidos, haja vista que a boa-fé objetiva deve nortear o agir dos sujeitos com o fim de tornar eficiente a execução do contrato e evitar a ocorrência de danos ao objeto contratual.

Nesse sentido, entende-se que o *duty to mitigate the loss* encontra-se intrinsecamente relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, mais verdadeira tradução de confiança entre as partes, razão pela qual se faz necessário minuciar as suas peculiaridades.

### **2.2.1 Funções atribuídas à boa-fé objetiva**

À boa-fé objetiva, cláusula geral de direito material que encampa todo o sistema contratual, são imputadas três funções essenciais, a saber: cânnon interpretativo, norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos visando evitar o abuso do direito e, finalmente, norma de criação de deveres jurídicos.



Como dito, a boa-fé objetiva pode incorporar a forma interpretativa, nos termos do previsto no art. 113 do CCB/02, *in verbis*: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Essa espécie assume o papel precípua de preencher as lacunas legislativas nos casos não acobertados pela norma, dada a variedade de eventos e situações que se verificam ao longo da marcha contratual.

A boa-fé objetiva encarrega-se, ainda, de limitar direitos na seara contratual, refutando qualquer ato que fira a confiança depositada pelas partes, considerando-o contrário ao direito. Sua previsão infraconstitucional encontra-se no art. 187, do CCB/02: “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”.

Por derradeiro, a doutrina leciona que a boa-fé instaura deveres anexos, instrumentais ou laterais, exigindo que as partes adotem condutas probas e leais ao longo da marcha contratual. Imprescindível frisar, nesse contexto, que tal imposição não se dirige apenas ao devedor, mas também ao credor e a terceiros, por força, sobretudo, da já mencionada releitura dinâmica dos sujeitos contratuais. Extrai-se essa função do art. 422 do diploma civil: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A despeito das controvérsias doutrinárias que entornam o assunto, é nesta última função que o entendimento mais abalizado busca supedâneo para aplicação da norma de mitigação no direito brasileiro, sendo este o cerne do presente trabalho. Isso porque, com a função integrativa emprestada à boa-fé, sobressaem novos deveres de condutas que vinculam as partes contratuais, em especial o dever de cooperação recíproca, sendo de observância necessária ao longo do trajeto do contrato, sob pena de restar configurada a sua violação positiva, em que se cumpre de forma defeituosa a obrigação principal, e se descumpre prestações de cunho secundário.

### **2.3 Teoria do abuso do direito**

A teoria do abuso do direito, amplamente aceita e expressamente prevista em diversos sistemas jurídicos romano-germânicos como o Brasil, teve a sua expansão

verificada a partir de um caso emblemático na jurisprudência francesa, como anota Souza (2012, p. 43):

Tornou-se notório o caso Clément-Bayard, no qual certo proprietário rural, vizinho ao hangar de um fabricante de dirigíveis, edificou em seu terreno, sem qualquer interesse útil, enormes torres de madeira com hastes de ferro pontiagudas, apenas para criar manifesto perigo para a manobra das aeronaves na propriedade contígua. Sobrevindo acidente com um dos dirigíveis, o fabricante das aeronaves pediu perdas e danos e a demolição das construções. O construtor das torres alegou como defesa o caráter absoluto da propriedade sobre seu terreno; **o tribunal, porém, deu provimento à pretensão do dono do hangar, com base na teoria do abuso do direito** (grifou-se).

À época do julgado, nos idos do século XIX, vivenciava-se diversas desigualdades sociais e financeiras repercutidas em virtude da Revolução Industrial e, com isso, vigia o caráter absoluto de alguns direitos, em especial o da propriedade, tornando-se premente a necessidade de um elemento limitador do exercício de tais direitos. Daí exsurgiu então, a teoria do abuso do direito. Em apertada síntese, trata-se de uma forma de controle valorativo da autonomia privada relacionada às situações jurídicas de cunho subjetivo em desconformidade com o direito.

Com enfoque no sistema brasileiro, a teoria será estudada no presente trabalho sob a égide do CCB/02, *códex* responsável por prevê-la expressamente sob o enfoque objetivo em seu art. 187, *verbis*: “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”, embora o instituto já ganhasse relevo doutrinário e jurisprudencial sob a influência do diploma civil anterior, omissos sobre o assunto. Lustosa (2016, p. 263) pontua que o artigo transcrito traz em si um conceito dotado de abrangência a fim de conciliar diversos entendimentos doutrinários sobre o assunto, estando arraigado de cânones valorativos e teleológicos.

O dispositivo legal acima transcrito menciona a expressão “fim econômico ou social”, o que fez com que a doutrina se dedicasse a estudá-la e, não obstante ainda inexistisse consenso sobre os seus contornos, certo é que a intenção do legislador foi fazer com que o fim econômico-social seja interpretado através da tábua principiológica constitucional. Nesse sentido, Souza (2012, apud Cordeiro, 2000, p. 244):

A função econômica e social do direito tem a ver com a sua configuração real, a apurar através da interpretação. **Se um direito é**

**atribuído com certo perfil, já não haverá 'direito' quando o titular desrespeite tal norma constitutiva** (grifou-se).

Ademais, o art. 187 do CCB/02 elenca o desrespeito à boa-fé como uma das hipóteses de ato ilícito.

A crítica que se faz, no entanto, é no sentido de que a jurisprudência, por desconhecimento técnico do assunto, passou a valer-se da boa-fé objetiva como base genérica para fundamentação de decisões que poderiam ser plenamente solvidas com espedeque na equidade. Nesse sentido, a brilhante crítica de Souza (2012, apud Tepedino e Schreiber, 2005, p. 29):

A boa-fé objetiva ganhou na jurisprudência brasileira um papel, por assim dizer, reequilibrador das relações não paritárias, que nada tem com o conceito de boa-fé em si, mas que era fundamento do Código de Defesa do Consumidor em que a cláusula geral de boa-fé vinha inserida. Era natural, portanto, que os tribunais brasileiros, desconhecedores dos contornos dogmáticos da noção de boa-fé objetiva, atribuíssem ao instituto finalidade e função que tecnicamente não eram suas, mas do código consumerista. Contribuiu para este fenômeno certa inexperiência do Poder Judiciário brasileiro em lidar com princípios e cláusulas gerais, o que resultava em uma 'super-invocação' da boa-fé objetiva como fundamento ético de legitimidade de qualquer decisão, por mais que se estivesse em campos onde a sua aplicação era desnecessária ou até equivocada.

Há que se ponderar, como faz Lustosa (2016, p. 269), que o próprio dispositivo em análise dispõe de elementos outros para que se afira eventual abuso do direito no caso concreto além da boa-fé, que não se mostra eficaz, por exemplo, quando se está diante de situações existenciais.

O exercício das situações jurídicas é limitado, ainda, pelos bons costumes, noção de difícil definição prática, uma vez que variável conforme o tempo e o espaço, o que fez com que a doutrina se socorresse aos valores principiológicos insertos na CRFB/88. Sobre tal elemento balizador do abuso de direito são as constatações de Souza (2012, p. 60):

As dificuldades no estudo do tema indicam certa tendência ao desuso deste terceiro parâmetro. Análise mais aprofundada dos bons costumes, no entanto, poderia demonstrar sua utilidade, sobretudo para a concretização de certos interesses existenciais. Exemplo clássico de abuso com base nos bons costumes concerne justamente interesses extra patrimoniais (muito embora o direito abusado fosse a propriedade). Relata-se que, certa feita, um nobre expulsou de seu castelo seu filho, com quem brigara. Tempos depois, a esposa do nobre faleceu e foi sepultada nos domínios do castelo. Quando o filho manifestou seu desejo de visitar o túmulo da mãe, o pai não o permitiu.

Identificou-se na negativa do castelão o exercício abusivo do domínio, contrário aos bons costumes.

A possibilidade de se aventar a convivência harmônica entre os princípios e o abuso de direito é verossímil. Isso porque, as consequências advindas em razão da inobservância de ambos os institutos são diferenciadas, porquanto calcadas em institutos jurídicos distintos, mas ambos são úteis uns aos outros, por se complementarem. Nesse sentido, pode-se afirmar que o abuso do direito e o princípio da boa-fé objetiva são passíveis de aplicação em conjunto na esfera da norma de mitigação.

Cabe, então, vislumbrar a (im)possibilidade de alocar o *duty to mitigate the loss* como uma forma de abuso do direito, mormente em relação à pretensão indenizatória.

Ao realizar-se um cotejo entre a teoria do abuso do direito sob sua vertente objetiva e o *duty to mitigate the loss*, pode-se inferir que seria caracterizada como ato abusivo a pretensão do credor em receber a título de indenização valores dos prejuízos que poderia ter evitado caso agisse nos limites da razoabilidade e em consonância com os preceitos da boa-fé. É dizer, além de se apoiar imensamente nos preceitos da boa-fé objetiva, a norma de mitigação pode ser reforçada pelo instituto do abuso do direito quando analisado sob o vértice objetivo em conjunto com os ditames da boa-fé.

Carvalho (2014, p. 168) visualiza o abuso do direito como uma cláusula geral, e explica a sua sustentação da seguinte forma:

A equiparação feita pelo Código entre o ato abusivo e o ato ilícito é objeto de críticas, mas, a despeito delas, a doutrina se posiciona no sentido de que o artigo 187 permite que o abuso do direito funcione também como uma cláusula geral [...]: o abuso do direito invoca o princípio da boa-fé, caracteriza um ilícito objetivo, que independe de culpabilidade, e mais, produz efeitos que ultrapassam a indenização de danos, incluindo, por exemplo, a imposição de nulidade do ato abusivo, a despeito da ausência de previsão legal específica. Assim, por ser uma norma aberta, sem determinação de sanção específica, a cláusula geral do abuso do direito permite que o instituto se configure e se amolde às necessidades do caso concreto. Nesse contexto, muito embora a mitigação de danos não guarde relação direta com a concepção subjetiva da teoria do abuso do direito - ao menos não como regra, porque não se perquire se o credor da indenização permitiu o agravamento ou deixou de reduzir o dano apenas para prejudicar o contratante inadimplente - já se pode notar uma possível correlação inicial entre a noção de abuso do direito à indenização e a regra de mitigação de danos, se ambas fosse compreendidas como exercícios de direitos de forma contrária à boa-fé.

Lopes (2011, p. 159) entende que a correlação entre o ônus de mitigação e a teoria do abuso do direito traz diferentes implicações práticas, a fim de abranger tanto as responsabilidades contratuais como as aquilianas. Veja-se:

O reconhecimento do abuso do direito como fundamento da norma de mitigação poderá, entretanto, ter importantes consequências práticas no direito brasileiro. 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 do direito, está incluído na Parte Geral e, portanto, poderá ser aplicado tanto à responsabilidade extra-contratual quanto à contratual. Em outros termos, para que o exercício do direito de 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.

Ainda, colaciona-se as lições de Mendonça & Coelho (2017, p. 15):

Muito embora não exista no ordenamento brasileiro uma dicotomia rígida entre a responsabilidade contratual e extracontratual, poder-se-ia argumentar que a mitigação como corolário da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil de 2002 apenas seria aplicável ao inadimplemento das obrigações contratuais, já que o referido dispositivo está inserido na Parte Especial, no capítulo relativo a contratos. Por outro lado, o art. 187 do Código Civil que veda o abuso do direito está previsto na Parte Geral e, assim, também poderia ser aplicado à responsabilidade extracontratual. Por fim, cabe esclarecer que – como a norma de mitigação introduz a impossibilidade de que o credor obtenha reparação pelos danos que poderia ter evitado e não a responsabilidade civil do credor por algum prejuízo, como será demonstrado adiante – a vedação ao abuso do direito apenas pode servir como fundamento à mitigação caso se entenda que seus efeitos não se restringem ao caráter indenizatório. Partindo do pressuposto de que o abuso do direito pode ensejar diversas sanções, variáveis conforme o caso concreto, poderá o juiz atribuir a sanção que é própria da norma de mitigação: a limitação da indenização a que faz jus o credor aos danos inevitáveis.

É de fácil visualização, portanto, que caso o credor se ampare na boa-fé objetiva ao empregar esforços razoáveis para minimizar os danos ocorridos ao objeto contratual em função do inadimplemento da parte *ex adversa*, então seu atuar não será classificado como ato abusivo, sendo devidamente reconhecido e aceito pelo sistema jurídico, o que permite que seja indenizado pelos danos inevitáveis que sofreu.

## **2.4 Disposições do princípio da boa-fé objetiva face à norma de mitigação inserida na Convenção de Viena de 1980**

A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), também denominada de Convenção de Viena, destina tratamento à norma de mitigação, sendo de imprescindível análise no presente trabalho, a despeito de o Brasil não ser signatário do documento.

Com efeito, a CISG elenca em seus dispositivos diversas opções à disposição de uma parte caso a outra venha a inadimplir o contrato. No art. 77, disciplina a norma de mitigação, voltada à apuração das perdas e danos. Confira-se:

Art. 77 da CISG. 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.

Como se observa, o art. 77, além de determinar que a parte não permaneça inerte ao invocar o inadimplemento contratual, prevê ainda consequências caso ela descumpra. Dessa forma, uma vez não adotadas as medidas necessárias a evitar maiores prejuízos frente ao descumprimento do contrato, não haverá falar em indenização dos danos passíveis de terem sido afastados.

Alerta-se, contudo, que a redação do art. 77 conduz a conclusão de que a norma de mitigação somente poderá ser aventada nas hipóteses de indenização por perdas e danos, na linha do que ensina Lopes (2011, p. 76):

Durante a Conferência de Viena, a delegação americana pretendeu inserir, no final da segunda frase, a expressão “ou a modificação correspondente ou um ajuste de qualquer outro remédio”, sugestão esta que foi rejeitada pela votação das delegações prestes. Esse fato, juntamente com a colocação do artigo 77 em uma seção que trata de perdas e danos, leva ao entendimento da doutrina de que o dever de mitigar na CISG aplica-se apenas à indenização por perdas e danos, não afetando os demais remédios nela previstos. Assim, se a parte prejudicada escolher a execução específica da obrigação ou a rescisão contratual, o dever de mitigar não será sequer avaliado pelo tribunal estatal ou arbitral que vier a se pronunciar a respeito do remédio escolhido.

Por fim, vale destacar que no âmbito da CISG a mitigação é vislumbrada como uma faceta do princípio de boa-fé no comércio internacional, forma como se

defende a internalização do *duty to mitigate the loss* ao direito brasileiro no presente trabalho, evitando ônus excessivos aos sujeitos contratuais e primando pela economia de recursos financeiros.

### 3 APLICAÇÃO DA NORMA DE MITIGAR OS PREJUÍZOS

#### 3.1 Críticas doutrinárias à expressão “dever”

É necessário frisar, inicialmente, que conquanto a regra em análise tenha sido denominada como o dever de o credor mitigar seus próprios prejuízos, a doutrina mais abalizada, a exemplo de Mendonça & Coelho (2017, p. 05), inteligentemente, tece críticas à expressão “dever”, por entender que o seu significado não corresponde à exata vocação do instituto, isto é, aos fins a que ele se destina. Aponta-se que, a rigor, o que se propõe é que recaia sobre o credor o ônus de razoavelmente minimizar seus próprios danos, gerados pela inadimplência do devedor.

Com efeito, considera-se a crítica provida de fundamentos. Ora, o cerne do instituto não se relaciona a um dever direcionado ao credor, mesmo porque deveres vinculam ambas as partes contratuais, e caso a norma de mitigação não seja observada pelo credor, somente este sofrerá as consequências de não ser indenizado pelos prejuízos evitáveis, vale dizer, apenas o patrimônio do credor será afetado pela sua inércia. Como anota Lopes (2011, p. 180):

No caso típico de inadimplemento, o devedor descumpre sua obrigação, daí decorrendo, de acordo com a cadeia normal de causalidade, danos para o credor. A ordem jurídica irá, então, atribuir ao devedor a obrigação de indenizar os prejuízos sofridos pelo credor, se estiverem presentes os pressupostos do dever de reparação. Portanto, os prejuízos que serão evitados ou incorridos, conforme o credor aja de acordo com a norma de mitigação ou não, terão repercussão, inicialmente, sobre o patrimônio do próprio credor.

A norma de mitigação, então, se afasta do conceito de dever para se tornar um ônus jurídico que recai sobre o credor.

Registra-se que a palavra “dever” está intimamente ligada a dois sujeitos de uma relação, de modo que um deles deve satisfazer o interesse do outro. Diferentemente, o ônus retrata uma relação do onerado consigo mesmo, sendo a ele franqueado o direito de escolher entre satisfazer ou não seu próprio interesse, e é nesse sentido que se concebe a norma de mitigação, uma vez que caso o credor não envide esforços para relativizar os danos por ele sofridos, agindo em desconformidade com os preceitos de retidão e probidade, a indenização pelas avarias evitáveis não lhe será devida, consequência que repercutirá negativamente no seu patrimônio.



Assim, caso o credor possibilite que os danos ocorram no mundo fático, a ordem jurídica imputa unicamente a ele os prejuízos decorrentes de sua inércia, de forma que a parte contrária sequer será considerada devedora da reparação de tais danos, tornando ilegítima qualquer pretensão do credor em recebe-la.

Como anotam Mendonça & Coelho (2017, p. 18):

A mitigação dos prejuízos não gera uma obrigação da parte prejudicada com o inadimplemento para com a parte inadimplente. Não há um direito subjetivo alheio correspondente a esse “dever”. O instituto insere-se, portanto, na categoria dos ônus jurídicos [...]. O ônus consiste, assim, na necessidade de observância de um certo comportamento como meio de obtenção ou de manutenção de uma vantagem para o onerado. A norma de mitigação dos prejuízos atua, portanto, como um ônus jurídico pois impõe que o credor adote uma certa conduta, e, se não agir em conformidade com a norma, ficará na situação mais desfavorável de não ser indenizado pelos danos evitáveis.

Com base nas premissas acima traçadas, o presente trabalho se referirá ao instituto em exame como um ônus jurídico que recai sobre o credor de dada relação contratual, por considerar que a referida palavra é regada de maior técnica semântica e consentânea com a destinação do instituto.

### **3.2 Origem e conceituação do instituto**

Sabe-se que a reparação das perdas e danos é limitada por três fatores: imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade. Está nesta última limitação o cerne da norma de mitigação, uma vez que em casos tais o credor não obterá indenização por danos que evitou ou poderia ter razoavelmente evitado.

O instituto do *duty to mitigate the loss* originou-se no sistema da *common law*, desenvolvido no contexto de ações de quebra de contrato.

Segundo os ensinamentos de Lopes (2011, apud Farnsworth 2004. p. 229), a tese surgiu a partir de um caso concreto analisado na Inglaterra denominado “Vertue x Bird”, no fim do século XVII. O requerente foi contratado pelo demandado para levar a cavalo algumas mercadorias a determinado ponto de outra cidade. Ocorre que o requerido somente informou os locais de descarregamento seis horas após a chegada do demandante a cidade, fazendo com que os cavalos deste ficassem expostos ao sol, o que causou a morte dos animais. O tribunal, ao analisar o caso, entendeu pela não indenização em virtude do óbito dos cavalos sob a alegação de que o requerente

poderia tê-los retirado do sol ou colocado as mercadorias em qualquer local da cidade, medidas razoavelmente capazes de evitar o dano ocorrido.

Em alguns países de tradição romano-germânica, o instituto foi internalizado, mas vem sendo aplicado de forma variável a depender do sistema jurídico de regência. No Brasil, malgrado inexista norma geral que contemple a regra de mitigação, sua previsão foi garantida no CCB/02 em sede de contratos de seguro, como se verifica do dispositivo abaixo colacionado:

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.  
Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

Da leitura do artigo, infere-se que o legislador impôs ao segurado o dever de informar ao segurador eventual sinistro, bem como de adotar medidas com vistas a amenizar os danos já sofridos, indicando, inclusive, a consequência da sua inércia, qual seja, a perda do direito de indenização, em uma clara expressão do princípio da boa-fé e dos deveres de colaboração direcionado às partes. Embora haja tal previsão tão específica acerca do instituto aplicável aos contratos de seguro, adianta-se desde já, como se defenderá ao longo do presente trabalho, que acredita-se que a sua concretização é possível para além de tal espécie contratual, alargando o seu campo de atuação.

### **3.3 Natureza jurídica da norma de mitigação**

Como regra, uma vez verificado o inadimplemento contratual por parte do devedor, a este cabe indenizar os prejuízos experimentados pela outra parte. Entretanto, passou-se a perquirir ao longo do tempo se estaria o devedor obrigado a reparar também os danos incrementados pelo credor ou os que este poderia minimizar a partir da adoção de medidas razoáveis no plano fático.

Ao caso acima são oferecidas diferentes soluções à luz de cada instituto jurídico adotado pelos países. Nas nações regidas pela *common law*, a consequência do inadimplemento contratual é reparação dos danos em detrimento da execução específica. O Brasil, país de tradição eminentemente romano-germânica, trilhava no mesmo caminho, entretanto, a preferência pela indenização das perdas e danos

tornou-se obsoleta, de modo que na atualidade privilegia-se o direito à execução específica do objeto contratual.

Sobre essa mudança paradigmática, confira-se o magistério de Monteiro Filho (2008, p. 73):

[...] Após longo percurso, estabeleceu-se a reparação integral do dano como um valor importante no ordenamento. Reconheceu-se, mais, que os danos extrapatrimoniais são merecedores de tutela privilegiada, já que fundamentalmente ligados à dignidade da pessoa humana, segundo a normativa da Constituição da República, de 1988. E que o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido pelo Constituinte de 1988 como fundamento da República, deve irradiar-se, prioritária e necessariamente, por todo o sistema jurídico. Por outro prisma, consagrou-se a solidariedade como um valor da República (Constituição República, de 1988, art. 1º, III, e art. 3º, I), solidariedade que, em tema de responsabilidade civil, aponta no sentido da vítima, sempre buscando garantir-lhe uma reparação integral. Em doutrina, consagrou-se a expressão “giro conceitual” de Orlando Gomes: do ato ilícito passou-se ao dano injusto, do causador passou-se à vítima. Ou seja, diante do dano sofrido, a vítima fará jus à reparação integral, independentemente do juízo de reprovação da conduta. Tal movimento de expansão justifica e fundamenta a necessidade de tutela privilegiada dos valores extrapatrimoniais, que projeta seus efeitos no campo da responsabilidade civil a enfatizar sua correlação com a reparação do dano moral, o desprestígio do rigor na apuração da culpa, a flexibilização na comprovação do nexo e, em síntese, a consagração do princípio da integral reparação.

Ainda sobre a regra da execução específica abarcada pelo sistema jurídico pátrio, veja-se o escólio de Lopes (2011, apud Miranda, 1971, p. 197):

A execução em natura ou específica é a que mais perfeitamente reestabelece o estado anterior, ou estabelece o estado que corresponde à justiça. Somente onde a execução específica não se pode obter, ou onde ela não satisfaz, é que se busca a execução no valor, ou, mais claramente, a execução forçada pela retirada e entrega do valor correspondente. **A execução em natura é, portanto, logicamente a regra.** (grifou-se).

No direito nacional, o CCB/02 não positivou uma regra geral de mitigação dos prejuízos, o que fez a doutrina se debruçar sobre o assunto. Nesse sentido, busca-se verificar se o instituto está presente ainda que de forma implícita no sistema jurídico, ou se o silêncio legislativo quanto à sua previsão genérica implica dizer que a sua utilização se restringe aos casos previstos na legislação, a exemplo da hipótese referente ao contrato de seguro, contida no art. 771 do referido diploma legal.

A doutrinadora brasileira Fradera (2004, p. 112), pioneira no assunto na doutrina pátria, escreveu um artigo intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o

próprio prejuízo?”, defendendo a plena aplicação da norma de mitigação dos prejuízos no direito contratual, com arrimo no princípio da boa-fé objetiva, sob o argumento de que o descumprimento desse dever direcionados ao credor é hipótese de culpa de natureza delitual, que acarreta inarredavelmente a indenização das perdas e danos. Dias (2009, p. 03), à luz do referido artigo, dispõe:

Quanto às consequências jurídicas do cumprimento e violação do dever de mitigar, aduz que as despesas decorrentes da adoção de medidas razoáveis para conter o próprio dano seriam acrescidas aos danos suportados pelo credor ou gerariam um crédito distinto das perdas e danos; por outro lado, não cumprido o dever de mitigar e configurado o aumento do prejuízo, incidiria o credor em culpa próxima à de natureza delitual, a justificar o pagamento de perdas e danos.

No mesmo ano, a mesma doutrinadora apresentou à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal proposta de enunciado ao art. 422 do CCB/02, o que resultou na aprovação do Enunciado n° 169, *in verbis*: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Com base nas premissas traçadas é que se pretende analisar a recepção do *duty to mitigate the loss* ao direito brasileiro, isto é, à luz do princípio da boa-fé objetiva, impostor de conduta ética às partes ao longo de toda a marcha contratual.

Isso porque, face ao inadimplemento contratual do devedor, podem ser deflagrados alguns prejuízos ao credor, os quais ele próprio pode atenuar caso opte por trilhar o caminho da probidade proposto pela boa-fé objetiva, privilegiando a cooperação processual e a solidariedade entre as partes, postulados consagrados a partir do direito civil constitucional.

Enquanto cláusula geral, a boa-fé objetiva é maleável a ponto de ofertar ao seu aplicador que adote a medida mais consentânea ao caso concreto. Dentre as consequências de inobservância desse princípio, Lopes (2011, p. 153) aponta as seguintes:

A criação da obrigação de indenizar ou a invalidade de cláusula estipulada. **Outro possível efeito, entretanto, é que a parte poderá ficar impedida de se valer de um direito ou uma posição que, se tivesse agido de boa-fé, estaria legitimado a exercer.** Assim, a boa-fé objetiva poderá ter como desdobramento no direito brasileiro impedir que o credor receba indenização por danos que poderia ter evitado. [...] Além disso, ao introduzir no ordenamento jurídico o comando de que o credor adote os esforços razoáveis para mitigar os danos, as despesas decorrentes de tais esforços passarão a ser consideradas como consequências do inadimplemento e, desta forma, integrarão o valor a ser ressarcido pelo devedor. É, portanto,

imperativa a conclusão de existir no Brasil a norma de mitigação dos danos decorrentes do inadimplemento, extraída dos quadrantes da boa-fé objetiva prevista no artigo 422 do Código Civil, em razão da qual fica o credor impedido de ser indenizado por danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis. (grifou-se).

Nesse contexto, ganha relevância a discussão – que desde já se pretende afastar - existente na doutrina sobre a incompatibilidade da norma de mitigação e da reparação integral dos danos.

### **3.4 Aparente incompatibilidade entre a norma de mitigação e o princípio da reparação integral dos danos**

Sabe-se que no direito pátrio a indenização geralmente é medida pela extensão do dano, conforme inteligência do art. 944, *caput*, do CCB/02. Nesse sentido, invoca a aplicação do princípio da reparação integral dos danos, utilizado com frequência pelos tribunais brasileiros. Nas lições de Carvalho (2014, p. 70) apud Sanseverino (2010, p. 48):

O princípio da reparação integral ou plena, ou da equivalência entre os prejuízos e a indenização, conforme já aludido, busca colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso. Naturalmente, essa tentativa de recolocação da vítima no estado em que se encontra antes do ato danoso é uma ficção, pois em muitas situações [...] isso é operado 'de forma apenas aproximativa ou conjectural'. De todo modo, como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.

À luz do referido dispositivo legal, o grau de culpa do devedor, a princípio, se mostraria irrelevante. Ocorre que o parágrafo único do mesmo dispositivo excepciona a regra ao dispor que a indenização poderá ter o seu montante diminuído caso haja desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, acarretando a divisão de prejuízos entre as partes, o que, por si só, já demonstra que a disposição do *caput* não é absoluta, havendo um raciocínio de regra-exceção, o qual somente foi possível, nas palavras de Monteiro Filho (2008, p. 73) apud Gomes (1989, p. 291), com o “giro conceitual” a que se submeteu a antiga regra de indenização das perdas e danos, dando lugar à preferência pela execução específica do contrato, como já tratado acima. Diante do magnetismo dessa exceção trazida pelo art. 944, parágrafo único, do diploma civil, passa-se ao estudo das suas peculiaridades.

Como visto, o valor da indenização pode ser abrandado caso preenchidos os requisitos do parágrafo único do art. 944 do CCB/02. Inicialmente, destaca-se que o grau de culpa do agente há de ser excessivamente desproporcional à extensão do dano verificado, ou seja, não se admite uma desproporção qualquer; pelo contrário, exige-se que ela seja de fato expressiva para que se possa aventar a possibilidade de redução equitativa da indenização. Particularmente quanto ao grau de culpa, a melhor doutrina leciona que, para a aferição do valor devido, é preciso atentar-se, na verdade, à conduta do devedor, despreocupando-se em graduar a sua culpa, até mesmo para fins de afastar quaisquer injustiças nos casos concretos, como explica Monteiro Filho (2008, p. 81):

[...] o fato de o parágrafo único do art. 944 se referir a uma gradação da culpa do ofensor, em sede de quantificação (segundo momento), significa que a dicção legal deve albergar, inclusive, o grau de culpa “zero”. Em outras palavras, a interpretação contemporânea a ser dada à norma recomenda que se proceda à análise da “conduta” do ofensor, e não propriamente à análise do grau de sua culpa, para os efeitos do cálculo do *quantum*. Dessa forma, afasta-se o risco de uma contradição incompatível com a noção da unidade do sistema que representa o ordenamento jurídico: o paradoxo de o agente causador que agiu com culpa ser beneficiado com a redução ao passo que aquele que age sem qualquer culpa (ou em grau zero, como ora se propõe) vir a ser obrigado à reparação integral.

Além da excessiva desproporção entre a extensão do dano e o grau de culpa do agente, o dispositivo legal clama que a redução do valor da indenização deve ser realizada pelo magistrado de forma equitativa. Formalmente, isto é, de acordo com a letra fria da lei, a razão de existir desse requisito reside no fato de que, caso a redução não fosse necessariamente equitativa, penalizar-se-ia um ofensor que, por descuido do momento, causa graves danos a outrem. Contudo, tal exigência não é assim concebida na atualidade, nos termos do ensinado por Monteiro Filho (2008, p. 83):

[...] os avanços doutrinários contemporâneos mostram que a aplicação da lei não se restringe à mecânica da mera subsunção do fato à norma. [...] o juiz na interpretação e aplicação do Direito deve levar em consideração o ordenamento jurídico inteiro, com seus princípios e valores, e não somente o dispositivo legal específico sob exame. [...] Em conclusão, a invocação da equidade sublinha e enfatiza a necessidade do preenchimento do conteúdo da lei pela normativa constitucional e sua tábua axiológica, segundo as quais a necessidade de se garantir um patrimônio mínimo tanto ao causador do dano quanto à vítima ocupa papel de destaque.

Nesse sentido, argumenta-se que tal exceção deve ser interpretada com muita cautela, e conjugada com as demais regras e princípios do ordenamento, dentre eles o da boa-fé objetiva, a qual refuta qualquer possibilidade de o credor ser reparado de danos por ele evitáveis quando do inadimplemento causado pela parte contrária, situação que faz com que alguns sustentem que a reparação integral dos danos conflita com o instituto da mitigação dos prejuízos.

Essa afirmação, entretanto, não merece prosperar. A reparação integral dos danos tem por objetivo possibilitar que o credor seja indenizado pelos danos que efetivamente experimentou, não podendo receber valor menor do que a sua perda, o que não destoa da realidade proposta pelo *duty to mitigate the loss*. Ora, se o credor à luz da norma de mitigação não é indenizado pelos próprios prejuízos que poderia ter evitado esforços para amenizar, certamente agiu em desacordo com os ditames da boa-fé, caso contrário estaria acobertado pela regra contida no art. 944, *caput*, do CCB/02, não fazendo jus à reparação ilimitada dos danos, inexistindo qualquer injustiça na atuação defensiva da boa-fé objetiva.

Acerca do assunto, o magistério de Lopes (2011, p. 171):

Parece evidente que a norma contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada por seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação integral do dano e a boa-fé objetiva. 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. [...] Diante de tal quadro, faz-se necessário realizar a ponderação entre essas duas normas, sendo de se concluir que deve prevalecer a limitação da indenização aos danos inevitáveis. A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. Além disso, promove a eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos, tendo como consequência evitar a perda de recursos econômica e socialmente relevantes. Por outro lado, a reparação integral – na faceta indenizabilidade de todo dano, como chamou Pontes de Miranda – tem por fim evitar uma situação de injustiça para a vítima: receber menos do que perdeu. Na aplicação da norma da evitabilidade, entretanto, essa injustiça não se verifica, pois a parcela do prejuízo que não será indenizada ao credor é justamente aquela que ele poderia ter evitado. O credor não receberá parte dos danos sofridos porque não agiu de boa-fé, não cooperou para que tais

prejuízos não ocorressem. Portanto, na ponderação dos valores que informam a aplicação das duas regras – reparação integral do dano e limitação aos danos evitáveis – identifica-se clara prevalência daqueles que servem de sustentáculo à norma de minimização. 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. [...] 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 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.

Infere-se, portanto, que ambos os institutos, além de não serem obstáculos uns aos outros, podem ser aplicados até mesmo de maneira concatenada, embora em momentos diferentes.

Superado o aparente imbróglio relativo à impropriedade da regra de mitigação com a reparação integral do dano, cabe analisar as implicações daquela no cálculo indenizatório.

Na indenização devida ao credor considerar-se-ão seus ganhos com a observância da norma de mitigação, bem como a possibilidade de ele recuperar os custos despendidos com a adoção das medidas levadas a efeito durante a tentativa de minimizar o prejuízo. A esse respeito, Lopes (2011, p. 187) enumera três situações, as quais serão adotadas no presente trabalho, para apresentar as peculiaridades trazidas pelo instituto em estudo:

Pode-se, assim, formular a norma de mitigação para aplicação no direito brasileiro da seguinte forma: (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.

O item “a” representa a doutrina da evitabilidade. De seu turno, o item “b” é expressão do princípio *compensatio lucri cum damno*. Por fim, a letra “c” consagra possibilidade favorável ao credor de haver os custos que teve visando evitar maiores



danos após o inadimplemento contratual. Passa-se à análise de cada um separadamente.

O inadimplemento contratual gera danos evitáveis e inevitáveis. Nessa linha de raciocínio, de acordo com a regra da evitabilidade, em não havendo a adoção pelo credor das providências necessárias e possíveis para minimizar os primeiros, receberá uma indenização menor do que o prejuízo sofrido. Há que se reconhecer a indeterminação da norma, uma vez que a caracterização dos danos evitáveis ou não apenas será possível à luz do caso concreto, quando então se apontará se o credor se desincumbiu ou não do ônus jurídico que lhe fora imposto.

O item “b” torna possível o desconto de valores auferidos pelo credor com inadimplemento do devedor, os quais não teriam sido angariados caso o contrato fosse cumprido em sua integralidade. Para retratar a presente hipótese, Lopes (2011, p. 198) exemplifica com um caso ocorrido com as turbinas de um metrô da Inglaterra, *in verbis*:

[...] se concluiu que o comprador das turbinas não teria direito a perdas e danos porque o inadimplemento fez com que comprasse turbinas mais modernas, que consumiriam menos combustível, sendo os ganhos daí decorrentes maiores que os prejuízos. **O reconhecimento da norma de mitigação no direito pátrio levaria a igual resultado, se caso semelhante fosse julgado no Brasil.** (grifou-se)

Por último, ao credor é facultado haver do devedor as despesas na busca de minimizar os danos do inadimplemento. Antes, entretanto, os esforços do credor passarão sob o crivo do julgador, a quem cabe analisar, pautado pela razoabilidade, se os recursos de fato foram utilizados para o fim necessário. Caso a resposta seja positiva, tais valores integrarão as perdas e danos, sendo plenamente passíveis de indenização.

### 3.5 Operações substitutivas

A CISG fornece ao credor a discricionariedade para escolher as sanções a serem impostas à parte contrária e, como já dito no presente trabalho, admite a regra de mitigação apenas em relação à sanção de perdas e danos. Considerando que a legislação brasileira privilegia a execução específica do contrato, uma vez que essa proporciona ao credor situação semelhante àquela que ocorreria caso o objeto contratual fosse efetivamente adimplido pelo devedor, forçoso concluir que a norma

de mitigação é aplicável ao direito pátrio caso o credor pretenda a indenização por perdas e danos, seja ela requerida isoladamente ou cumulativamente com a tutela específica ou com a resolução do contrato.

Com base na premissa acima é que exsurtem as operações substitutivas. Constituem mecanismos a disposição do credor para evitar maiores prejuízos em razão do inadimplemento contratual imputado ao devedor. Nesse contexto, é possível que o credor busque no mercado terceira pessoa capaz de fazer as vezes do devedor no que tange ao cumprimento do objeto contratual, providência cabível nas obrigações de dar e de fazer.

Antes de adentrar especificamente no tema das operações substitutivas, impõe trazer à tona as lições de Tepedino et al (2008, p. 33) sobre o conceito das obrigações de dar e de fazer:

A abordagem categorial do direito das obrigações reduz tradicionalmente o objeto da obrigação (a prestação) a três espécies de conduta do devedor: dar, fazer e não fazer. Em apertada síntese, a obrigação de dar consiste na entrega de uma coisa, enquanto a obrigação de fazer tem como objeto uma atuação do devedor [...]. É certo que, sob o ponto de vista lógico, entregar alguma coisa (dar) não deixa de ser um agir - um fazer - do devedor. [...] Todavia, na dogmática das obrigações de dar, a ênfase se encontra sobre o bem a ser entregue ao credor, enquanto nas obrigações de fazer a atenção do ordenamento jurídico centra-se sobre o próprio comportamento do devedor. Assim, a obrigação de vender uma escultura caracteriza uma obrigação de dar, mas a obrigação de esculpir o busto e ser entregue ao credor configura uma obrigação de fazer, ainda que a entrega se encontre contida na avença a distinção, baseada no maior relevo de um aspecto ou outro da relação obrigacional, pode, na análise de situações concretas, dar margem a dúvidas tormentosas. Por esta razão, talvez fosse melhor distinguir as obrigações apenas em positivas - aquelas que têm como objeto uma ação (dar ou fazer) do devedor - e negativas - aquelas que têm como objeto uma abstenção do devedor (não fazer). [...] Nada obstante, o Código Civil brasileiro de 2002 conservou a classificação entre obrigações de dar, fazer e não fazer, já adotada pela codificação de 1916.

Em relação à obrigação de dar, inadimplido o contrato, o credor disporá de livre escolha no que toca à medida direcionada ao devedor: poderá optar pelas perdas e danos ou tutela específica, podendo ambos ser cumulados. Em qualquer caso, se presentes as perdas e danos, a norma de mitigação terá aplicabilidade. Nessa situação, adotada a medida de mitigação pelo credor, a indenização resultará da diferença entre o valor da operação substitutiva e o valor do contrato inadimplido, isto é, o credor será indenizado pelo prejuízo que efetivamente sofreu. Caso contrário, ou

seja, se o credor não ajustar a sua conduta de acordo com a norma de mitigação, a indenização será calculada abstratamente e será limitada pelo *duty to mitigate the loss*, haja vista que considerará o fato de que o indenizado não adotou as medidas razoavelmente cabíveis para evitar maiores prejuízos ao objeto contratual.

No que respeita à obrigação de fazer, o credor poderá optar pela execução *in natura* da obrigação ou por ser indenizado pelas perdas e danos advindos do inadimplemento contratual. No primeiro caso, poderá o objeto contratual ser realizado pelo próprio devedor ou por terceira pessoa escolhida pelo credor às custas da parte contrária e, a despeito de o credor possuir o ônus de adiantar as custas, o fará com a certeza de que será ressarcido de tais importes. Por outro lado, escolhida a indenização por perdas e danos, esta abrangerá os danos emergentes e os lucros cessantes, mas será também limitada pelos danos que poderiam ter sido evitados pelo próprio credor através de medidas minimamente razoáveis, aí incluídas as operações substitutivas.

Lopes (2011, p. 200) enfatiza que é mais vantajoso ao credor optar pela execução da tutela específica em detrimento das perdas e danos, uma vez que naquela o valor a ser indenizado será fixado judicialmente, porquanto equivalente ao montante contratado:

[...] Se o credor opta por perdas e danos, ao invés de tutela específica da obrigação de fazer por meio da contratação judicialmente mediada de terceiro, terá menos certeza quanto ao montante da indenização. **Na tutela específica, como há autorização judicial prévia, sabe-se que o valor contratado é razoável e será despesa a ser ressarcida pelo devedor.** Se opta pelas perdas e danos e contrata a operação substitutiva no mercado, o credor estará sujeito à verificação a posteriori com os valores de mercado e com certa boa vontade em relação à conduta adotada pelo credor prejudicado pelo inadimplemento. (grifou-se).

Em qualquer caso, isto é, seja na obrigação de dar, seja na obrigação de fazer, o volume perdido deve ser obrigatoriamente observado, como exemplifica Lopes (2011, p. 201):

[...] Imagine que uma pessoa foi contratada para ser técnico de um time de futebol por doze meses. No segundo mês, foi demitido, mas imediatamente foi contratado para treinar outro time. Pode-se, então, aplicar as perdas e danos pela operação substitutiva realizada, de acordo com o padrão concreto. Se o novo time lhe paga uma remuneração maior que o antigo, não haverá indenização. Caso contrário, a diferença será a indenização entre o que pagava o antigo e o que paga o novo, pelos dez meses de contrato que restavam,

desde que a nova contratação tenha sido razoável. O mesmo critério, entretanto, não pode ser usado para o caso seguinte: uma pessoa contratou a locação de um automóvel pelo período de uma semana junto a uma grande sociedade do setor. O locatário, entretanto, não foi retirar o automóvel na data prevista. Naquele mesmo dia, a locadora fez várias outras locações de carros similares. No entanto, nenhuma delas pode ser considerada substituta do contrato inadimplido, pois a locadora ainda tinha vários veículos semelhantes no estoque e poderia ter feito todas as locações daquele dia, mais aquela que foi inadimplida. Nesse caso, o inadimplemento do locatário representa perda do volume.

Nota-se, destarte, a possibilidade do não reconhecimento da operação substitutiva em alguns casos, ainda que seja levada a efeito pelo credor operação semelhante àquela inadimplida pelo outro sujeito contratual, uma vez que a nova relação não possui o condão de substituir a primitiva. Em casos tais, far-se-á a apuração do valor a ser indenizado pelo critério geral, vale dizer, danos emergentes e perdas e danos.

### **3.6 Conceito de razoabilidade das medidas passíveis de adoção pelo credor**

Muito foi dito ao longo do presente trabalho acerca do ônus que recai sobre o credor para que adote as medidas tendentes a minimizar os danos decorrentes do inadimplemento do devedor e da forma razoável por meio da qual tais atos devem ser levados a efeito. É preciso, então, destacar o que se entende por razoabilidade dos meios hábeis a evitar maiores danos ao objeto contratual, primeiramente relembrando os aspectos das operações substitutivas e posteriormente procedendo um raciocínio a contrário *sensu*, isto é, do que se entende como medidas desarrazoadas, sem a intenção de esgotar o objeto do estudo, uma vez que, repise-se, cada caso concreto deverá ser analisado de acordo com as suas especificidades.

Inicialmente, ressalta-se que a norma de mitigação somente tem aplicabilidade depois de verificado o inadimplemento contratual por parte do devedor. Dessa forma, diz-se que uma das maneiras de evitar a ocorrência de danos é a utilização de operação substitutiva caso a prestação tenha por objeto coisa fungível e, consoante afirma Lopes (2011, p. 30), essa operação “pressupõe a existência de um mercado para aquele bem ou serviço”. Cabe destacar que ainda que a operação substitutiva acarrete maiores vantagens ao credor, a parte contrária não poderá se valer de tal alegação na intenção de se beneficiar.

Demais disso, sabe-se que a norma de mitigação é direcionada ao credor prejudicado para que empregue meios razoavelmente capazes de evitar danos ao contrato. Vale reforçar que medidas razoáveis deixam de ser assim consideradas caso se mostrem incompatíveis com a situação do credor. Nesse sentido, por exemplo, se o credor não dispuser de condições financeiras para subsidiar a adoção de tais medidas e o dano vier a ser deflagrado no mundo fático, a indenização não será limitada pelo instituto em análise.

Na linha do que disciplina Lopes (2011, p. 39):

Não é esperado que, para minimizar os danos, o credor faça um sacrifício de seus próprios interesses, que passe por dificuldades financeiras, que reduza sua classificação de crédito ou que renuncie a direitos seus. Também não é considerado razoável a medida que implique o cometimento de um ilícito pelo credor, no descumprimento de um outro contrato ou da palavra dada.

Vê-se, pois, que o instituto não espera atitudes heroicas do credor ou que lhe sejam humilhantes para que consiga obedecer a norma de mitigação e amenizar um prejuízo causado pelo devedor, sob pena de serem invertidos os papéis da relação jurídica contratual, penalizando o credor por uma atitude inadimplente da parte adversa. Desta feita, caso o credor esteja faticamente impossibilitado de adotar tais condutas, não lhe será reduzido o valor da indenização.

É crucial aduzir que não se exige que o dano seja efetivamente evitado, mas tão somente que o credor adote as medidas tendentes a evitá-lo, ainda que não obtenha êxito em tal empreitada.

Nesse contexto insere-se a razoabilidade com a qual deve o credor atuar no momento da escolha da conduta a ser adotada para minimizar os danos ao objeto contratual. Significa dizer que caso ele detenha uma opção mais temerosa do que a outra, certamente deverá pautar seu agir com base na segunda; caso contrário, entende-se que não se desvencilhou do seu ônus de mitigação dos prejuízos. Faz-se apenas um alerta no sentido de que as circunstâncias de razoabilidade devem ser aferidas no momento da conduta, e não a partir de um juízo valorativo posterior, como explica Lopes (2012, p. 41):

[...] a avaliação da razoabilidade das medidas à disposição do credor é feita à luz das informações disponíveis e demais circunstâncias (inclusive o grau de conhecimento do credor naquela situação e, em certos casos, a necessidade de se tomar uma decisão rápida) presentes no momento em que o credor teve que tomar a decisão. A

avaliação de razoabilidade não é realizada tomando por padrão a ausência de pressões inerentes ao tempo e com base nas informações disponíveis *a posteriori*, quando uma das medidas já foi testada.

É importante mencionar que o instituto exige que as medidas tendentes a minimizar os danos sejam adotadas imediatamente pelo credor com o fim de evitar que este se valha da norma de mitigação para lucrar indevidamente sobre o devedor. Não obstante, certo é que o conceito de imediatismo deve ser tomado à luz de cada caso concreto, consignando, a título de curiosidade, que o maior lapso temporal registrado é de 08 (oito) anos, como registra Lopes (2011, apud Bates, 1992, p. 273).

### **3.7 A norma de mitigação e o prazo prescricional**

Urge afastar qualquer proximidade entre a norma de mitigação e o exercício tardio de um direito, o qual está intimamente ligado aos prazos prescricionais. Com efeito, o instituto da prescrição tem sua razão de existir, dentre outros fundamentos, na tão buscada segurança jurídica e disciplina no CCB/02 os prazos em que um direito não mais pode ser exigido judicialmente, sendo norma de ordem pública. Sendo assim, é irrelevante e até mesmo ilógico ventilar qualquer questionamento sobre o tempo demorado pela vítima para intentar eventual ação judicial se o fizer dentro do prazo prescricional, não podendo ser esse um dos fundamentos para a aproximação do *duty to mitigate the loss* ao direito brasileiro.

Isso implica dizer que caso a parte exerça o seu direito de ação nos limites do prazo prescricional estipulado pelo diploma civil, não poderá o julgador promover um juízo de valor na demora existente entre a ocorrência do dano e o ajuizamento da demanda. Não é esse o propósito da norma de mitigação; o que se visa com a sua internalização no sistema jurídico pátrio é que o credor, mediante o emprego de ações razoáveis e proporcionais, tenda a minimizar os seus próprios danos causados pela inadimplência do devedor, sob pena de não ser indenizado posteriormente por aqueles prejuízos passíveis de serem evitados.

### 3.8 A indispensabilidade da norma de mitigação em face dos contornos do nexos causal

Tecidas as devidas considerações sobre a norma de mitigação, impõe analisar a sua distinção para com os casos de culpa exclusiva da vítima, atendo-se sobremaneira ao nexos de causalidade.

Com efeito, o *duty to mitigate the loss* trata da determinação do nexos de causalidade. Em apertada síntese, entende-se por nexos de causalidade ou nexos causal o liame jurídico existente entre determinada conduta e o resultado dela decorrente. Farias & Rosenvald (2015, p. 365) anotam que o nexos causal não era apontado como um dos pressupostos da responsabilidade civil clássica, que se contentava apenas com as figuras da culpa e do dano. Nos dizeres dos autores:

Provavelmente esse distanciamento dos estudos sobre o nexos causal se deveu à forte herança moral da noção de culpa como núcleo da responsabilidade civil. A necessidade de demonstração do mau comportamento do agente praticamente frustrava a maior parte das demandas reparatórias em sua origem, sendo assim desnecessário o recurso ao nexos causal por parte do suposto ofensor. Em sentido contrário, quando demonstrada a culpa, já se considerava automática e implicitamente acertada a relação de causalidade. Poder-se-ia dizer que o nexos causal era um apêndice da culpa. Ocorre que atualmente as demandas que se amoldam à responsabilidade objetiva dispensam o filtro de contenção do ilícito, restando apenas ao lesante o recurso ao nexos causal como forma de exclusão da obrigação de indenizar. Isso implica na adoção de uma linha de raciocínio objetiva e técnica por parte dos julgadores e na autonomização e consequente valorização do pressuposto do nexos causal.

Todavia, na atual conjuntura, com a evolução do direito civil, diz-se que a obrigação de indenizar exsurge a partir do liame entre uma atividade de risco e o dano gerado. É o nexos de causalidade o pressuposto determinante no sentido de demonstrar o responsável por reparar o dano e quais são as medidas de sua reparação nos casos de responsabilidade civil objetiva, sendo certo que nos casos em que ela se apresenta na sua modalidade subjetiva, ainda há que se buscar a culpa do agente.

Sobre os desdobramentos do nexos de causalidade colaciona-se o excerto de Pinheiro (2012, p, apud Noronha 2003, p. 619):

O nexos de causalidade deve ficar provado, mesmo que muitas vezes tal prova seja inferida pelo juiz, a partir de presunções simples, isto é, das 'regras de experiência comum subministradas pela observação do

que ordinariamente acontece, como se diz no art. 355 do Código de Processo Civil. [...] Quando existirem indícios suficientes para que o juiz possa admitir como provada a causalidade, ligada ao fato ou à atividade do indigitado responsável, este, para se eximir, terá de demonstrar que, apesar da adequação geral entre o fato que lhe é imputado e o dano, este, no caso concreto, aconteceu devido à ocorrência de um outro fato, a ele estranho e inevitável, por isso configurando uma causa nova, independente do fato ou da atividade que lhe são atribuíveis.

Ao proceder ao exame da causalidade, o magistrado já cuida de vislumbrar se o comportamento da vítima terá impacto na responsabilidade do ofensor, atenuando-a ou até mesmo eliminando-a. Como explica Schreiber (2012, p. 68):

Admite-se, tradicionalmente, que o nexo de causalidade pode ser interrompido pela intervenção de fatores estranhos à cadeia causal, desde que aptos a romper o liame de causalidade inicial entre a atividade do agente e o dano. Como excludentes de causalidade – e, conseqüentemente, de responsabilidade – apontam-se três categorias fundamentais: (i) o caso fortuito ou força maior; (ii) a culpa exclusiva da vítima; e (iii) o fato de terceiro.

Em tais casos, isto é, de atenuação ou mesmo de interrupção do nexo causal e, por via de consequência, de exclusão da responsabilidade civil, não há falar em aplicação da norma de mitigação, não podendo esses institutos serem confundidos nos casos práticos, sob pena de deturpação das suas finalidades.

É dizer, em nada se confundem as hipóteses deslindadas à luz do exame de causalidade com aquelas voltadas ao *duty to mitigate the loss*. Ou seja, não se deve confundir os institutos da culpa concorrente, culpa exclusiva da vítima e o *duty to mitigate the loss*. Os dois primeiros, relacionados respectivamente à flexibilização e eliminação do nexo causal, dizem respeito aos casos em que a vítima, com sua conduta prévia, influi na ocorrência do inadimplemento contratual, o que terá reflexo no âmbito da causalidade, e não da culpabilidade, como fazem sugerir as nomenclaturas.

A norma de mitigação, por outro lado, além de não figurar como um pressuposto da responsabilidade civil contratual, ganha relevo após a deflagração do inadimplemento, de modo que o lesado deve agir em momento posterior para evitar ou minimizar os danos. Não é correto afirmar que a inércia do lesado possui poder de interferir na causação do dano, pelo contrário, este já ocorreria independentemente de alguma postura da vítima, a qual deve agir apenas para evitá-lo por completo ou



minimizar suas perdas, não havendo falar em nexos causal entre a sua abstenção e a deflagração do dano.

Desse modo, reserva-se à norma de mitigação os casos que não possam ser resolvidos com a análise da causalidade. Como bem delineia Pinheiro (2012, p. 23):

Se o comportamento da vítima for decisivo para a ampliação do prejuízo, ou seja, for considerado causa, haverá a interrupção do nexo de causalidade e [...] não mais se tratará, portanto, de *duty to mitigate the loss*.

Como explica Pereira (2005, p. 670), de nada serviria a norma de mitigação caso os danos decorrentes da conduta inicial fossem solucionados à luz das excludentes de responsabilidade de culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

A despeito das diferenças que circundam o nexo de causalidade e a norma de mitigação, Carvalho (2014, p. 77) aponta uma situação em que caberia a limitação do *quantum* indenizatório pela aplicação de ambos os institutos:

Não obstante essas distinções nos pareçam absolutamente acertadas, certamente existiriam exemplos de situações em que a indenização poderia ser recusada quer por falha no dever de mitigação de danos, quer por responsabilidade concorrente da própria vítima do dano. Um exemplo seria a situação em que a parte contratante, após o inadimplemento, adota medidas não razoáveis e majora o dano causado: *v.g.*, o comprador de um maquinário que, ciente de um defeito apresentado pelo equipamento, inicia sua utilização e produz mercadorias defeituosas.<sup>188</sup> Sob a perspectiva do dever de mitigar danos, pode-se concluir que o comprador deixou de adotar medidas mitigatórias ou, se imaginava que a produção não seria diretamente afetada pelo defeito do equipamento, deixou de agir razoavelmente ao iniciar a produção sem realização prévia dos testes necessários. A indenização pelo dano causado à produção poderia, portanto, ser excluída. Outra abordagem diferente que permitiria a mesma conclusão seria entender a conduta do comprador como concorrente para o dano causado – ao menos no que tange à produção defeituosa – e afastar a indenização pela ausência de causalidade entre o inadimplemento do contrato e o dano.

Demais disso, há que se ter em mente que o fato de determinado caso concreto ter solução à luz de ambos os institutos não retira tamanha importância da aplicação do *duty to mitigate the loss*, como anota Carvalho (2014, p. 78):

Se sob exame situação em que a parte prejudicada poderia reduzir o dano decorrente do inadimplemento através da adoção de medidas razoáveis, concluir-se-á que a omissão ou recusa em adotar essas medidas só poderia ter consequências jurídicas se reconhecido o dever de mitigação de danos. [...] Equiparar a mitigação de danos à contribuição concorrente ou exclusiva da vítima para o dano continua

parecendo, pois, uma excessiva simplificação de um tema certamente mais complexo e multifacetado.

Do exposto, vislumbra-se a necessidade de afastar qualquer confusão teórica ou prática entre ambos os institutos em comento. Haverá aplicação efetiva da norma de mitigação quando, mesmo presente a causalidade entre a conduta do ofensor e o dano experimentado pela vítima, a esta for direcionado o ônus de adoção de medidas razoavelmente hábeis a impedir a propagação do dano, na medida em que este ocorre em momento anterior à aplicação do *duty to mitigate the loss*.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho, identificou-se que o *duty to mitigate the loss*, instituto idealizado nos países regidos pela *common law*, ganhou gradativa repercussão nos demais sistemas jurídicos, notadamente por parte de sua jurisprudência, a despeito de certa negligência doutrinária nesse sentido.

Nesse contexto, a forma internalização da norma de mitigação variou conforme a ordem jurídica estudada. No Brasil, país foco do presente estudo, a mais abalizada doutrina se inclinou para a aplicação do instituto com arrimo no princípio da boa-fé objetiva, especificamente a partir de uma das suas figuras parcelares, nos termos dos artigos 422 e 187 do CCB/02 e da vedação ao abuso do direito, verdadeiros espelhos do princípio da solidariedade social, em muito propalado pela CRFB/88.

Com base em tais premissas, o credor prejudicado pelo inadimplemento causado pelo devedor possuirá o ônus jurídico de agir na medida do razoável a fim de evitar ou minimizar seus próprios prejuízos, sob pena unicamente de arcar com os mesmos; caso o faça, ser-lhe-á pago um montante indenizatório pelos custos incorridos no intuito de minimizar os danos. Nessa seara, ganhou relevo a discussão sobre a conceituação e mensuração de medidas razoáveis, tendo sido abordado um raciocínio a contrário *sensu*, ou seja, perquirindo-se o que não se mostra razoável, na medida em que o leque de possibilidades existentes nos casos concretos é significativa e impossibilita a fixação de um conceito de razoabilidade.

Buscou-se, ainda, afastar qualquer incompatibilidade entre a norma de mitigação e o princípio da reparação integral dos danos, na medida em que ambos coexistem harmonicamente.

Além disso, visou-se distinguir o *duty to mitigate the loss* de institutos outros que, em um primeiro momento, podem conferir a aparência de inutilidade à norma de mitigação, tais como a prescrição, o nexo de causalidade – um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Por fim, é de se ressaltar que a norma de mitigação tende a ser aplicada com maior frequência aos casos levados ao Poder Judiciário, uma vez que possibilita a solução de diversos imbróglis inerentes aos contratos e à responsabilidade civil. Para tanto, é indispensável que maiores estudos recaiam sobre o tema, especialmente por parte dos doutrinadores e aplicadores das normas, para que o instituto seja utilizado em sua inteireza e atinja os fins a que se destina.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 20 mar. 2017

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Beatriz Veiga. *O “dever” de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do direito brasileiro*. 2014. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Dias, Daniel Pires Novais. *O duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Disponível: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:F0XvHfrSQWMJ:www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/%25201894/1441+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 27 mar. 2017.

FARIAS, Cristiano chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 250p. Dissertação (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2011.

LUSTOSA, Paulo Franco. *O abuso do direito e seus reflexos na responsabilidade civil*. In: Problemas de responsabilidade civil. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Revista Brasileira de Direito Comparado, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*. Rio de janeiro, 2006. Disponível: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>. Acesso em: 26 abr 2017.

MENDONÇA, Bruna Lima de; COELHO, Camila Aguilera. *O ônus de mitigação dos próprios prejuízos no ordenamento jurídico brasileiro*. Organizador: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Artigo 944 do código civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral*. Revista de Direito da PGE. Rio de Janeiro, nº 63, jul/2007 – jul/2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil Comentado IV*. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 13. Rio de Janeiro, abr-jun/2012.

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM**

**LARA GUIO LEAL**

**ANÁLISE DA INTERNALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO DUTY TO MITIGATE THE  
LOSS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM  
2017**