



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO PFLÜGER ZANARDI

**O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) NA
RESPONSABILIDADE CIVIL: Recepção no direito brasileiro e aplicação
jurisprudencial**

Florianópolis

2016

LEONARDO PFLÜGER ZANARDI

**O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) NA
RESPONSABILIDADE CIVIL: Recepção no direito brasileiro e aplicação
jurisprudencial**

Monografia submetida à Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Henrique Lima Reinig

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

Ao 1º dia do mês de dezembro do ano de 2016, às 16 horas, na Sala 206 do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “**O Ônus De Mitigar o Prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) na Responsabilidade Civil: Recepção no direito brasileiro e aplicação jurisprudencial**”, elaborado pelo acadêmico Leonardo Pflüger Zanardi, matrícula 13101431, composta pelos membros Guilherme Henrique Lima Reinig, Carolina Medeiros Bahia e Dóris Ghilardi, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota _____ (_____), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

- Aprovação Integral
 Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Florianópolis, 1º de dezembro de 2016.

Guilherme Henrique Lima Reinig
Professor Orientador

Carolina Medeiros Bahia
Membro de Banca

Dóris Ghilardi
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O ônus de mitigar prejuízo (duty to mitigate the loss) na responsabilidade civil: recepção no direito brasileiro e aplicação jurisprudencial**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Leonardo Pfluger Zanardi**, defendido em **01/12/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

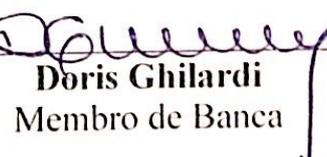
Florianópolis, 1 de Dezembro de 2016



Guilherme Henrique Lima Reinig
Professor(a) Orientador(a)



Carolina Medeiros Bahia
Membro de Banca



Doris Ghilardi
Membro de Banca

Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: **Leonardo Pflüger Zanardi**

RG:

CPF:

Matrícula: **13101431**

Título do TCC: **O Ônus De Mitigar o Prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) na Responsabilidade Civil: Recepção no direito brasileiro e aplicação jurisprudencial**

Orientador(a): **Guilherme Henrique Lima Reinig**

Eu, **Leonardo Pflüger Zanardi**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1º de dezembro de 2016.

Leonardo Pflüger Zanardi

Aos meus pais, Marco e Anne, por tudo que sempre fizeram para que eu tivesse uma bela formação! À minha irmã, Paula, pelo apoio remoto, sempre que necessito. À minha namorada, Mayumi, pela motivação e compreensão. Por fim, ao meu avô, que tanto amo e me orgulho de sua trajetória, Werner Pflüger!

AGRADECIMENTOS

Muitos foram os que me acompanharam e apoiaram durante toda a faculdade e também na confecção deste trabalho. Em geral, agradeço a todos estes pelo companheirismo e por entenderem quando não pude comparecer a algumas confraternizações, pois estava comprometido a cumprir esta meta em tão curto prazo.

Em especial, agradeço meus pais Marco e Anne, por sempre me fornecerem as melhores oportunidades de estudo possíveis, focando investimentos na minha formação. Agradeço também a minha irmã Paula, que traçou semelhante caminho antes de mim, servindo como guia. Por fim, à minha família em geral, por todo o carinho, apoio e por comemorarem minhas vitórias comigo!

À minha namorada não poderiam faltar agradecimentos. Com sua virtuosidade e seus valores, sempre me ajuda a manter o foco, a não desanimar, a me sentir bem! Obrigado!

Aos meus amigos, agradeço pela confiança que depositam em mim, não só no curso, mas já futura na carreira.

Dentre eles, quero agradecer pela sorte que tive em conhecer Bernardo Humeres, na primeira *Calourosa*, em 2013.1. Desde então, nos tornamos amigos quase que inseparáveis, tanto para estudos como para lazer. Obrigado pelo companheirismo, por todos os debates jurídicos e ajudas durante o curso, e também, pela precisa correção deste trabalho. Espero ter retribuído um pouco disso tudo!

Obrigado também à Marjorie Carvalho por toda a ajuda proporcionada à sala durante o curso, assim como pelo imprescindível auxílio na formatação deste trabalho.

Reconheço também a grande importância dos chefes e colegas de estágio que tive. Primeiro, ao grande amigo e advogado Artur Vinícius Chaves Corrêa, que me ajudou a criar meus “alicerces jurídicos”. Agradeço também aos advogados Saulo e Cláudio pelas lições que me proporcionaram. Por fim, agradeço ao Procurador da República Daniel Ricken, com quem pude aprimorar diversos atributos, absorvendo muito de sua sagacidade e rapidez no pensamento. Lá também tive a grande oportunidade de conhecer Roseli Adriana dos Santos, grande mulher, com imenso potencial e enorme coração, que com suas experiências de vida sempre me manteve animado, firme e confiante; assim como pude conhecer Adalizer Junior, excelente companheiro e futuro brilhante profissional!

Agradeço, em geral, a todos os professores pelos ensinamentos transmitidos. Nós, estudantes, percebemos quando se leciona de verdade, com coração, quando há vontade de passar ensinamentos, além de apenas conteúdo. Também agradeço a Rafael Peteffi, por ter me apresentado o tema durante suas excelentes aulas.

Por fim, agradeço à banca que analisa o presente trabalho. Nesta estão dois professores com os quais me identifiquei muito durante o curso: Guilherme Reinig e Carolina Bahia. Gosto muito de vocês, tanto como professores, quanto como pessoas; continuem assim! Além deles, convidei Dóris Ghilardi, atual professora de Responsabilidade Civil, a quem desejo muito sucesso e agradeço pela participação.

RESUMO

O ônus de mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*) estimula a parte prejudicada em uma relação aquiliana ou contratual a adotar as medidas razoáveis para diminuir ou evitar o próprio prejuízo. Segundo a “norma de mitigação”, a vítima/credor só será indenizada pelos danos que não tinha como evitar.

O objetivo deste trabalho é ampliar o conhecimento da comunidade acadêmica e jurídica quanto ao ônus de mitigação, além de avaliar se sua aplicação no Brasil é permitida, por meio de princípios, tratados internacionais, convenções e interpretação analógica, uma vez que aqui não está positivada. Por fim, analisa-se como sua aplicação é feita e como ela deve ser.

Palavras-chave: *Duty to mitigate the loss*. Ônus de mitigar o prejuízo. Art. 77 CISG. Norma de mitigação. Evitabilidade.

ABSTRACT

The duty to mitigate the loss encourages the injured party (affected by a tort or breach of contract) to take reasonable measures to minimize or avoid damages. According to this standard, the victim will only be compensated for damages that they could not avoid.

This work aims to expand the knowledge within the Legal and Academic Communities about the mitigation rule. It will also assess whether the application of this rule is permitted in Brazil, taking into consideration principles, international treaties, conventions and analogical interpretation. Finally, this work will analyze how the duty to mitigate the loss is currently enforced and how it should be.

Keywords: Duty to mitigate loss. Article 77 CISG. Mitigation standard. Evitability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS GERAIS E CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR	13
2.1 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL	16
2.3 TEORIAS DE CAUSALIDADE	17
2.3.1 A teoria da equivalência das condições	18
2.3.2 Teoria da causalidade adequada	18
2.3.3 Teoria do dano direto e imediato	20
2.4 CAUSALIDADE E MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS	22
2.4.1 Fato exclusivo da vítima e concausalidade entre agente e vítima	25
3 O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO	29
3.1 O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA E NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – CVIM.	32
3.2 DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS	34
3.2.1 Natureza Jurídica	34
3.2.2 Qual o limite de esforço razoável?	37
3.2.3 Quem arca com as despesas feitas para mitigar o prejuízo?	39
3.3 A doutrina dos danos evitáveis no Brasil	43
3.3.1 Demora na invocação de direito	45
3.3.2 Sistema aberto, cláusulas gerais, princípios norteadores e legislação nacional ..	49
3.3.3 A boa fé como princípio norteador.....	50
3.3.4 Legislação Nacional	52
3.3.5 Proibição ao abuso de direito	55
3.3.6 <i>Venire contra factum proprium</i>	56
3.4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS	58
3.5 ASPECTOS PROCESSUAIS	59
3.5.1 Ônus da Prova	59
3.5.2 Aplicação de Ofício	60
4 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O incremento das relações interpessoais diante do crescimento populacional resultou inevitavelmente no aumento do número de situações em que a teoria da Responsabilidade Civil deva ser aplicada, seja em função de descumprimentos contratuais, ou decorrência de violações de deveres jurídicos preexistentes. Sabido é também que a resolução de um problema pela via judicial pode levar anos, e ao fim, não restituir de fato o que foi perdido.

Diante disso, faz-se o seguinte questionamento:

Após um ato ilícito causador de danos ou um inadimplemento contratual, deve a vítima/credor adotar alguma atitude para minimizar os próprios prejuízos ou pode quedar-se inerte e requerer a reparação integral pelos danos sofridos?

De fato, inicialmente não é muito clara qual atitude deve ser tomada.

Nesse contexto, o *duty to mitigate the loss*, ou “ônus de mitigar o prejuízo”¹, mostra sua grande importância. Sua essência é fazer com que a vítima, diante de um dano, tente evitar ou minimizar os prejuízos sofridos, quando possível, mediante esforços razoáveis. Se, tendo condições, não o fizer, não será indenizada pelas perdas e danos que poderia ter evitado.

Por esse aspecto positivo de incentivar a boa-fé, benéfico tanto ao direito como à sociedade nacional, estuda-se, no presente trabalho, a viabilidade de sua aplicação no Brasil, visto que não positivado no ordenamento nacional.

De tal modo, por meio do método indutivo, procurando aumentar o conteúdo das premissas, verificar-se-ão, no presente trabalho, (Cap. 2) (a) os pressupostos gerais da responsabilidade civil, (b) as teorias da causalidade e sua relação com a norma de mitigação, (Cap. 3) (a) a origem do *duty to mitigate the loss*, sua natureza jurídica, e outros conceitos, (b) a possibilidade de seu acolhimento no sistema jurídico brasileiro por meio de cláusulas gerais, princípios, leis nacionais e convenções do qual o Brasil é signatário, (c) os argumentos contrários e favoráveis a sua aplicação assim como os seus possíveis benefícios e malefícios., e por fim, (d) alguns aspectos processuais.

Além do objetivo de analisar a viabilidade de incorporação da norma de mitigação no direito brasileiro, visa-se também avaliar como ela vem sendo aplicada

¹ O vocábulo *mitigate* advém do verbo francês *mitiger*, que por sua vez, origina-se do latim: *mitigare*.

pela jurisprudência nacional. Para tanto, será feita uma análise qualitativa de toda a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com busca ao termo “*duty to mitigate the loss*”, utilizando-se dos julgados mais apropriados para ilustrar as conclusões deste trabalho, assim como expondo os erros mais comuns cometidos pelos julgados em sua aplicação.

Acredita-se que a aplicação do *duty to mitigate the loss* traz diversos benefícios sociais, desde que aplicado corretamente. Por isso decidiu-se por estudar a fundo tal assunto, explicando suas principais características e como se dá sua correta fundamentação, para evitar novos problemas em sua aplicação, com fito de atingir o escopo da norma, qual seja, incentivar a boa-fé entre as partes em uma relação de responsabilidade civil.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: PRESSUPOSTOS GERAIS E CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR

Há quem defenda que a relação jurídica obrigacional decorre do contrato (*ex contrato*) ou da lei (*ex lege*). Tal interpretação, entretanto é ultrapassada. Dizer que a Responsabilidade Civil decorre da lei é a mesma coisa que dizer que da lei decorre tudo, inclusive as obrigações pactuadas em um contrato.

Nesta senda, conforme artigo de Fernando Noronha sobre a “Tripartição fundamental das Obrigações” (1995, p. 101-104), traz-se as três grandes espécies da relação obrigacional, sob ponto de vista dos interesses tutelados:

- a) Obrigações negociais (contratos) – que são relações em que credor e devedor estão unidos por um negócio jurídico, tanto unilateral (recompensa, títulos de créditos), como bilateral (contratos em geral);
- b) Responsabilidade Civil Geral – que tem função reparatória, resumindo-se no desejo de recomposição por dano sofrido por uma pessoa;
- c) Enriquecimento sem causa – quando não há dano, mas há um acréscimo patrimonial que alguém auferiu sem justificativa, e, dessa forma, pode ser instado a devolver.

Apesar de a Responsabilidade Civil Geral poder ser dividida em responsabilidade civil em sentido estrito² e responsabilidade contratual³ – segundo denominação do mesmo Professor – insta dizer que a relação jurídica obrigacional de indenização surge a partir da ocorrência de um dano, diante da quebra de um dever jurídico. Por isso é denominada de relação jurídica sucessiva, diante da quebra da relação originária.

Também é importante diferenciar a análise feita no âmbito da Responsabilidade Civil daquela feita no âmbito do Direito Penal. Neste, o escopo é a punição do agente, sendo extremamente importante a análise de sua conduta. Já naquela, o objetivo é tornar

² Também chamada de Responsabilidade Aquiliana, advinda do termo *Lex Aquilia*, pois um senador romano chamado Aquiles dizia que havia responsabilidade sempre que um cidadão agisse com culpa. Hoje positivada nos artigos 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, e; 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

a vítima indene, restabelecendo o *status quo ante*, não sendo tão essencial o modo de operação do agente.

Por fim, divide-se a Responsabilidade Civil entre dois fundamentos:

- a) Princípio da culpa – quando a culpa do agente resulta em dano, há o dever de reparação;
- b) Princípio do Risco – quando independentemente de culpa ou dolo, o responsável pelos riscos da atividade é responsabilizado.

Naquela, é imprescindível que esteja demonstrado o elemento culpa ou dolo por parte do agente causador do dano, para que este tenha a obrigação de indenizar.

Entretanto, em determinadas situações, a lei impoe a teoria objetiva, baseada no princípio do risco, na qual basta haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente.

Tais pressupostos gerais serão mais bem tratados adiante, mostrando-se exatamente quais os requisitos da responsabilidade civil, assim como as principais teorias da causalidade e sua relação (ou distância) com a norma de mitigação dos prejuízos.

2.1 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A Responsabilidade Civil está positivada no Título IX do Código Civil Brasileiro, que se inicia com a regra geral do art. 927, supracitado.

Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 2-5) leciona que, pelo fato de o sistema de responsabilidade civil brasileiro ter sido elaborado no século XX, por meio da união de diversas leis especiais; fez-se necessária, para tratar da responsabilidade subjetiva, a criação de uma cláusula geral, interpretada por meio da união dos artigos 186⁴ e 187⁵ com o artigo 927⁶ do CC.

Infere-se deles que os requisitos essenciais para a reparação civil são ato ilícito, dano e nexo de causalidade. Além disso, há necessidade de que tal ato ilícito esteja intimamente ligado ao dano, caso contrário, haveria risco de responsabilizar um inocente por um dano que ele não cometeu.

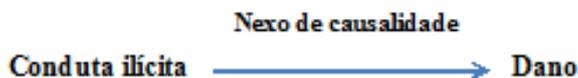
⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

De tal modo, a “equação” da responsabilidade civil se concretiza da seguinte forma:

Figura 1 – Equação da Responsabilidade Civil



Fonte: produção do próprio autor, 2016.

A doutrina utiliza-se do termo conduta, pois esta expressa a exteriorização de um ato ilícito cometido por um ser humano. Ou seja, as pessoas cometem atos ilícitos por meio de suas condutas. Entende-se da leitura do artigo 186 que ela pode ser comissiva ou omissiva, bem como pode se dar por negligência ou imperícia (culpa).

Já o dano, por sua vez, significa uma lesão a interesse juridicamente tutelado (CAVALIERI FILHO, 2015, p.103). Agostinho Alvim, há muito, definiu “que o termo dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico” (1972, p. 172).

Pontes de Miranda (2003, p. 213), por sua vez, de forma mais extensa e exemplificativa define que dano como uma “desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem estar, ou no patrimônio, quando então nasce o direito à indenização.”.

Vale destacar que, conforme art. 402 do Código Civil, o dano é composto por dois fatores: pelo prejuízo imediato e mensurável, chamado de danos emergentes; e também por aquilo que deixou de ganhar, chamados de lucros cessantes.

Complementarmente, a conduta lesiva pode ser eivada de culpa ou não, sendo esta o elemento indispensável para a configuração da responsabilidade civil subjetiva.

Por fim, além da conduta ilícita e do dano, é imprescindível a existência do nexo causal vinculando-os ao agente causador para que esteja configurado o dever de indenizar. Ou seja, não basta que o agente tenha praticado a conduta e que a vítima tenha sofrido um dano, é necessário que exista uma relação de causa e efeito entre ambos, afinal, conforme leciona Gustavo Tepedino (2006, p. 64), “coincidência não implica causalidade”.

Para Cavaliere Filho (2015, p. 67), é por meio do nexo causal que poderemos concluir quem foi o causador do dano, tratando-se, portanto de elemento indispensável à responsabilidade civil, de modo que "pode haver responsabilidade sem culpa, [...], mas não pode haver responsabilidade sem nexo causal.”.

Fernando Noronha (2010, p. 495-496), no mesmo sentido, sintetiza que o nexo causal é que estabelece a ligação entre o dano e seu responsável, permitindo atribuir-lhe a responsabilidade pelo prejuízo que causou à vítima.

Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 18) sustenta, ainda, que, além da função de ligação entre o dano e o agente, o nexo de causalidade desempenha papel importantíssimo na apuração da extensão do dano, servindo, assim, como parâmetro para fixação da indenização, como será visto no ponto 1.3, sobre as Teorias da Causalidade.

2.2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

Diante da quebra do equilíbrio jurídico-econômico causado pelo dano, surge o anseio de obrigar o agente a repará-lo. Isto pode ser traduzido como o mais elementar sentimento de justiça (CAVALIEIRI FILHO, 2015, p. 28). Neste campo, impera o princípio da *restitutio in integrum*, para que, na medida do possível, fixe-se uma indenização em estrita proporção ao dano (CAVALIEIRI FILHO, 2015, p. 28).

Deste modo, o prejuízo a ser ressarcido é aquele que o credor efetivamente sofreu. Nem mais, nem menos, como se extrai da máxima em francês “*tout le dommage mais rien que le dommage*” – todo o prejuízo, e nada a mais que o prejuízo.

Esses parâmetros mínimo e máximo têm função de compensar a vítima pelo dano que realmente sofreu (função compensatória), sem que, no entanto, haja enriquecimento sem causa (função indenitária).

Tal princípio encontra-se positivado no art. 944 e seu parágrafo único, do Código Civil Brasileiro:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Do *caput* infere-se que o montante da indenização é relativo ao dano real, subjetivo, tendo em vista a situação do credor, e não apenas os danos objetivos, aparentes, em que se mensura a perda de forma isolada, sem levar outros fatores em consideração. Ou seja, em tal conceito devem estar abarcados tanto os danos emergentes como os lucros cessantes.

Entretanto, a regra da reparação integral não pode ser vista como um princípio absoluto e intransponível, por que não o é, como já se observa no parágrafo único do próprio art. 944 – que confere competência ao juiz para fixar a indenização de acordo com seu arbítrio, nos casos de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – assim como no art. 945, no qual a indenização é reduzida caso a vítima tenha concorrido culposamente para o evento danoso.

Da mesma forma, alerta-se desde já que mitigação não se mostra como uma fuga do princípio da reparação integral, justamente o contrário, ela adapta o ressarcimento do dano exatamente àquilo que foi retirado da vítima em consonância com os artigos supracitados. Observa-se que a intenção do princípio da reparação integral é garantir uma indenização justa à vítima. A norma de mitigação, por sua vez, tem o mesmo objetivo: visa evitar a injustiça ao não indenizar a parcela de prejuízo que foi ou que poderia ter sido evitada.

Sobre isso, é de suma importância o ensinamento de Solène Le Pautremat (apud ANDRADE; RUAS. 2006, p. 213) de que o princípio da mitigação tem justificativas morais, sociais e econômicas, as quais se sobrepõem à compensação integral do credor. Além disso, alerta que um sistema que compensa todos os danos independentes de mitigação permite ao credor um comportamento irracional e irresponsável.

Assim, pelo que foi demonstrado, destitui-se desde já o suposto dogma insuperável de quebra do princípio da reparação integral. Respeitando-se o ônus de mitigação do prejuízo, conseqüentemente, restará respeitado o princípio da reparação integral.

2.3 TEORIAS DE CAUSALIDADE

Como visto anteriormente, o nexo de causalidade desempenha papel importantíssimo na apuração da extensão do dano, servindo como parâmetro para fixação da indenização. Gisela Sampaio da Cruz (2005, p. 18) alerta que a determinação da causalidade é bastante complexa, sobretudo quando há causas ou causadores diversos, surgindo diversas teorias de determinação do nexo causal, motivo pelo qual torna-se imprescindível tratar das mais importantes, quais sejam: a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria do Dano Direto e Imediato.

2.3.1 A teoria da equivalência das condições

Para esta teoria, como o próprio nome sugere, as condições concorrentes para o resultado se equivalem, não havendo distinção valorativa entre as concausas na participação do resultado. A teoria “conclui que é somente a conjugação das diversas condições que brinda e gera o resultado lesivo e que, ocorrendo um dano, todos os antecedentes que contribuíram para a sua ocorrência devem ser reputados como sua causa.” (BAHIA, 2012, p. 241).

Para sua averiguação deve ser feito um exercício mental de eliminação das condições para analisar se o resultado desaparece ou permanece. Se, suprimidas mentalmente, o evento danoso desvanecer, devem ser consideradas causas deste. Assim, qualquer ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido, é causa, sem distinção da maior ou menor relevância que teve. Por isso, essa teoria é também chamada de *conditio sine qua non*. Acontece que tal critério é perigoso, podendo culminar em condenações absurdas. Além disso, Carolina Medeiros Bahia demonstra outra falha da teoria:

(...) verifica-se que a sua incidência não oferece respostas adequadas para as hipóteses de causalidade concorrente ou alternativa, pois, nestes casos, suprimindo mentalmente uma ou outra ação, nem por isso o dano deixaria de ocorrer, o que poderia levar à conclusão, inadmissível do ponto de vista jurídico, de que nenhum dos agentes poderia ser civilmente responsável pela lesão.

Resta, portanto demonstrado que esta teoria não se mostra apropriada, como já adverte Rui Stoco (2011, p. 176-177), no sentido de que apesar de ter sido adotada pelo Código Penal – onde há exigência de dolo ou culpa – essa teoria é inadequada para a Responsabilidade Civil, por permite uma regressão infinita do nexo causal.

2.3.2 Teoria da causalidade adequada

Esta teoria, elaborada pelo Alemão Johannes Von Kries, surgiu como avanço da primeira, já que se utiliza de parte dela. Nesta, a causa deve se mostrar, além de um antecedente necessário, um antecedente adequado à produção do resultado. Aqui há diferença entre condição e causa, de modo que, havendo várias condições concorrentes para o resultado, nem todas serão causas daquele, mas somente aquelas adequadas,

desconsiderando-se as demais. Nesta toada, infere-se que há diferença entre causa e condição, de forma que estas são as que de qualquer forma mostram-se presentes na geração do dano, já aquelas, são as que têm real participação da causação do dano.

Desta feita, pode se dividir a análise de causalidade em duas etapas: na primeira, analisa-se a possibilidade se a ação ou omissão é *conditio sine qua non*, por meio de sua supressão mental. Em caso positivo, passa-se à segunda etapa, ou um segundo filtro, em que deve ser feita uma análise valorativa do nexos, levando-se em consideração os resultados comuns/previsíveis diante de tais condições. Na interpretação de Cavalieri (2015, p. 70) é necessário um “juízo de probabilidades”.

No mesmo sentido é a lição de Antunes Varela (apud CAVALIERI FILHO, p. 69), de que não basta que o fato tenha sido *em concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo, mas é preciso que o fato constitua, *em abstrato*, uma causa adequada para o dano.

Para Carolina Bahia (2012, p. 244):

Na investigação da causalidade, além de analisar se o dano é uma consequência provável do comportamento lesivo, o jurista deverá investigar se a lesão não decorreu de um fato irresistível (causa estranha) ou de outro processo causal (causa nova), que excluiriam a responsabilidade do agente.

Portanto, aqui, diferentemente da primeira teoria, nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes, devendo o juiz voltar ao momento da ação ou omissão para avaliar se aquela era normalmente apta a produzir o resultado.

Entretanto, essa necessidade de conhecimento da habitualidade e probabilidade do dano acaba se tornando um ponto frágil da teoria, impedindo “sua aplicação em situações novas ou inusitadas, uma vez que se exige a presença de certa regularidade nos acontecimentos, para que o dano seja reputado como uma consequência normal ou provável de um comportamento lesivo.” (BAHIA, 2012, p. 244).

Apesar de Cavalieri Filho lecionar que não há uma regra teórica ou alguma fórmula hipotética para resolver o problema, acredita-se que a seguinte pergunta é pertinente no momento da análise: *A ação ou omissão era, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum de vida, capaz de normalmente causar o dano?* A resposta é determinante para a exclusão das condutas não adequadas à causação do resultado.

Mesmo tal questionamento sendo de grande valia, sabe-se que ele não tem o condão de solucionar a totalidade dos casos. Desta forma, concorda-se com a necessidade de uma análise casuística, com uso de bom senso e ponderação, para investigar qual das condições se revela a mais idônea para gerar o evento.

2.3.3 Teoria do dano direto e imediato

A teoria do dano direto e imediato considera como causa apenas a ação ou omissão que se vincule diretamente ao dano, sem que haja interrupção na ligação entre o agente e o resultado, ou seja, de forma que a responsabilidade civil somente pode ser afastada pelo aparecimento de causa superveniente que quebre onexo causal e produza, por si só, o resultado, “caso em que a causa próxima toma o lugar da remota” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 73).

Vale explicar que tal vinculação direta ao dano não significa uma proximidade necessariamente temporal – ela pode ser remota, mas deve ser lógica. Além disso, que as palavras *direta* e *imediata* não trazem duas ideias distintas, mas trabalham reforçando uma à outra (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 73). Da mesma forma entende Tepedino (2006, p 69), considerando como “sinônimas e reforçativas as expressões dano direto e dano imediato, ambas identificadas com a ideia da necessidade do liame entre causa e efeito.”.

Apesar de grande parte de doutrina nacional⁷ entender que a teoria da causalidade adequada é a prevalecente no direito brasileiro, outra parcela⁸, entende que a teoria do dano direto e imediato é a teoria abarcada pelo Direito Civil brasileiro, diante da redação art. 403 do Código Civil, que dispõe:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Rafael Peteffi da Silva (2009, p. 40-42) para diferenciar as teorias da causalidade adequada e do Dano Direto e Imediato aduz que esta:

⁷ Representada por doutrinadores como Aguiar Dias, Fernando Noronha e Sérgio Cavaliere Filho (BAHIA, 2012, p. 250).

⁸ Representada por doutrinadores como Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Gustavo Tepedino, Carlos Roberto Gonçalves (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 25-26)

“se ocupa, com maior profundidade, em estabelecer as hipóteses de incidência das ‘causas estranhas’ à ação ou omissão do agente, constituídas pelos fatos de terceiro, fatos da vítima e pelas categorias de caso fortuito e força maior”.

Difere-se também pelo seu escopo em evitar uma busca infundável de causas e suas respectivas origens, como acontecia na teoria da equivalência das condições.

Fernando Noronha (2002, p. 621), entretanto, critica a redação do artigo que sustenta tal teoria, afirmando que há “defeito de linguagem, que o dispositivo evidencia, falando em efeito direto e imediato”. Para ele, em diversas ocasiões, há necessidade de relativização dos termos colocados, fazendo uso de uma interpretação diversa da literal. Para ilustrar esta posição, o autor utiliza-se do seguinte exemplo (NORONHA, 2002, p. 621-622):

Se um profissional tem um veículo que é absolutamente necessário para o seu trabalho e se ele é danificado num acidente, o aluguel de outro veículo, que ele tiver de fazer para continuar trabalhando, não é efeito direto e imediato do acidente, mas ninguém duvidará da necessidade de ser incluído entre os danos (no caso, emergentes) suscetíveis de ressarcimento.

Por fim, sustenta que a teoria do dano direto e imediato permite diversas interpretações por parte da jurisprudência, e não se admira que quando esta “procura encontrar nelas algum apoio, muitas vezes acabe decidindo simplesmente de acordo com o bom-senso e com a invocação apenas literal da expressão contida no art 403”. (NORONHA, 2002, p. 626). De tal maneira, para o autor, a causalidade adequada ainda é a teoria prevalecente no Direito Brasileiro.

Contudo, do levantamento feito por Carolina Medeiros Bahia (2012, p. 251-255) quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber “que a teoria do dano direto e imediato tem prevalecido” (BAHIA, 2012, p. 255).

Diante das teorias apresentadas e das discordâncias doutrinárias, percebe-se que a concausalidade é um processo em que se encontram diversas dificuldades para precisar a responsabilização civil, havendo necessidade de maior diligência para identificar o verdadeiro causador dos danos.

Por isso, será visto adiante justamente as situações em que a própria vítima concorre ou não no evento danoso. Isso porque tais conceitos devem estar cristalinos

quando do estudo e aplicação do ônus de mitigar o prejuízo, visto que são, por vezes, aplicados como fundamento deste.

2.4 CAUSALIDADE E MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS

Já de início, refuta-se a ideia de que a causalidade possa ser utilizada na análise da mitigação dos prejuízos, diante da existência de dois momentos factuais distintos (SAN MARTÍN, 2010, p. 323). O primeiro é a causação do dano, que é, via de regra, sucedido por uma série de efeitos em uma cadeia natural de causalidade. O segundo momento é no qual o credor tem a possibilidade de evitar o agravamento dos prejuízos. Não se pode confundir que a vítima, ao manter-se inerte, atua como “co-causadora” do dano, isso porque o dano normalmente tomaria aquele rumo, podendo ela apenas evitá-lo ou evitar seu agravamento, não havendo nexos causal entre sua inércia e o fato gerador de dano.

Pode surgir a argumentação de que há concausalidade nos casos que a vítima dolosa ou culposamente aumenta os danos, como o exemplo dado por Christian Lopes (LOPES, 2013, p. 71), no qual:

Um viticultor que comprou tanino com um odor incomum, utilizou-se do produto na fabricação de seus vinhos e os revendeu, vindo em seguida a requerer em juízo indenização pelo prejuízo com os quais teve de arcar perante seus consumidores.

A Corte de Apelação, contudo, utilizou-se corretamente do fundamento de fato exclusivo do credor, mas para justificar o ônus de mitigação, o que destoava de sua aplicação, como será explanado.

Alerta-se que quando a vítima aumenta os danos, quebra-se o nexo causal, fugindo do âmbito da norma de mitigação, como demonstrado por Denise Pinheiro (2012, p. 23):

No que tange ao agravar o dano, recorda-se que 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, para o presente trabalho, não mais se tratará, portanto, de *duty to mitigate the loss*.

Ademais, tal regra não seria útil nos casos em que o credor apenas quedou-se inerte diante dos prejuízos e, desse modo, não pode servir como fundamento geral.

Assim, exclui-se o uso das teorias da causalidade na aplicação do *duty to mitigate the loss*, diante da existência de dois momentos distintos, apartando a possibilidade de confusão na definição do nexos de causalidade. Para evidenciar tal confusão, faz-se análise do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2013.023416-8⁹, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, neste ano de 2016¹⁰.

Trata-se de ação na qual a autora obteve liminar de reintegração de posse de uma sala comercial em 02.02.2004. Contudo, os mandados não foram cumpridos diante da inércia de seu advogado no fornecimento da correta identificação do imóvel, ao ponto de o processo ser arquivado administrativamente. Apenas em 2007 a autora compareceu aos autos informando que foi imitada na posse da sala.

De tal modo, visualizou o Desembargador necessidade de aplicação do *duty to mitigate the loss*, pois a autora “deveria ter implementado as medidas cabíveis para viabilizar o cumprimento da medida e, com isso, mitigar os danos decorrentes da demora na reintegração da posse da sala comercial”. Por outro lado, o julgador também reconheceu que a ré “deveria ter devolvido formalmente o imóvel a fim de se desonerar da obrigação”.

Assim, determinou que a perda na utilização do imóvel durante o período compreendido entre a saída da agravante e o cumprimento do mandado é, na verdade, *concausalidade entre agente e vítima*, visto que a agravante deveria ter formalmente devolvido o imóvel ao agravado, informando-lhe de sua saída, assim como o agravado não poderia ter deixado de informar o juízo quanto à correta identificação da sala, para que se procedesse com o cumprimento do mandado.

Ora, é nítida a confusão dos dois institutos, diante da fundamentação do *duty* com base na concausalidade entre agente e vítima. Ademais, no presente caso, não haveria que se falar em *duty to mitigate the loss*, pois o próprio devedor poderia sair do imóvel e cessar os danos. Como será visto no capítulo seguinte, um dos requisitos para aplicação da norma de mitigação é a impossibilidade ou extrema dificuldade de o próprio devedor mitigar os danos causados. Vê-se que, no presente caso, não há dificuldade alguma, visto que a simples saída do imóvel com consequente notificação do proprietário cessaria os danos, não podendo se limitar a indenização deste por desídia daquele que já causou o dano.

⁹ TJSC, Apelação Cível nº 2013.023416-8, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 10/03/2016.

¹⁰ No presente trabalho, foram analisados todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que continham o termo “*duty to mitigate the loss*”.

Infelizmente, como muito bem observado por Christian Sahb Batista Lopes (2015, p. 176), os resultados na pesquisa jurisprudencial variam conforme a teoria de causalidade adotada, e não sob o verdadeiro prisma da *evitabilidade*, mas sim com fito de saber “qual fato causou o dano”. Deste modo, conclui-se que deve estar bem compreendido que o momento de análise da mitigação é posterior ao da causação do dano inicial, que pode seguir sua cadeia natural, mas que não se confundem.

Ademais, para demonstrar a desorientação quanto à existência de dois momentos distintos, utiliza-se do julgamento das Apelações Cíveis 2014.093137-5¹¹, 2013.045115-9¹² e 2013.076194-0¹³, todas julgadas pela Sexta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, nos anos de 2015 (1ª e 2ª) e 2014 (3ª).

Todas elas tratam de inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito. O julgador entende que as vítimas poderiam ter minimizado seus prejuízos diante do fato de possuírem comprovante do pagamento quando da notificação prévia advinda pela entidade cadastral na qual poderiam ter se manifestado.

Acontece que, no momento da notificação, inexistiam prejuízos, não havendo que se falar em mitigação. Ademais, em tais notificações consta que o “devedor” as desconsidere, caso já tenha quitado a dívida, o que, por si só, excluiria a argumentação de falta de mitigação. Vale dizer que não se defende aqui tal prática operada pela “vítima”, pois de fato, vai de encontro a boa-fé. Contudo, quer se deixar claro que o *duty to mitigate the loss* não é fundamento nesses casos.

Além disso, ao final dos acórdãos, apesar de o Desembargador invocar a mitigação do prejuízos, ainda confere indenização às “vítimas” pela inscrição indevida, em flagrante contradição

Diante da já demonstrada confusão jurisprudencial na aplicação do ônus de mitigar o prejuízo torna-se interessante a análise dos conceitos de fato exclusivo da vítima e da concausalidade entre agente e vítima, visto que são os principais termos utilizados pela jurisprudência como fundamentos para aplicação do ônus de mitigar o prejuízo.

¹¹ TJSC, Apelação Cível nº 2014.093137-5, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 12/05/2015.

¹² TJSC, Apelação Cível nº 2013.045115-9, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 14/04/2015.

¹³ TJSC, Apelação Cível nº 2013.076194-0, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 29/06/2014.

2.4.1 Fato exclusivo da vítima¹⁴ e concausalidade entre agente e vítima¹⁵

O fato exclusivo da vítima consiste numa excludente de causalidade. Ela exclui o nexo causal entre o aparente causador do dano e o resultado, eximindo-o, portanto, da responsabilização civil, visto que a única causa do evento é a conduta da própria vítima.

Já a concausalidade entre agente e vítima acontece quando a vítima concorre para o resultado, sem, no entanto, iniciar nem interromper o nexo causal, apenas reforçando-o. Ou seja, quando sua ação ou omissão se junta à causa inicial, concorrendo para o resultado.

Na precisa definição de Cavalieri Filho (2015, p. 83), “as concausas concorrem para o agravamento do dano sem excluir o nexo causal desencadeado pela conduta principal, nem tampouco, por si só, produzir o dano.”

O art. 945 do Código Civil trata justamente dessa concorrência, prevendo ainda a redução da indenização, *ipsis litteris*:

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

Haja vista que a vítima concorre com o(s) agente(s) para a ocorrência do dano, deve haver, de fato, a mitigação da indenização devida, uma vez que ela deve suportar a parte do dano que ela mesma causou.

Entretanto, insta demonstrar porque ambos não devem ser utilizados como fundamentos da norma mitigação dos prejuízos, continuando com análise de outro julgamento, da Apelação Cível nº 2014.078505-3¹⁶, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 2015.

A ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização iniciou-se diante do fato de que após quitação da dívida, o credor não emitiu espontaneamente a carta de anuência, para cessação do protesto. A julgadora entendeu que a emissão é decorrência lógica do pagamento, tendo, portanto, o credor faltado com boa-fé. Por outro lado, ela também considerou que o pagador faltou com seu ônus de mitigação ao

¹⁴ Critica-se o uso da expressão “Culpa exclusiva da vítima”, por se tratar de excludente do nexo causal e não do elemento acidental “culpa”, de acordo com diversos doutrinadores, como Cavalieri Filho (2015, p. 95). No entanto, na presente obra, por vezes, pode ser utilizada a expressão “culpa”, quando da análise de julgados e em citações.

¹⁵ Pelo mesmo motivo acima, em vez de culpa concorrente.

¹⁶ TJSC, Apelação Cível nº 2014.078505-3, 1ª Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Subst.. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 08/10/2015.

manter-se “inerte ante o prolongamento dos prejuízos ao nome e à sua imagem no meio sócio-econômico”. Dessa forma, com fito de evitar o abuso de direito concluiu que o *quantum compensatório* deve “ser balizado pela premissa de culpa concorrente”.

Vale ainda transcrever o final do acórdão, que diz:

A conclusão acima é retirada da teoria do dever de mitigar a própria perda que, embora originalmente criada para pautar a conduta do credor (o que não é o caso aqui), esboça a essência que ora se utiliza: as duas partes, e não só o devedor, devem agir mutuamente para o cumprimento do contrato (princípio da cooperação ou da solidariedade aplicável às relações privadas – art. 3º, I, da CFRB)

Percebe-se que, apesar da boa intenção da Desembargadora, ela incorreu em dois erros. Primeiro por utilizar-se do elemento “culpa concorrente”, que, como já demonstrado, não serve como fundamento à norma de mitigação, diante da existência de dois momentos factuais distintos. Além disso, porque confirmou que acredita tratar da mitigação dos prejuízos, utilizando-se ara tanto do princípio da cooperação ou da solidariedade. No entanto, percebe-se que tais princípios são as reais justificativas para a sentença, sendo, portanto, desnecessária (e descabida) a invocação da norma de mitigação no caso.

Da mesma forma, o fato exclusivo da vítima não pode servir como argumento para justificar a redução da indenização, como acontece no julgamento da Apelação Cível nº 2010.022856-8¹⁷, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A demanda de nunciação de obra nova foi proposta com objetivo de (a) embargar a edificação da cortina divisória efetuada pelo requerido, (b) suspender definitivamente a obra até sua regularização, (c) promover a demolição e reconstrução do muro dos autores e também o (d) ressarcimento das despesas com perícia técnica, levantamento fotográfico e àquelas referentes à conservação do imóvel.

O imbróglio iniciou-se quando a edificação da cortina divisória culminou na inclinação do muro do requerente, quando então, o procedimento correto seria o escoramento da obra no lado contrário ao que se está realizando o trabalho. Porém, o autor não permitiu que este serviço fosse executado, impedindo a entrada e a utilização

¹⁷ TJSC, Apelação Cível nº 2010.022856-8, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 19/10/12.

de seu imóvel provisoriamente até que todo serviço, inclusive a cura total do concreto, fosse realizado.

O magistrado entendeu por incontestado o dever do requerido em indenizar os autores pelos prejuízos acarretados pela construção da cortina de contenção, seguindo os ditames da responsabilidade civil aquiliana. Noutra banda, entendeu que, diante da postura encabeçada pelos autores em desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva da mitigação dos prejuízos, a indenização deveria limitar-se estritamente aos danos decorrentes da má execução da obra edificada, afastadas quaisquer outras reparações que não tenham ligação direta com este fato.

Contudo, discorda-se novamente da invocação do *duty to mitigate the loss*, pois como explanado, a partir do momento em que o requerente impede a entrada do requerido em seu terreno para dirimir os danos advindos da obra, rompe-se o nexo causal, de tal sorte que, os danos, a partir daí, são de exclusiva responsabilidade do requerente.

Portanto, nesses casos de fato exclusivo da vítima, não há porque se falar em redução da indenização diante da falha em mitigar os prejuízos, isso porque, ela é a única responsável pelo dano gerado contra si. Em consequência disso, também não se pode falar em redução da indenização, como acontece no *duty*, pois a “vítima” deve arcar com todo o prejuízo que gerou a si, a partir do momento em que é rompido o nexo de causalidade.

Por fim, em relação ao exposto neste tópico, é extremamente importante o posicionamento de Caio Mário da Silva Pereira (2005, p. 670-671), aduzindo que caso fosse possível justificar que danos decorrentes do fato inicial fossem fato exclusivo ou concorrente – já que a vítima não os evitou – não haveria necessidade de uma norma de mitigação, pois todos os casos a serem tratados aqui poderiam ser direcionados para estas excludentes de responsabilidade de culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Por fim, vale dizer que a própria redação do art. 945 do Código Civil reforça a existência de dois momentos distintos, aclarando que somente no primeiro, do *evento danoso*, pode se falar em concausalidade, já que a possibilidade de mitigação dá-se apenas em momento sucessivo e apartado da “criação” do dano.

Portanto, repisa-se que tais institutos não devem ser confundidos e misturados. A separação entre dois momentos distintos – o primeiro, da causação do dano, e o segundo, da possibilidade de mitigação – é o ponto chave para diferenciar o *duty to mitigate the loss* do fato exclusivo da vítima e também da concausalidade entre agente e

vítima. Até porque, caso a vítima pudesse agir no momento da causação do dano, certamente teria evitado sua existência.

Deste modo, estando clara a existência destes dois momentos apartados, o que impede uma aplicação conjugada, afasta-se tal linha de argumentação. Feitas tais distinções, pode-se iniciar, de fato, o estudo do ônus de mitigar o prejuízo.

3 O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO

O ônus de mitigar o prejuízo, hoje consolidado na *common law*, ganhou força no século XVIII¹⁸ principalmente no âmbito contratual, na jurisprudência inglesa (LOPES, 2013, p. 21); tendo sido posteriormente acompanhada por importante papel da jurisprudência americana.

Suas origens, entretanto, não são muito claras, tendo sido gradualmente desenvolvida pelos Tribunais. (LOPES, 2013, p. 20). Inicialmente, os tribunais começaram a reconhecer o direito de o credor de uma obrigação poder substituir o devedor inadimplente por um terceiro, a fim de que a prestação se concretizasse.

Posteriormente, os devedores inadimplentes começaram a requerer aos juízes que descontassem da indenização devida os danos que o credor evitou com tais atos substitutivos. Desta maneira firmou-se o entendimento de que “o dano efetivamente reduzido pelo credor passou a não ser incluído na indenização devida pelo devedor” (LOPES, 2013, p.20). A isto se denominou o aspecto positivo do *duty to mitigate the loss*.

Atiyah e Smith (2005, p. 420) o exemplificam com base em um suposto contrato de trabalho de uma pessoa que ganha 150 libras por semana e é indevidamente demitida. Por óbvio, suas perdas e danos são, no mínimo, o valor dos salários que ganharia durante o aviso prévio. Entretanto, antes que receba as 600 libras, deve ser analisado se ele não encontrou um novo trabalho durante o aviso prévio. Caso tenha encontrado, o valor da indenização não deverá representar a totalidade das semanas, e sim o total subtraído do que recebeu no novo emprego.

Em uma terceira etapa, aquilo que era uma faculdade do credor tornou-se uma limitação, surgindo, por fim, o aspecto negativo da mitigação, de forma que o credor não é indenizado por aquilo que poderia ter evitado, se tivesse agido com diligência, dentro dos limites da razoabilidade.

¹⁸ Mas com origem se deu já no final do século XVII, com o caso inglês *Vertue vs. Bird*, 3 Keble 766, 84 Eng. Rep. 1000 (1677) A ser tratado adiante. Contudo, foi no caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. vs Underground Electric Railways Co.*, *High Court, AC 673*, em 1912, que foi proferida a primeira decisão judicial a aplicar o conceito sob o nome de *Duty to mitigate the loss*. Neste, a operadora dos metrô britânicos havia contratados novas turbinas para suas locomotivas, mas estas não tinham a potência acordada. Dessa forma, a Underground Railways comprou novas turbinas de outro fornecedor e requereu as perdas e danos pelo inadimplemento. O Tribunal entendeu que a compra das novas turbinas caracterizava a mitigação, mas que pelo fato de serem muito mais eficientes, as perdas e danos estariam diluídos na economia que a operadora teria ao longo da utilização; indeferindo, assim, a indenização.

Fansworth exemplifica o aspecto negativo com o caso *Vertue vs. Bird*¹⁹¹⁸. Trata-se de uma entrega de mercadorias, na qual o requerente chegou no local combinado na hora marcada, e o requerido somente após 6 horas. Na ocasião, os cavalos do requerente morreram por ficarem tanto tempo expostos ao sol. Ao requerer indenização, teve seu pleito negado, pois o tribunal entendeu por insensata sua atitude, já que poderia tê-los facilmente tirado do sol.

É esse aspecto negativo que deu origem ao instituto do ônus de mitigar o prejuízo, o qual se mantém até hoje e do qual será tratado.

Para uma melhor ilustração, utilizar-se-ão dois exemplos. Primeiro, a clássica narrativa criada por Robert Joseph Pothier (2002, p. 148), no qual um negociante vende uma vaca, que sabia sofrer de doença contagiosa, tendo dissimulado este vício para o comprador. Tal animal, antes de morrer, contaminou todas as outras vacas, que acabaram por morrer. Diante disso, o comprador, sem os animais necessários para arar e adubar a terra, não cultivava a terra, e por isso não colhe. Impedido de pagar as dívidas, portanto, tem seus bens sequestrados e vendidos a preço vil. Segundo o autor, o vendedor deve responder não só pelo dano da própria compra da vaca, como também pela perda de todo o gado contagiado por ela, “porque é o dolo do negociante o causador de todo esse prejuízo.”, por óbvio.

Por outro lado, entende-se que o vendedor não deve ser reputado responsável pelos danos decorrentes da falta de cultivo da terra, por não se tratar de uma consequência “absolutamente necessária” da morte do gado, tendo sido possível ao comprador evitá-la com, por exemplo, a compra de outros animais, ou, caso não dispusesse de recursos, poderia diminuir os prejuízos alugando ou subarrendando as terras para que outrem a cultivasse.

Oportuno registrar, também, o exemplo de uma pessoa que, após realizar uma reforma em seu apartamento, percebeu que as janelas não ficaram bem vedadas, de forma que quando chovia entrava água pelas frestas. Mesmo percebendo a falha, nada fez, e judicialmente requereu indenização por toda a mobília e objetos perdidos (LOPES, 2013, p.11). Tal medida se mostra razoável? Não poderia ele simplesmente ter colocado lonas para impedir a entrada da água até que fosse consertado?

¹⁹ *Vertue vs. Bird*, 3 Keble 766, 84 Eng. Rep. 1000 (1677).

Dados os exemplos, é de extrema importância ressaltar que o escopo da norma de mitigação dos prejuízos é proteger o devedor quando este não pode agir para a mitigação (ou quando custos para tal seriam extremamente altos em comparação com a possibilidade de o credor fazê-lo), sendo este considerado, no caso, o *least cost avoider* (GOETZ apud LOPES, 2013, p. 50).

Ou seja, serve para casos em que o devedor depende da cooperação do credor, para que aquele não fique a mercê deste. Nesta senda, de grande valia o comentário de Christian Sahb Lopes (2013, p. 236):

Se o ajuizamento de ação pelo credor termina por evitar o aumento dos danos, não se pode dizer que esse feito decorra daquela ação. Em outros termos, não é o credor que impede a causação de dano a si pelo ajuizamento da ação, mas o próprio devedor que evitar que sejam causados prejuízos adicionais ao adimplir obrigação.

No entanto, deve ficar claro que quando o próprio devedor pode agir para reduzir ou evitar os danos, não há que se invocar a norma de mitigação.

Portanto, a também chamada doutrina dos danos evitáveis prevê que “o credor prejudicado não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias” (FARNSWORTH 1999, p. 229), ou como afirmam Corbin e Perillo, “a parte prejudicada por um inadimplemento contratual não pode simplesmente quedar-se inerte e permitir que os danos se acumulem” (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 301). De outra banda, o devedor deve se encontrar em situação de impossibilidade ou grande dificuldade para mitigação.

Reforça-se, para extrema clareza, os requisitos para a correta aplicação do *duty to mitigate the loss*, como já demonstrados na introdução:

- a) Inércia do prejudicado para diminuir ou evitar danos, desde que possível mediante esforços razoáveis.
- b) Impossibilidade de o devedor diminuir o dano, ou necessidade de grandes dispêndios para tal, em comparação com o credor (*least cost avoider*).
- c) efetiva redução ou supressão dos prejuízos.

Presentes tais requisitos, procede-se com a diminuição da indenização na exata proporção daquilo que foi ou poderia ter sido evitado, somado dos custos para diminuição.

3.1 O ÔNUS DE MITIGAR O PREJUÍZO NOS PAÍSES DE TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA E NA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – CVIM²⁰.

Para além da *common-law*, o instituto também começou a ser aplicado na *civil law*, sendo bem recebido pelos países de tradição romano-germânica. O Código Civil Italiano (1942) previu expressamente o ônus do credor de mitigar a perda no parágrafo 2º do art. 1.227:

- 1) Se o fato culposo do credor concorreu para causar o dano, o ressarcimento é reduzido segundo a gravidade da culpa e a amplitude das consequências que lhe são derivadas.
- 2) O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando diligência ordinária – arts. 2.056 e seguintes. (tradução livre)²¹

Na Alemanha não é diferente. O Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) trata do ônus de mitigar os prejuízos no § 254 (2):

- (1) Quando o lesado concorre na culpa para a ocorrência do dano, a responsabilidade por eles, bem como a extensão da compensação a ser paga dependerá das circunstâncias, em particular, até que ponto o dano é causado principalmente por uma ou a outra parte.
- (2) O mesmo se aplica quando há culpa do credor por não chamar a atenção do devedor ao risco de efeitos extraordinariamente onerosos, onde o devedor também não era nem deveria ter tido conhecimento do perigo, ou falha para evitar ou reduzir os danos. *Mutatis mutandis*, aplica-se o previsto no art. 278. (tradução livre)²²

²⁰ Mais conhecida como *CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. A ser tratada adiante.

²¹ Art. 1227. Concorso del fatto colposo del creditore.

1) Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

2) Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti). – Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 12 de junho de 2016.

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

Já na França não há previsão específica²³, mas sua jurisprudência²⁴ aplica a mitigação como decorrência da boa-fé, usando como fundamentos o abuso de direito e a proibição de *venire contra factum proprium*.

Quanto à falta de positivação, vale trazer o pensamento de Véra de Fradera (2004, p. 117): “A doutrina francesa atual reconhece ser a falta de identificação dessa obrigação [duty to mitigate the loss] a causa da diversidade de regimes”. A autora demonstra sua preocupação com a vagueza e imprecisão conceitual resultante da não positivação do instituto, o que pode gerar, também em nosso país, insegurança jurídica, por meio de variadas interpretações e aplicações.

Assim, diante de tal lacuna, o tema está longe de ser pacífico na jurisprudência francesa. Vale lembrar, entretanto, que tanto a França quanto o Brasil são signatários da Convenção de Viena de 1980, que trata dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CVIM – e no Capítulo V, sobre as “Disposições relativas às obrigações do vendedor e comprador”, positiva a norma de mitigação:

Art. 77: A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída. (tradução livre, sem grifos no original)²⁵

Com a adesão do Brasil em 2013, entende-se que há forte razão para a aplicação do ônus de mitigar o prejuízo na jurisprudência nacional, visto que os tratados internacionais ratificados pelo país tem caráter de lei ordinária²⁶, desde que respeitados os requisitos do caráter dualista de sua incorporação, quais sejam: aprovação pelo

²³ Com lastro na manifestação da Corte de Cassação Francesa, em dois julgados de 2003, no sentido de que não há, no direito francês, norma que imponha ao credor a mitigação.

²⁴ Com início no significativo caso *Bailleux vs Jarety*, 1963, Bull. III, no. 16, p. 14, no qual um locador permaneceu durante 11 (onze) anos sem cobrar os aluguéis e, quando da invocação de cláusula resolutória, teve sua pretensão negada, com fundamento no *venire contra factum proprium*.

²⁵ “The partie who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated”.

Semelhante redação repete-se no Código Europeu de Contratos (art. 9.505), e nos Princípios Unidroit (art. 7.4.8), relativos aos contratos de comércio internacional, escritos em Roma, em 1994.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 91.

Congresso Nacional e promulgação interna de decreto de execução presidencial²⁷. O Congresso aprovou a Convenção, e o Decreto em questão é o nº 8.327 de 16 de outubro de 2014. Assim, torna-se lei a aplicação do ônus de mitigar o prejuízo não só nos contratos de compras e vendas internacionais, mas também naqueles internamente.

3.2 DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS

A partir desta noção geral sobre o tema, e visto em quais ocasiões se opera a mitigação dos prejuízos, far-se-á um aprofundamento em alguns pontos mais complicados, no intuito de afinar a percepção do leitor.

3.2.1 Natureza Jurídica

Há certa divergência doutrinária se a mitigação dos prejuízos constitui um ônus ou um dever.

Quando da inaguração do tema no Brasil, a partir do artigo de Véra Maria Jacob de Fradera, diversos foram os civilistas que se propuseram a escrever a respeito. Não é possível dizer se por algum descuido ou até mesmo por pressa, mas fato é que alguns autores fizeram uma interpretação mais rasa do tema, o que ocasionou na tradução do *duty* por um *dever*. E isso não aconteceu apenas com jovens escritores, mas também com famosos civilistas, como Flávio Tartuce (2005, p. 11), por exemplo, que em seu artigo tratou a mitigação dos prejuízos como um dever do credor.

Entretanto, a doutrina mais aprofundada, como o francês Claude Witz, Lilian San Martín e a própria Véra de Fradera têm a opinião de que o ônus de mitigar o prejuízo não constitui uma obrigação.

E é justamente nessa corrente que este trabalho se filia. Diante do estudo realizado concluiu-se que, neste caso, a palavra “ônus” é a mais adequada para tradução de “*duty*”. Ademais, essa também é a razão de Lilian San Martín ter nomeado sua tese de doutorado de “*del ‘dever’ del acreedor de evitar o mitigar el daño*”, com o termo *dever* entre aspas, trabalhando posteriormente tal assunto (SAN MARTÍN, 2010, p. 48), no mesmo sentido que se vê aqui.

Isso porque, como muito bem define Maria Helena Diniz (2004, p. 28), um ônus “consiste na necessidade de observar determinado comportamento para a obtenção ou

²⁷ REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: curso elementar. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79.

conservação de uma vantagem para o próprio sujeito e não para a satisfação de interesses alheios.”.

Ou seja, um dever jurídico está vinculado a uma obrigação de tutela ao interesse alheio, que caso descumprido, implica em um ilícito e conseqüentemente numa sanção. Já um “ônus”, refere-se ao interesse próprio, não havendo dever jurídico (há, apenas uma conduta esperada), nem mesmo sanção cominada, culminando apenas a perda de uma vantagem caso não observado. O mesmo entendimento é o de Eros Roberto Grau (1982, p. 181):

Ônus, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do dever — e da obrigação — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem.

Por isso que o não cumprimento do ônus não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente uma certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido.

Já o não cumprimento do dever — ou da obrigação — acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo ônus é do próprio sujeito vinculado.

Ou seja, trata-se de um encargo que, quando não respeitado pelo credor, este apenas deixa de aproveitá-lo. Tal ideia é corroborada pelo entendimento de Francisco Amaral (2004, p. 196), quando diz que “a diferença entre o dever e o ônus reside no fato de que no primeiro, o comportamento do agente é necessário para satisfazer interesse do titular do direito subjetivo, enquanto no caso do ônus o interesse é do próprio agente.”.

Este é o exato sentido do que Carnelutti (apud GRAU, 1982, p. 180), em sua obra *Sistema di Diritto Processuale Civile*, de 1936, traduziu a noção de ônus como o exercício de uma faculdade que serve como condição para a obtenção de certa vantagem.

Adiante, o ex-ministro do STF (GRAU, 1982, p. 182) reforça as conseqüências do não cumprimento:

O ordenamento jurídico não impõe o cumprimento da *Obliegenheit* como um dever, categoricamente, mas apenas hipoteticamente. Quando a pessoa vinculada pela *Obliegenheit* deseja evitar a desvantagem, deve cumprir a prestação que àquela corresponde; se não desejar cumpri-la, tem de se conformar com certa desvantagem

jurídica, sem que ninguém possa, porém censurá-lo por ter ele se conduzido contra a lei.

O autor utiliza-se do termo alemão *Obliegenheit*²⁸, ou seja, um ônus de pequeno porte para consigo, e não um dever jurídico – *Rechtspflichten* (LARENZ, 1967, p. 223-224). Diante da grande influência do direito alemão em nosso país²⁹, entende-se por adequada sua utilização. Os direitos suíço e francês utilizam-se do termo *incombance* – redigido em francês – que advém no latim, *incumbere*, ou seja, trata-se também de uma incumbência, uma oneração às partes.

Além disso, importantíssima a colocação de Fadda (apud SAN MARTÍN, 2010, p. 48), no sentido de que ninguém pode estar obrigado consigo mesmo, e portanto, não se trata de obrigação, e sim ônus.

Por fim, urge dizer que caso se estivesse tratando de um dever jurídico, o devedor teria meios para exigir que o credor agisse. Entretanto, não é isso que acontece, pois aquele não possui titularidade de qualquer mecanismo com o qual pudesse promover a execução específica da mitigação sobre o credor. Isso, portanto, afasta novamente a possibilidade de a mitigação se tratar de um dever, já que inexigível.

Corroborar-se o entendimento com a análise de Novais Dias (2011, p. 108) do exemplo criado por Pothier (2002, p. 148) sobre o negociante que vendeu uma vaca que sabia estar doente:

O vendedor inadimplente, sofrendo com remorso pelo prejuízo que causou ao comprador, por mais que procurasse ajudá-lo no desempenho destas atividades mitigatórias, como por exemplo, oferecendo outros animais (desta vez saudáveis) para o lesado ou ajudando-o na busca por interessados em arrendar as terras, ele não teria como forçá-lo a adotar estas medidas e a assim minimizar o seu próprio prejuízo.

Portanto, diante dessa impossibilidade de o devedor impor/cobrar a mitigação dos prejuízos, a mitigação deve ser tratada como um ônus. Quando este não é praticado,

²⁸ Interessante trazer a observação de Marcel Fontaine de que a ideia de uma *Obliegenheit* surgiu no direito alemão dos seguros, que compelia o segurado a declarar fatores de risco na conclusão do contrato, a comunicar sem atraso os sinistros e a minimizar os danos. Acontece, entretanto, que nada adiantaria que o segurador ingressasse com ação na justiça contra o segurado que não minimizou os danos, pois a ele não cabia tal função. Dessa forma, as seguradoras começaram simplesmente a não conceder indenização pelos danos que poderiam ter sido evitados, constituindo, a partir de então, uma *Obliegenheit* aos segurados, surtindo tal medida grande eficácia. (FONTAINE apud LOPES, p. 198)

²⁹ Graças a dois grandes protagonistas e cultores da doutrina alemã: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva.

o credor age com culpa delitual, perdendo apenas o direito de indenização do dano que poderia ter evitado durante seu ócio.

3.2.2 Qual o limite de esforço razoável?

A legislação internacional e a doutrina, de forma geral, entendem que os atos a serem tomados pelo credor têm como limite o chamado “esforço razoável”³⁰. Tal termo, entretanto, apresenta certa vagueza e imprecisão, configurando-se como um “conceito jurídico indeterminado” (SAN MARTÍN, 2010, p. 348).

A princípio, “reputa-se como razoável a conduta que está de acordo com o bom senso e que seria socialmente aceitável.” (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 129). Dessa forma, entende-se que a ação do credor está limitada àquilo que está em seu alcance, sem necessidade de extremos esforços.

Além disso, entendeu-se que, apesar da possibilidade de criação certas regras e diretrizes gerais, a medida de razoabilidade dos esforços deve ser sempre analisada caso a caso. Assim, se tais diretrizes forem seguidas e os casos forem analisados minuciosamente, acredita-se que não haja óbices para a aplicação da doutrina da mitigação no Brasil, visto que garantida de segurança jurídica.

Os citados limites, criados pela doutrina, diante dos quais o credor não terá sua indenização reduzida, ou seja, que o exoneram do ônus de mitigação, são:

- a) Atos que impliquem risco, ônus ou humilhação³¹;
- b) Tratarem-se de gastos excessivos em relação ao contrato original ou até mesmo em relação aos danos que se pretende evitar (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 339);
- c) Insuficiência financeira do credor para realização das medidas mitigatórias (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 314)³²;
- d) Necessidade de sacrifício de interesses próprios, renúncia de direitos particulares, ou de cometimento de ilícito (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 311)³³;

³⁰ Itália: Art. 1227 2) O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando diligência ordinária – arts. 2.056 e seguintes. (tradução livre – sem grifos no original) ou, também como exemplo, na CISG: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda (...)”

³¹ Conforme parágrafo 350 do Restatement (Second) Of Contracts.

³² Bates afirma que, afinal, a teoria da mitigação não presume que o requerente tem recursos financeiros ilimitados (BATES apud LOPES, 2013, p. 40)

- e) Atos em que o resultado positivo da mitigação seja muito arriscado, com poucas chances de sucesso. (WILLISTON apud LOPES, 2013, p. 42);
- f) Em caso de promessa do devedor de que cumprirá o contrato. (CORBIN; PERILLO, 2005, p. 312)

Como dito, por se tratarem de “regras gerais”, tais limites têm de obedecer a certa objetividade. Entretanto, judicialmente faz-se necessária uma análise casuística.

De certo modo, pode-se resumir o razoável em condutas que não se mostrem extraordinários, com esforços desproporcionais, ou com prejuízos de ordem econômica, moral ou social ao credor, já que os danos, apesar de tudo, foram causados pelo devedor.

Postas tais regras (quase que) objetivas, faz-se aqui suposições de caminhos para o juiz seguir a fim de resolver a lide no segundo estágio de análise. Neste momento, há inevitavelmente mais subjetividade ainda na análise. Diante disso se propõe que um critério de grande valia seria avaliar se o credor faria tal esforço se o prejuízo fosse causado por si. Caso a resposta seja positiva, então deve fazer pelo devedor e requerer o reembolso das eventuais despesas. Caso contrário, estaria eximido do ônus de mitigação.

Pode-se dizer que isso fugiria do “padrão médio de comportamento e, destarte, de uma apreciação *in abstracto*.” (PINHEIRO, 2012, p. 23), mas deve-se lembrar que se o ônus de mitigar o prejuízo for um dia positivado no Código Civil Brasileiro – o que se espera – também enfrentar-se-á uma dificuldade imensa (quicá até uma impossibilidade) de se estabelecer limites exclusivamente objetivos, restando tal tarefa à jurisprudência, com contribuição acadêmica e doutrinária, a fim de que o Instituto tenha uma aplicabilidade segura. Por isso, faz-se, desde já, tal sugestão.

No mesmo sentido da presente proposta, encontrou-se o entendimento de MacIntosh e Frydenlund (apud LOPES, 2013, p.129), que aduzem que se deveria usar um critério de maximização de retorno, como utilizado em investimentos, em que o credor deveria imaginar se adotaria ou não tais medidas caso os prejuízos fossem pessoais. Vale dizer que os autores acreditam que o critério de razoabilidade é frouxo demais, tendo também em vista a boa vontade dos julgadores, de forma que o credor

³³ Como exemplo de CORBIN e PERILLO (2005, p. 337), se a única forma de mitigar os prejuízos for o esbulho de um terreno, o credor não necessita adotar tal medida, e receberá mesmo assim a indenização sem reduções.

não procura, de fato, *a melhor estratégia* para mitigação (como faria um investidor), já que não é incentivado a economizar em seus custos.

Por outro lado, deve-se perceber quando o credor queda-se inerte com o intuito de receber indenização maior ou que lhe seria mais favorável, não atuando, de forma proporcional e razoável, para evitar o aumento do seu próprio dano. É essa conduta que o *duty to mitigate the loss* deseja evitar, não garantindo, como dito, a indenização daquilo que poderia ser contido. É imperioso reprimir atitudes oportunistas do credor nos atos mitigatórios, como, por exemplo, melhorias que o credor sempre quis fazer e acaba as justificando como necessárias para a mitigação do prejuízo. Da mesma forma, no caso de operações substitutivas, muitas vezes o credor aguarda pela flutuação do mercado para então vender os produtos por um preço maior, e, se não consegue, requer, mesmo assim, a indenização integral dos danos.

Reforça-se: tais atos devem ser reprimidos. A solução, nessas situações, se dá com a indenização de forma abstrata, de maneira que “a indenização será limitada à diferença entre o preço de mercado ou de quotação em bolsa e o valor pactuado no contrato inadimplido” (LOPES, 2013, p. 211), ou seja, utiliza-se o preço de mercado do que era necessário ser feito (no caso da melhoria), e da data que deveria ser feito (no caso da flutuação). Isso garante uma indenização justa, daquilo que realmente foi perdido, sem vantagens ilícitas para nenhuma das partes.

Por fim, é importante dizer que o critério de razoabilidade é analisado pelos julgadores com certa boa vontade, pois levam em consideração que o credor é a vítima do inadimplemento, ou seja, não é responsável por tal situação, e continua agindo de boa-fé.

Diante das dificuldades demonstradas neste tópico, entende-se que a normatização da mitigação no Brasil é medida que se impõe, com fito de garantir a segurança jurídica ao indicar à vítima o modo de agir para atenuar os danos que lhe foram causados, havendo, assim, a indenização integral apenas daquilo que inevitavelmente foi perdido.

3.2.3 Quem arca com as despesas feitas para mitigar o prejuízo?

É consenso entre a jurisprudência europeia, e americana, assim como entre diversos autores (WITZ³⁴, 1992; CORBIN E PERILLO, 2005; McCORMICK, 1935; LAITHIER, 2004), que as despesas ocasionadas pelo emprego de medidas mitigatórias (razoáveis) sejam acrescidas ao valor da indenização a ser paga pelo causador do dano.

Ou seja, da mesma forma que a vítima tem sua indenização reduzida quando não intervém na redução dos prejuízos, podendo fazê-lo, ela é, em contrapartida, protegida quando tiver empregado recursos próprios na tentativa de reduzir evitar os danos.

Nada mais justo. Primeiro por que tais custos são consequências do inadimplemento do devedor. Segundo, pois na grande maioria das vezes, tais atos reduzem o que o este haveria de pagar – mitiga o prejuízo – facilitando o cumprimento da obrigação. Além disso, caso assim não fosse, seriam extremamente escassos os casos de mitigação, visto que o credor, que já viveu um dano ou descumprimento do negócio jurídico, raramente esmeraria mais esforços, à suas custas, para reduzir os prejuízos.

Portanto, a indenização por tais cursos é nada mais que um corolário da mitigação e, por óbvio, integra as perdas e danos que o inadimplente deverá indenizar (LAITHIER apud LOPES, 2013, p. 459), conforme também preconiza a alínea (b) § 347 do Restatement (Second) of Contracts³⁵:

§ 347. Measure of Damages in General

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

(a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus

(b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less³⁶

(c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform.

Importante dizer que é perfeitamente cabível a indenização de atos executados na tentativa de diminuir o dano, que, no entanto, não obtiveram sucesso. Ou seja, o credor terá o direito de recuperar as despesas efetuadas mesmo que a medida empregada não tenha permitido uma diminuição efetiva do dano, desde que, razoavelmente, fosse apta para tanto. Aqui se abrem duas opções: casos em que a mitigação não surtiu efeito

³⁴ No entendimento de Claude Witz, o cumprimento do dever de mitigar gera uma nova e autêntica obrigação devida por quem dela se beneficiou, ou seja, o devedor.

³⁵ Vale dizer que os *restatements*, apesar da grande qualidade de seu conteúdo, não possuem valor normativo, mas são uma compilação de regras extraídas dos precedentes jurisprudenciais americanos, indicando os posicionamentos das cortes.

³⁶ (b) qualquer outra perda, incluindo perdas acidentais ou indiretas/consequenciais, causadas pela violação, a menos (tradução livre)

(FARNSWORTH, 246), e casos em que acabaram por aumentar o prejuízo (COLLINS, p. 380). Em ambos, entretanto, o prejuízo deve ser integralmente ressarcido, assim como os custos na tentativa de dirimí-lo, justamente para fomentar a boa-fé.

Entretanto, ressalta-se que novamente tais despesas devem passar por uma análise de razoabilidade. Em regra, elas não devem ultrapassar o valor que se obteria com a mitigação, e devem ter uma chance de sucesso. Como dito, isso deve ser analisado caso a caso, o que geralmente é feito com certa dose de boa vontade em favor do credor, para incentivar tal comportamento tão positivo (LOPES, 2013, p. 54), sendo a maior intenção da necessidade de razoabilidade para evitar atitudes oportunistas do credor.

Por fim, entende-se que tais despesas prescrevem no mesmo prazo previsto para a reparação civil por descumprimento contratual (LOPES, 2013, p. 208), caso trate-se de uma relação contratual; ou 3 anos caso trate-se de uma relação aquiliana, conforme inciso V do § 3º do art. 206.

3.2.4 Mitigação para evitar custo e mitigação para evitar uma perda.

Esta diferenciação tem aplicação principalmente no âmbito dos contratos, onde é necessário diferenciar suas “modalidades”.

Na mitigação para evitar custo, o credor, se por algum motivo souber que a outra parte não cumprirá sua obrigação, ou por meio de notificação desta, deverá cessar sua prestação e receber de volta o respectivo valor juntamente com as perdas e danos e lucros cessantes gerados diante da expectativa.

Como exemplo, podemos utilizar o famoso caso em que um condado chamado *Rockingham County*, na Carolina do Norte/EUA, contratou, em janeiro de 1924, uma empreiteira para realizar a construção de uma ponte, mas, já no mês de fevereiro, antes mesmo do início das obras, o contratante notificou a construtora e desistiu do contrato. Mesmo assim, a construtora concluiu a obra. A Corte de Apelação Norte Americana³⁷ decidiu que a companhia não tinha direito de ampliar seus prejuízos e limitou-os até o momento em que o foi notificada. Neste caso, portanto, a empreiteira tem direito apenas às eventuais perdas e danos e aos possíveis lucros cessantes; por exemplo, por ter perdido a oportunidade de executar outra obra nesse período.

³⁷ *Rockingham County vs Luten Bridge - United States Court of Appeals for the Fourth Circuit - 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929)*. Disponível em <<https://www.law.unlv.edu/faculty/rowley/LutenBridge.pdf>>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

Portanto, caso o credor continue sua prestação após notificado, não será indenizado pelo que for efetuado após a ciência de impossibilidade de cumprimento pela outra parte.³⁸

A mitigação para evitar uma perda, por sua vez, refere-se à operações substitutivas, quando se tratar de bens ou serviços fungíveis. Ou seja, diante do inadimplemento, o credor pode procurar um terceiro para com ele concluir o contrato, mesmo que de forma menos lucrativa, sendo que tal diferença deva ser indenizada pelo devedor. Por exemplo:

Considere-se que foi celebrado, no dia 12 de setembro de 2010, um contrato de compra e venda de 100 unidades de certa mercadoria ao preço de R\$ 1000,00 cada unidade, para entrega no dia 17 de dezembro de 2010. O vendedor descumpre o contrato, sendo que o valor daquele produto no mercado está em R\$ 1200,00 na data prevista para a entrega. O comprador deve buscar aquela mercadoria no mercado no dia da entrega ou em data próxima, ou seja, sem atraso indevido. Caso não o faça, os danos serão calculados pela diferença entre o valor de mercado menos o valor do contrato (...). (LOPES, 2013, p. 31).

Portanto, reforça-se que caso seja possível a substituição, mas o credor quedar-se inerte, a indenização resume-se apenas à diferença de valores, e não ao total do inadimplemento.

Noutra banda, *mutatis mutandis*, caso o comprador esteja inadimplente, “o vendedor poderá revender a mercadorias de boa-fé e de forma comercialmente razoável” (LOPES, 2013, p. 31), antes que pereçam, evitando assim maiores danos, e requerendo a indenização pela diferença do valor que obteria inicialmente, somada dos possíveis gastos extras com esta venda.

Vale lembrar que a operações substitutivas devem ser feitas sem atraso e levando-se em consideração a razoabilidade do valor, a não ser que haja razão para valor incomum.

Neste ponto, é importante colocar a posição de Corbin e Perillo (2005, p. 324), que dizem: “ganhos feitos pela parte prejudicada em outras transações depois do inadimplemento não devem ser deduzidos dos danos que são indenizáveis, a menos que tais ganhos não pudessem ter sido realizados se não tivesse havido o inadimplemento”. Na prática, isso significa que caso o estoque de um vendedor seja grande e ele puder

³⁸ Ressalva-se, entretanto, que em certos casos, é válido o credor continuar a produção, obra, serviço para que possa vendê-lo para terceiros e mitigar o prejuízo.

fazer outras vendas, não há que se falar em mitigação, pois as vendas seriam completadas independentemente do inadimplemento. Agora, se seu estoque resumia-se aquilo que “sobrou” e foi para outro comprador, houve mitigação. Exemplificando:

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. Neste caso, o inadimplemento do locatário representa perda de volume (LOPES, 2013, p. 217).

3.2.5 *Quantum indenizatório*

Por fim, diante dos excertos de leis nesta obra inseridos, pode-se inferir que a quantia à qual a vítima faz jus opera-se pela seguinte equação:

Figura 2 – Cálculo do *quantum indenizatório*

$$\text{Valor total do dano} - \text{Prejuízo evitável} + \text{Eventuais custos de mitigação} = \text{Valor do ressarcimento}$$

Fonte: produção do próprio autor, 2016.

Reforça-se que os eventuais custos de mitigação também devem ser analisados sob o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade, rejeitando condutas irracionais do credor, assim como condutas oportunistas.

Por fim, válido explanar que, caso o credor realize a operação substitutiva e os ganhos superem os prejuízos, nada há de ser indenizado, a não ser que eventuais custos para a mitigação os superem. Disso concluímos que o quantum deve ser analisado caso a caso, levando-se sempre em conta os princípios e os critérios supracitados.

3.3 A doutrina dos danos evitáveis no Brasil

Passa-se agora à seguinte questão: saber se a regra de mitigação está presente de forma implícita no ordenamento nacional, por meio de normas, princípios e tratados, podendo ser instado o credor a reduzir os danos; ou se sua adoção só caberia mediante *lege ferenda* que seja explícita em tal sentido.

No Brasil, Véra Maria Jacob de Fradera foi a precursora do tema com a publicação de artigo no ano de 2004³⁹, em que conclui que a norma de mitigação pode ser considerada um encargo acessório decorrente do princípio da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil. Dessa forma, Fradera propôs na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o seguinte enunciado:

Enunciado nº 169: O Princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Importante dizer que tal enunciado foi aprovado e está em estrita consonância com enunciado anterior do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, qual seja:

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

Após pioneiro ato, surgiram reflexos à jurisprudência brasileira, como, por exemplo, no Recurso Especial 758.518/PR⁴⁰, com relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, julgado pela Terceira Turma em 17/06/2010.

O caso trata de um contrato de compra e venda em que o promitente-comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações em 1994, tendo, entretanto, usufruído da residência até setembro de 2000. A promitente-vendedora efetuou notificações até o ano de 1998, e percebeu o abandono do imóvel em setembro de 2001. Contudo, ajuizou ação de reintegração de posse cumulada com pedido de indenização apenas em outubro de 2002.

Para o Superior Tribunal de Justiça, “uma situação como a dos autos impunha um comportamento mais ativo da promitente-vendedora, principalmente em verificar se o promissário-comprador continuava ou não na posse do imóvel”, concluindo que tal morosidade evidência o descaso com o prejuízo sofrido.

³⁹ Intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo”. Tal artigo surgiu concomitantemente à proposta do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

⁴⁰ STJ. Recurso Especial nº 758.518-PR, 3ª Turma, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 17/06/2010.

Dessa forma, baseado no *standard* ético-jurídico diante do princípio da boa-fé objetiva, e também da lição de Vera Maria Jacob de Fradera, o STJ entendeu ser cabível a aplicação do *duty to mitigate the loss*, pois

O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

Dessa forma, manteve-se “penalidade imposta pela Corte originária”, qual seja, a exclusão de um ano de ressarcimento, referente ao período de 2001 a 2002, em que a credora demorou a ajuizar a ação.

Para além desta razão, tem-se também a adesão do Brasil em 2013 à Convenção de 1980, sobre os contratos de compra e venda internacional. Como visto anteriormente, os tratados internacionais ratificados pelo país tem caráter de lei ordinária depois de realizados os trâmites necessários (PIOVESAN, 1997, p. 91) e, dessa forma, entende-se por haver forte alicerce para a aplicação do ônus de mitigar o prejuízo na jurisprudência nacional, já que se tornou lei aplicação do ônus de mitigar o prejuízo não só nos contratos de compras e vendas internacionais, mas também naqueles internamente.

Por conseguinte, conclui-se que (a) a boa-fé é o grande princípio por detrás da aplicação do *duty to mitigate the loss*, e (b) ela já é aplicada no Brasil no âmbito dos contratos de compra e venda, já que o país é signatário da Convenção de Viena de 1980.

Alerta-se, entretanto, que por se tratar de instituto importado e diante do curto debate sobre o tema no país, perigosos julgados surgiram na jurisprudência, como visto anteriormente e como será analisado adiante.

3.3.1 Demora na invocação de direito

Quando se fala de *duty to mitigate the loss*, diversos autores e juristas fazem alusão ao famoso caso francês de *Baillieux vs. Jarety*²⁴, no qual um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acabou sendo privado de exercer o seu direito, com fundamento na proibição de *venire contra factum proprium*.

Entretanto, como já dito, apesar do ato de vanguarda de alguns juristas na aplicação da doutrina dos danos evitáveis, alerta-se que há até hoje muita confusão em seu uso. Acredita-se haver uma interpretação muito subjetiva e perigosa do ônus de mitigar o prejuízo, fundamentada apenas no exercício tardio de direito (PINHEIRO, 2012, p 24). Ora, se existem prazos prescricionais justamente para assegurar o direito de ambas as partes, não há que se falar em extemporaneidade da cobrança. Não há como saber o que pode ter acontecido com o credor nesse período, se estava passando por uma situação financeira ou psicológica complicada, ou até mesmo se estava na expectativa de uma conciliação.

O que se sabe é que existem prazos prescricionais dos quais ele pode fazer uso até o fim. Somente quando o credor estiver “legalmente atrasado”, poderá sofrer restrições, já que seu direito caducou. Antes disso, que fique claro, não pode o juiz pautar o *quantum* da indenização de acordo com a velocidade do credor na busca a assistência judiciária.

No mesmo sentido posicionou-se o Desembargador Francisco Casconi, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “*Tenho que o exercício de um direito legítimo e dentro do prazo prescricional não pode sofrer restrição pela demora em seu exercício.*”⁴¹.

Posto isso, para melhor exemplificar tal entendimento, analisar-se-á novamente julgamento do Recurso Especial 758.518/PR⁴², anteriormente trabalhado. Para o STJ ficou evidenciado que “a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido” diante do fato de “ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual”. Ao final, diante do “ajuizamento tardio da demanda”, reduz a indenização em um ano de ressarcimento.

Christian Sahb Batista Lopes (2013, p. 228-229), em sua obra, também analisou tal julgado, entendendo como correta a aplicação da norma de mitigação pelo Tribunal Superior, pois, apesar de o devedor ter descumprido o contrato ao deixar de pagar as parcelas, o credor faltou em retomar o imóvel assim que soube que este estava abandonado, o que acaba por não justificar a indenização por este período.

Com muito respeito ao entedimento do Autor, discorda-se de tal interpretação. Entende-se aqui que, a partir do momento em que a credora percebeu a desocupação do

⁴¹ TJSP. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5, 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Casconi, j. em 16/06/2009.

⁴² STJ. Recurso Especial nº 758.518-PR, 3ª Turma, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 17/06/2010.

imóvel, não há mais dano ocasionado pelo devedor, e dessa forma, não há mais dano a ser mitigado. Além de não se impor a norma de mitigação, aqui não se poderia nem falar em “culpa exclusiva da vítima”, visto que o credor não é mais vítima, pois não há mais um agente do dano.

Ademais, neste trabalho, refuta-se qualquer argumentação no sentido de “invocação tardia de direito”, pois isso destoa completamente do que o *duty to mitigate the loss* visa proteger. Para confirmar tal posição, importante a análise das colocações feitas pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no acórdão do Recurso Especial 1.489.784/SP⁴³, julgado em 2015.

Trata-se de uma execução de título executivo extrajudicial fundado em contrato de mútuo imobiliário e proposta em janeiro de 2012, na qual se alega, por diversos fundamentos, a inexigibilidade da cobrança, visto que o contrato foi celebrado em 1995. Afastada a prescrição, visto que a última das 240 parcelas teria vencimento apenas em janeiro de 2015, o Ministro afasta, com maestria, a possibilidade de aplicação do *duty to mitigate the loss* ao caso, “visto que o estado de inadimplência e o crescimento da dívida é de responsabilidade exclusiva do mutuário e não de um comportamento omissivo do mutuante”.

Deve ficar claro que se o devedor/criador do dano pode, por si, reduzir os prejuízos, não há que se falar em ônus de mitigação por parte do credor/vítima. Isso porque nesses casos o devedor tem controle da situação. O escopo da norma mitigatória é evitar que os danos ocorram/aumentem quando só podem ser evitados pelo credor (ou quando é muito difícil/oneroso ao devedor) e este nada faz. Ou seja, a norma de mitigação serve para incutir o credor a agir quando tal responsabilidade é praticamente exclusiva dele.

Se, por outro lado, o próprio devedor pode evitar/diminuir os prejuízos, ele que assim o faça, visto que deu causa, não podendo se eximir da responsabilidade e atribuir um ônus ao credor. Assim, no presente julgado, o locatário poderia muito bem ter quitado a dívida ou saído da residência, extirpando os prejuízos do proprietário do imóvel.

⁴³ STJ. Recurso Especial nº 1.489.784/SP, 3ª Turma, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 15/12/2015.

Outro exemplo de invocação da norma de mitigação no suposto “atraso na efetivação de direito” existe no julgamento da Apelação Cível nº 2014.077296-0⁴⁴, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na qual uma empreiteira promoveu ação de rescisão de contrato de compra e venda cumulada com indenização por perdas e danos e pedido de reintegração de posse. A ré alegou que a autora demorou mais de 10 (dez) anos para cobrar o suposto débito (1996-2006). Dessa forma, o julgador entendeu que tal demora “não pode passar despercebida pelo poder Judiciário, pois o vendedor deveria ter implementado conduta apta para impedir o agravamento do dano, em respeito ao postulado do *duty to mitigate the loss*”.

Portanto, novamente demonstrada a confusão entre “demora na invocação de direito” na aplicação da norma de mitigação, pois, como dito, o escopo da norma de mitigação é evitar que o devedor arque com prejuízos que só poderiam ser evitados pelo credor, ou que sejam muito difíceis e complicados de serem evitados pelo devedor, o que não é o caso, já que a compradora poderia sair do imóvel e evitar ela mesmo os prejuízos causados, não dependendo de ação do credor para isso. Ademais, desde que tal dívida não esteja prescrita, tem a vendedora total direito de requerer tais valores por via judicial, caso contrário, configura-se enriquecimento sem causa da compradora que não adimpliu as parcelas e usufruiu do imóvel.

Neste ponto, importante a advertência de Christian Lopes (2013, p. 236) no sentido de que “ao se exigir que o credor ingresse com a ação contra o devedor sem demora, a aplicação errônea da norma de mitigação traz instabilidade a direito das obrigações e subverte as normas de prescrição.”.

Portanto, do exposto neste tópico, percebe-se que a demora na invocação de direito não configura falta do credor na mitigação de seus prejuízos, visto que, para tanto, existem os prazos prescricionais. Diante disso, nos próximos tópicos serão apresentadas possíveis justificativas e fundamentos para a aplicação do *duty to mitigate the loss* no país, com consequente análise conjuntural de cabimento ou não.

⁴⁴ TJSC, Apelação Cível nº 2014.077296-0, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 17/03/2015.

3.3.2 Sistema aberto, cláusulas gerais, princípios norteadores e legislação nacional

Como introduzido acima, neste tópico serão demonstrados os possíveis fundamentos para a introdução do ônus de mitigar o prejuízo no Brasil. De início, vale diferenciar sistemas jurídicos fechados e abertos.

Os sistemas jurídicos fechados caracterizam-se por uma ideia de completude e por sua extrema rigidez a influências externas. É também chamado de autopoietico. Neles, para que seja possível a adição de um novo elemento é necessário que a regra seja modificada.

Entretanto, constatou-se que tais sistemas não se sustentam, visto que as relações interpessoais continuam em expansão e diferentes experiências acontecem dia após dia, sendo impossível que a lei preveja de forma pormenorizada todos esses casos merecedores de atenção jurídica.

Dessa forma, surgiram os sistemas jurídicos abertos, que são dinâmicos e se adaptam continuamente. E o que orienta tais sistemas são os princípios e as cláusulas gerais. Judith Martins-Costa (2000, p. 286), as conceitua da seguinte forma:

Normas cujo enunciado, em vez de traçar punctualmente a hipótese e suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas (...)

Portanto, as cláusulas gerais:

Constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isso porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta (MARTINS-COSTA, 1998, p. 3).

Dito isso, extrai-se que dessa grande abertura semântica, não há necessidade de que as cláusulas gerais⁴⁵ deem resposta a todos os problemas da realidade, pois, com uso daquelas, tais respostas serão construídas pela jurisprudência. Isso permite a *“permanente atualização do Código, evitando um envelhecimento que, na sociedade*

⁴⁵ Há ainda as cláusulas gerais de tipo extensivo, em que no próprio texto legislativo, admite-se a interferência de princípios e regras externos. Como exemplo, tem-se o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal.

globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido.” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 13).

Dessa constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a incompletude das normas inseridas em cláusulas gerais significa que elas necessitam de uma concretude a ser dada pela jurisprudência, sob pena de restarem inutilizadas. É como se fossem belas e elaboradas molduras envolvendo quadros em branco.

Com isso, a partir da concepção de sistema aberto, a jurisprudência começou a fazer uso do mais “*célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido*” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 11), o parágrafo 242⁴⁶ do BGB – Código Civil Alemão – que insculpiu a cláusula geral de boa-fé (*Treu und Glauben*). Da mesma forma, entende-se que diante da abertura do sistema que engloba o Código Civil de 2002⁴⁷, os artigos 187 e 422 do Código Civil figuram como o ponto de partida para a possível recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil.

3.3.3 A boa fé como princípio norteador.

Tanto no parágrafo 242 do Bürgerliches Gesetzbuch, quanto nos arts. 187 e 422 do Código Civil brasileiro, a boa-fé está colocada como princípio de conduta a ser seguido. Trata de boa-fé objetiva, pois se refere ao modo probo de agir, ou seja, de forma leal, honesta, correta, com escopo de viabilizar a vida em comum. Importante os dizeres de Humberto Theodoro Junior no sentido de que a “*boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos*”.

Dessa constatação infere-se a existencia dos

Deveres anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o alter, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo (MARTINS-COSTA, 1998, p. 11).

⁴⁶ § 242: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, de acordo com as práticas e costumes. (tradução livre).

⁴⁷ De forma intencional pela comissão que preparou o anteprojeto, diferentemente do que propôs Beviláqua em 1916.

Entretanto, como trabalhado no tópico anterior, o Código Civil não determina expressamente acerca dos deveres das partes, cabendo tal tarefa à Doutrina e à Jurisprudência, que hoje entendem como deveres de conduta anexos, por exemplo, o de lealdade, de cooperação, de informação, de eticidade e de segurança, sendo tal lista expandida ao longo dos anos, na medida em que a jurisprudência aplica, por meio dos usos e costumes, a boa-fé no caso concreto. Isso se desenvolve até que se atinja uma concreção da norma a partir da cláusula geral.

Com efeito, extrai-se do princípio da boa-fé o dever de uma atuação ativa e cooperativa entre as partes, como dito por Christian Sahb Lopes, deve ser praticado o *fair play*. É justamente nesse contexto que Vera de Fradera conclui, a partir de seu estudo, que a norma de mitigação pode ser considerada um dever acessório decorrente do princípio da boa-fé objetiva.

Nessa perspectiva, a lealdade e cooperação e a eticidade incitam o credor a colaborar com o devedor, por meio da prática da *adversarial ethic* (ANDRADE, RUAS, 2016, p. 127), no sentido de que eventuais prejuízos sejam minimizados, na medida do possível, de forma a não abusar do seu direito como credor. Outro não é o entendimento que se extrai dos Enunciados 26 (da I Jornada de Direito Civil) e 169 (da III Jornada de Direito Civil)⁴⁸.

Por fim, importante também ressaltar que é falaciosa o desacerto na interpretação de que a norma de mitigação aplicar-se-ia apenas às relações contratuais diante do fato de que o art. 422 está colocado na Parte Especial do Código, que trata das obrigações. Primeiro, porque há entendimento jurisprudencial⁴⁹ pela amplitude de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o que abarca as relações aquilianas.

Segundo, porque o art. 187 tem o condão de justificar a aplicação da inevitabilidade na responsabilidade civil geral (sentido estrito), visto que positivado na Parte Geral do Código. Inclusive, a reincidência do termo “boa-fé” corrobora a vontade do legislador de que as relações assim fossem realizadas. Vale dizer que essa proibidade na conduta é reforçada também pelo artigo 113 do Código Civil, que define que “os

⁴⁸ Enunciado nº 26: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”

Enunciado nº 169 – Art. 422: O Princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

⁴⁹ O Código civil vigente positivou em seu art. 422 o princípio da boa-fé objetiva. As consequências do reconhecimento desse princípio não se limitam às relações contratuais, irradiando-se para diversos ramos do Direito (...). TJMG, Apelação Cível nº 1.0701.07.183692-1/001, 16ª Câmara Cível, rel. Des. Wagner Wilson, j. em 11/03/2009.

negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Por tudo isso, acredita-se que o princípio da boa-fé é o principal alicerce (e porta de entrada) à norma de mitigação no Brasil, da mesma forma que o é no exterior.

3.3.4 Legislação Nacional

Agora, para tratar de algo mais palpável que os princípios, tentar-se-á nesse capítulo encontrar as normas nacionais que possibilitem a aplicação do *duty* no Brasil.

Da mesma forma que no direito alemão, como tratado no tópico sobre a origem do instituto, há no Código Civil brasileiro previsão indireta do *onus de mitigar o prejuízo* em relação aos contratos de seguros, como positivado no art. 771, com a seguinte redação:

Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o 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.

Tal conduta está positivada com fito em resguardar os fundos securitários, já que são de uma mutualidade de clientes. Mas ora, porque tal lógica não pode ser aplicada em relações entre particulares não protegidas por seguros? Justamente quando há mais risco de perder o objeto e mais dificuldade de se alcançar sua recuperação ou indenização, diante da inexistência de fundo algum?⁵⁰.

Pode-se também dizer que o intuito de tal artigo é o de evitar práticas de má-fé contra as seguradoras – sim, justificável. Entretanto, nada justifica a má-fé entre os contraentes particulares ou até em casos de responsabilidade aquiliana. O *fair play* também deve ser praticado nesses casos, pela primazia de um modo cooperativo de agir, a fim de evitar condutas que acarretem prejuízos desnecessários.

⁵⁰ Vale dizer que há recente decisão do STJ (REsp 1.546.178) no sentido de que a “demora na notificação do sinistro não acarreta perda automática do seguro”.

Na ação o argumento da seguradora era exatamente da relação do art. 771 com a mitigação dos prejuízos, nos seguintes termos: “Houve a perda do direito à indenização por descumprimento da norma do artigo 771 do Código Civil, que impõe a ciência imediata do fato ao segurador, a fim de que possa tomar as providências cabíveis para minorar as consequências.”.

De qualquer forma, acredita-se que a simples previsão contida no art. 771 facilita a inserção da norma de mitigação no Brasil, pois com ele, a aplicação judicial não é mais inédita.

Para tanto, ilustra-se melhor com o exemplo de Pablo Stolze Gagliano (2010):

Imagine que Fredie Bacana conduz o seu carro no estacionamento da Faculdade. Em uma manobra brusca e negligente, colide com o carro de Salomé Viena. Esta última, vítima do dano e titular do direito à indenização, exige que Fredie chame um guincho. Muito bem. Enquanto Fredie se dirigia à secretaria da Faculdade para fazer a ligação, Salomé – credora do direito à indenização – verificou que uma pequenina chama surgiu no motor do carro.

Poderia, perfeitamente, de posse do seu extintor, apagá-la, minimizando a extensão do dano. Mas assim não agiu. Em afronta ao princípio da boa-fé e ao dever de mitigar⁵¹, pensou: “quero mais é que o carro exploda, para que eu receba um novo. Neste caso, se ficar demonstrado que o credor poderia ter atuado para minimizar o dano evitável (“*avoid his avoidable damages*”), não fará jus a um carro novo. Apenas receberá, por aplicação do *duty to mitigate*, o valor correspondente à colisão inicial.

Portanto, nota-se que é irrazoável que Fredie tenha o dever de pagar um carro novo a Salomé diante do pequeno acidente causado. Salomé tinha o ônus de evitar o aumento do prejuízo, e se assim não o fez, não será ressarcida por esta parcela evitável. Ademais, nesse caso, o ônus de mitigação vai ao encontro do que prevê o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que trata da desproporção da culpa e a gravidade do dano.

Por fim, ainda no tocante ao ordenamento jurídico pátrio, ganha relevo a discussão acerca das omissões do Código Civil de 2002.

A positivação do ônus de mitigar o prejuízo tanto no Codici Civile Italiano (art. 1.227)²¹, quanto no § 254 do BGB²², vieram juntamente com a definição de culpa concorrente no evento danoso. Apesar de se achar perigosa tal proximidade geográfica entre os institutos, como já tratado anteriormente⁵², quer-se apenas demonstrar que a redação do art. 945⁵³ é muito similar àquelas, faltando-lhe apenas a segunda parte, que trata da norma de mitigação.

⁵¹ Como visto, trata-se, na verdade, de um ônus.

⁵² Pois pode confundir o aplicador da lei, visto se tratar, na verdade, de dois momentos apartados.

⁵³ Cf. tópico 1.4.1

Disso imagina-se que, talvez por um lapso do legislador, faltou apenas a conclusão mais alargada de tal artigo para que a norma de mitigação fosse positivada no Brasil.

Assim, por acreditar haver diversos aspectos positivos dessa doutrina, e para suprir tal omissão legislativa, recomenda-se a adição de um parágrafo ao art. 945, seguindo a linha dos códigos alemão e italiano, conferindo, de vez, aplicação do instituto na jurisprudência nacional.

No mesmo sentido, Véra de Fradera (2004, p.109), já na introdução de seu famoso artigo, reforça a necessidade de aprofundamento do tema pela doutrina brasileira diante da relevância prática e omissão do Código Civil de 2002, mesmo com exemplo legislativo recente e eficaz, como o art. 77 da CISG.

Já em relação à responsabilidade contratual – para onde se direciona a doutrina, em geral – Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 154-155) afirma haver a (outra) omissão mais grave do Código Civil: não há nele tratamento específico em relação ao abuso de direito entre os negociantes, que acaba por utilizar as cláusulas abusivas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O CDC, criado depois do Projeto de Código Civil, em seu Artigo 4º, inciso III, destaca os princípios de boa-fé e de equilíbrio para harmonia de interesses entre consumidores e fornecedores. No art. 51, apresenta um vasto elenco das cláusulas abusivas. De tal maneira, o Código Civil deveria ter avaliado tais pontos positivos do CDC e os abarcado em sua nova redação, já que foi promulgado depois daquele.

Diante desta exposição, resta evidente, que, por meio de uma análise sistemática, levando-se em consideração todos os traços positivados no sistema a fim de coibir abusos, assim como a importância que foi dada aos princípios da boa-fé e da confiança, com intuito de aumentar a cooperação entre sujeitos de direito, há interesse social na implementação do ônus de mitigar a perda no Brasil, razão pela qual se entende por uma pequena reforma no instituto da responsabilidade civil, já que essa não deve estimular a majoração dos danos.

Adiante, analisar-se-á a possibilidade de utilização dos argumentos advindos da jurisprudência francesa, onde o ônus de mitigar o prejuízo também não é positivado, mas aplicado, quais sejam: O abuso de direito e a proibição de *venire contra factum proprium*.

3.3.5 Proibição ao abuso de direito

A repressão ao abuso de direito é recorrentemente utilizada como fundamento para a norma de mitigação, com base na ideia de que a reparação pelos danos inevitáveis constitui exercício regular de direito, enquanto a reparação pelos danos evitáveis configuraria o abuso.

Para tanto, é necessário perquirir a definição de abuso de direito. Carlos Roberto Gonçalves assim o define:

Ocorre quando o agente, atuando dentro dos limites da lei, deixa de considerar a finalidade social de seu direito subjetivo e o exorbita, ao exercê-lo, causando prejuízo a outrem. Embora não haja, em geral, violação aos limites objetivos da lei, o agente desvia-se dos fins sociais a que esta se destina. (GONÇALVES, 2016, p. 440).

Rubens Limongi França (1977, p. 45), em sua Enciclopédia Saraiva do Direito define que o abuso de direito é em princípio um ato lícito, que pela forma com a qual é exercido, acarreta em um resultado que se considera ilícito, corroborado pela definição legal dada pelo art. 187 do Código Civil de 2002:

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

A partir desta base, é possível fazer uma análise comparativa com a norma de mitigação. Ao cotejá-la com o artigo 187, entende-se que o credor (titular de direito), ao não mitigar os prejuízos, e posteriormente requerer indenização, está excedendo os limites do exercício de seu direito, visto que, apesar de ter o direito de livremente dispor de seus bens, não pode requerer indenização por tal inércia proposital.

Por esta mesma razão, analisando a definição supra de Limongi França, pode-se dizer que, diante da atuação sem proibidade, o dano causado a seus bens é um ato lícito, sendo, entretanto, o pedido de indenização pelo que poderia ter sido evitado como um “resultado ilícito”.

Quanto à definição de Gonçalves, entende-se que o credor exorbita a finalidade social de seu direito quando deixa que os prejuízos aumentem e mantém se inerte, causando, portanto, prejuízo a outrem.

Deste modo, percebe-se que os atos praticados com abuso de direito prescindem de lealdade, honestidade e cooperação. Disso extrai-se que o credor, ao requerer indenização pelos danos evitáveis, não age em conformidade com tais valores, ultrapassando os limites impostos pela boa-fé, e exercendo seu direito de forma abusiva.

Sendo assim, a teoria do abuso de direito corrobora a existência (e aqui a necessidade) da norma de mitigação, podendo ser utilizada como seu fundamento, visto que ambas estão intimamente ligadas pelo art. 187 do CC/2002, em respeito à boa-fé, de modo ainda que a “sanção” ao abuso seria a limitação da indenização a que faz jus o credor.

3.3.6 *Venire contra factum proprium*

A norma de mitigação é também por diversas vezes justificada com base na vedação do *venire contra factum proprium*. Na definição de Menezes Cordeiro (1984, p. 742):

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

De forma mais extensa, Anderson Schreiber (2007, p. 132), por seu turno, estabelece quatro requisitos:

Para caracterizar, então, a incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* é essencial a reunião de alguns requisitos:

- I - o *factum proprium*;
- II - a legítima confiança;
- III- a contradição ao *factum proprium* e;
- IV- a ocorrência de dano efetivo ou potencial.

Para o autor, “a função precípua da vedação ao comportamento contraditório é a proteção à confiança.” (SCHREIBER, 2007, p. 131).

Por fim, Judith Matins-Costa (2000, p. 471) assim sintetiza seus requisitos:

- a) a atuação de um fato gerador de confiança;
- b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato;

- c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada;
- d) o fato de ocorrer (...) a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.

Aplicando os termos acima na prática da doutrina da mitigação, ter-se-ia que o *factum proprium* corresponde à inércia do credor diante dos danos. Tal ato, em princípio, é lícito, já que qualquer um pode dispor de seus bens. O segundo ato é o requerimento de indenização pelos prejuízos sofridos, o que também é lícito. Ambos são contraditórios entre si e isso causaria dano à outra parte. Dessa forma, cumpridos os requisitos, pode parecer que a mitigação se encaixa em tal vedação.

No entanto, como bem alerta Christian Sahb Lopes, é imperioso dizer que se raciocina aqui já com a existência da norma de mitigação em mente, mas é necessário pensar que, se ela não existisse, tais atos não seriam contraditórios, pois não incumbia ao credor impedir os prejuízos evitáveis. Dessa forma, não se pode falar em vedação de atos contraditórios.

Entretanto, Schreiber (2007, p. 145), por entender que o escopo da norma é proteger a confiança, afirma “que o comportamento incoerente não é um ato ilícito de per si, mas se torna combatível porque fere a confiança legítima e a boa-fé objetiva”.

Caso se entenda por este viés, e, portanto, derrubada a construção explanada acima, surge outro argumento: O comportamento de inércia do credor diante dos danos não gera confiança no devedor, muito menos há que se falar em boa-fé objetiva. Primeiro porque o devedor cometou ato ilícito, e segundo porque ele não muda suas ações diante de suposta confiança, ou seja, ele não comete novos danos diante da inação do outro.

Como visto, a incidência da norma de mitigação acontece quando o devedor não pode mais agir para recuperar a situação (ou é muito mais fácil que o credor o faça). Aqui, caso ele faça uso da “confiança” e continue agindo de forma danosa, não se trata mais de ônus do credor de mitigar os prejuízos.

Pode-se, talvez, dizer, que a demora no exercício de um direito até geraria certa confiança no devedor. No entanto, reitera-se, como visto, que a demora, desde que dentro do prazo prescricional, também não está no âmbito da norma de mitigação, como já foi refutado neste trabalho.

Diante de tudo isso, afasta-se o uso da vedação ao *venire contra factum proprium* como fundamento ao *duty to mitigate the loss*.

3.4 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DA MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS

Agora, será feita análise dos benefícios e prejuízos ao se aplicar o *duty to mitigate the loss*.

De início, insta repetir que a atuação do credor/vítima para mitigar os prejuízos não significa apenas agir com boa fé, solidariedade ou cooperação. Isso porque a mitigação não serve unicamente ao devedor, mas principalmente ao credor, que poderá reaver com mais rapidez o seu bem da vida, ou poderá mais facilmente receber os valores de indenização, visto que menores, o que torna mais acessível seu adimplemento.

No livro de Christian Lopes, que trata da mitigação apenas na seara contratual, o autor conclui que a mitigação dos prejuízos maximiza a “eficiência nas relações contratuais, evitando o desperdício de recursos econômicos e fomentando a cooperação e a negociação entre as partes.” (LOPES, 2013, p. 138). Ou seja, além de evitar a eliminação de recursos ainda úteis, fomenta a cooperação, o que vem a permitir futuras negociações entre as partes, apesar de um atual descumprimento.

Entende-se aqui, entretanto, que os referidos benefícios não são percebidos somente em relações contratuais, mas também nas extracontratuais. Tais proveitos são vistos na seara econômica, ecológica, social e, inclusive judicial. Para ilustrar, retoma-se o exemplo de Pablo Stolze Gagliano, da batida de carro no estacionamento da faculdade.

Após a batida, Freddie – motorista do veículo responsável pela colisão – não nega o pagamento do conserto, já que evidente sua culpa. Isso, de início, traria benefícios econômicos à oficina escolhida. Entretanto, diante da expansão evitável do valor do dano, Freddie nega-se a pagar a perda do carro e, caso tenha seguro, sua seguradora também virá a contestar tal valor. Neste momento, observa-se também o desperdício econômico e material em deixar-se perder um automóvel inteiro por uma mera batida. Ainda, seu descarte e a produção de um novo veículo têm expressivos impactos ambientais. Por fim, após tudo isso, visualiza-se ainda que o imbróglio provavelmente

seria levado às portas do judiciário, o que prolongaria sobremaneira o desgaste entre os envolvidos, além de sobrecarregar o sistema.

Portanto, da falta de mitigação no presente exemplo percebe-se as seguintes consequências: menos renda às oficinas locais, um objeto a menos no mercado de usados, uma tonelada de lixo produzido, o consumo de um novo veículo e, por fim, a existência de mais uma ação judicial para sobrecarregar o sistema judiciário.

Além de tudo isso, caso o pedido de Salomé seja julgado procedente, nada garante que tal sentença seja exequível. Fredie poderia ter condições de pagar os danos da batida, mas não um carro por inteiro.

No mesmo sentido, Farnsworth (1999, p. 806-807), numa análise econômica do direito, aduz que:

O escopo da regra no sistema da *common law* é bastante claro: busca-se evitar desperdício de recursos econômicos pela inércia do credor quando possível o afastamento do dano mediante esforço razoável. Diante da escassez, os recursos representam um valor social relevante que deve ser preservado.

Portanto, com a aplicação da mitigação facilita-se o adimplemento da obrigação derivada, restabelecendo o *status quo ante* e mantendo a harmonia social e econômica.

Quanto aos pontos negativos da aplicação do *duty to mitigate the loss*, informa-se que diante do estudo e mesmo após ampla reflexão, não se concluiu por haver algum. Quanto à aplicação jurisprudencial da norma, devem ser tomados cuidados, para que a norma de mitigação não justifique indevidas limitações às indenizações.

3.5 ASPECTOS PROCESSUAIS

A seguir serão expostas duas questões processuais da norma mitigatória: a quem incumbe o ônus probatório e se o juiz pode aplicá-la de ofício.

3.5.1 Ônus da Prova

Como demonstrado no primeiro capítulo, para que o credor seja indenizado incumbe a ele demonstrar o fato antijurídico, o dano e o nexo causal entre o fato e o prejuízo.

Por outro lado, conforme o inciso II, do artigo 373, do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, cabe, em regra⁵⁴, ao réu o ônus de provar que o autor poderia ter minimizado os prejuízos pela adoção de medidas razoáveis. Tal sistemática é compatível com a adotada nos países de *common law* e na Alemanha.

Por consequência, cabe também ao réu provar que as medidas adotadas pelo credor para a mitigação não foram razoáveis. Isso porque ambas configuram-se como argumentos adversativos à pretensão do autor/credor.

Além de tal entedimento seguir corretamente a norma processual, acredita-se que não se deve exigir do credor a prova de que se comportou de forma razoável na liquidação do prejuízo, visto que já atuou de forma muito positiva em mitigar os danos.

3.5.2 Aplicação de Ofício

Apesar do escasso material tratando do tema, entende-se que a norma de mitigação possa ser aplicada pelo Juiz de ofício, mesmo que não tenha sido arguida pelo devedor/réu.

Isso diante da previsão do art 375 do Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, dispondo que o juiz pode aplicar regras de experiência comum a partir de sua percepção no processo. Carlos Alberto Alvaro De Oliveira (2009, p. 196) entende que: “O magistrado sempre poderá extrair do material fático constante no processo as conclusões jurídicas que entender de direito, mesmo quando não indicadas pelas partes.”.

Por óbvio, o juiz, após suscitar a mitigação dos prejuízos, deve dar oportunidade às partes de se manifestarem antes do julgamento, em conformidade com o art. 9º do NCP. Neste mesmo sentido escrevem Fábio Andrade e Celiana Ruas (2016, p. 141): “As partes não poderiam ser surpreendidas por decisão cujo fundamento principal se apoie numa visão jurídica da qual não tenham se apercebido ou diversa da suscitada e debatida pelos litigantes.”.

Entende-se que o juiz, ao aplicar a norma de mitigação de ofício, busca a correta liquidação do valor a ser indenizado, não obrigando o credor a pagar pelo dano que a vítima evitou, ou que podia ter evitado mediante esforços razoáveis.

3.6 CORRETA APLICAÇÃO

⁵⁴ Diz-se em regra, pois o parágrafo primeiro prevê o ônus dinâmico da prova.

Por derradeiro, necessário demonstrar como é feita a correta aplicação da mitigação dos prejuízos. Para tanto, utilizar-se-á do julgamento da Apelação Cível nº 2012.028620-5, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁵.

Trata-se de uma “ação de reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais” contra uma construtora que paralizou e abandonou as obras antes do término. Pugna-se também, nos autos, pela rescisão contratual e a incidência de multa por descumprimento contratual, que, no entanto, não serão tratados aqui, pois foge do foco principal.

Em continuidade, os requerentes alegaram que, quando da paralisação das obras, a última laje, que não era impermeabilizada, restou desprotegida, pois a cobertura de telhas ainda não havia sido colocada, deixando toda a obra exposta às condições climáticas por grande período de tempo, o que culminou em danos generalizados à estrutura e paredes da edificação.

O julgador, de maneira sábia, afirmou que “não há qualquer previsão contratual sobre as atribuições de resguardar ou impermeabilizar o construído em caso de rescisão contratual” e que “é de interesse dos autores agir de forma ativa para mitigar os possíveis danos causados pelas ações climáticas, sendo dever implícito o de evitar o próprio prejuízo – duty to mitigate the own loss.” Tal entendimento está em harmonia com as determinações do perito no sentido de que é “prudente, para evitar prejuízos imediatos às instalações, que a construção seja imediatamente coberta com telhas, incluindo a execução, de madeiramento, calhas e rufos”.

Neste caso, mostra-se perfeita a incidência da norma de mitigação. Ora, os autores, sabendo do afastamento da construtora, não lançaram esforços razoáveis no objetivo de impedir prejuízos evitáveis; de tal sorte que não devem, por estes, ser indenizados.

⁵⁵ TJSC, Apelação Cível nº 2012.028620-5, 6ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. em 13/10/2015.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou expor o que é o *duty to mitigate the loss*, e analisar se sua aplicação é possível no Brasil. Concomitante a isso, foi examinada toda a jurisprudência Catarinense e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema, tendo sido colacionados os julgados mais interessantes para este trabalho.

No primeiro Capítulo, após introdução sobre o instituto da Responsabilidade Civil, procurou-se evidenciar as diferenças entre as teorias de causalidade e a norma de mitigação dos prejuízos, visto que são recorrentemente confundidos, como demonstrado.

No início do segundo capítulo foi construída a origem do instituto, demonstrando suas influências internacionais. Mais adiante foi explanado quanto a sua natureza jurídica de um ônus, e não de um dever. Posteriormente, para uma maior compreensão, foram expandidos os conceitos, introduzindo os parâmetros da norma de mitigação e limitando sua aplicação aos corretos fundamentos. Por fim, foram demonstradas as justificativas para internalização do ônus de mitigar o prejuízo no Brasil, diante de leis nacionais, enunciados, princípios, tratados e convenções.

De tudo isso, conclui-se que o direito brasileiro abarca a norma de mitigação, que tem a natureza de ônus jurídico, a partir da cláusula geral de boa-fé prevista nos arts. 422 e 187 do Código Civil, assim como pela ratificação da Convenção de Viena de 1980. Não há que se argumentar pela impossibilidade de aplicação por uma falta de expressa positivação do instituto, já que muitos outros conceitos são aplicados sem estarem postos no ordenamento, como, por exemplo, a responsabilidade pelo fato da coisa, que é amplamente aplicada no direito brasileiro, assim como a responsabilidade grupal.

Até porque a aplicação do instituto é de extrema valia a toda a população, visto que, diante da existência de uma verdadeira crise de cooperação, a mitigação surge como um meio de redução dos custos econômicos e sociais dos descumprimentos contratuais e de desentendimentos extracontratuais, colaborando também com a desobstrução do judiciário.

Da análise jurisprudencial percebeu-se que (1) a aplicação do *duty to mitigate the loss* é, na grande maioria das vezes, feita pelos juízos, sem ser arguida pelas partes, por compreensível desconhecimento de tal norma, e que (2) não é rara sua adoção da figura em situações evidentes de fato exclusivo da vítima ou concausalidade entre

agente e vítima. Além dessa adoção, também se percebe o equívoco ao justificar a mitigação com base no *venire contra factum proprium*.

Por fim, lamenta-se a ausência do conceito no Código Civil de 2002, já que, como visto, o direito brasileiro tem os alicerces necessários a sua recepção. Para dar mais robustez à norma de mitigação, portanto, propõe-se aqui uma mudança na redação do Código Civil, com inclusão das regras da norma de mitigação, em forma de parágrafos ao artigo 945, com a seguinte redação:

§1º O ressarcimento não é devido pelos danos que a vítima/credor poderia ter evitado ou reduzido por meio de esforços razoáveis, quando impossíveis ou extremamente onerosos de serem feitos pelo causador.

§2º As perdas e danos abrangem as despesas razoáveis feitas pelo credor na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento, mesmo que infrutíferas.

Com a positivação, acredita-se que a norma seja gradualmente conhecida e estudada pelos operadores do Direito, o que posteriormente se estenderá à população, de modo a estimular o comportamento de boa-fé e minimizar a ideia popular de que “o lesado pode tudo, pois está com a razão”.

Além disso, com a expansão do estudo, a incidência de erros durante sua aplicação, como percebido na análise dos julgados, será reduzida, garantindo também mais segurança jurídica aos litigantes.

REFERÊNCIAS

a) Bibliografia

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de Andrade; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. p. 119-146. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2016. 7 v.

ATIYAH, Patrick Selim; SMITH, Stephan Alexander. **Atiyah's introduction to the law of contract**. 6^a ed. Oxford: Clarendon. 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva. 2004.

BAHIA, Carolina Medeiros. **Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente**: Elementos para um novo tratamento da causalidade no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental, Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral das Obrigações**. Campinas: Bookseller, 2005.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CORBIN, Arthur L., PERILLO, Joseph M. **Corbin on contracts**: Damages. Newark: LexisNexis, 2005. 11 v.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARNSWORTH, Edward Allan. **Contracts**. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999.

FONTAINE, Marcel. Le droit des contrats à l'écoute du droit compare. In: POULLTE, Yves; WÉRY, Patrick; WYNANTS, Paul. **Liber amicorum Michel Coipel**. Bruxelas: Wolters Kluwer, 2004.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. 2 v.

GAGLIANO, Pablo S. *Duty to mitigate* - 12º editorial. **Novo Direito Civil**. 2010. Disponível em: <http://pablostolze.com.br/wp-content/themes/Pablo/mais_publicacao.php?cat=editoriais>. Acesso em 10 de novembro de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil I: parte geral: obrigações e contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 177-183.

HELENE, Paulo Henrique; Hoffmann, Eduardo. **Duty to mitigate the loss: O dever de mitigar sua própria perda**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de3f712d1a02c5fb>>. Acesso em 13 de junho de 2016.

HILLMAN, Robert A. Keeping the deal together after material breach: common law, mitigation rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts. **University of Colorado Law Review**, Boulder, 1975-1976. 47 v.

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

LARENZ, KARL. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**. Verlag CH. Beck, München, 1967.

MACINTOSH, Jeffrey G., FRYDENLUND, David C. An investimet approach to a theory of contract mitigation. **University of Toronto Law Review**. Toronto. p. 113-182, 1987. 37 v.

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

MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. jul./set. 1998. 35 v.

MCCORMICK, Charles T. **Handbook on the law of damages**. St. Paul: West, 1935.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito civil**. Lisboa: Almedina, 1984. 1 v.

MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. **Tratado de direito privado**: tomo XXII - parte especial. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. Tripartição Fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. **Tribunal de Justiça, Jurisprudência Catarinense**. p. 93-106. Florianópolis. 1º e 2º trim. 1993. 72 v.

NOVAIS DIAS, Daniel Pires. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. Rio de Janeiro: **Revista Forense**. p. 71-117, jan/jun. 2011. 413 v.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. ed.rev. atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 1 v.

PINHEIRO, Denise. **Duty to mitigate the loss à brasileira**: uma questão além do nexo de causalidade. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

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

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAN MARTÍN, Lilian Cecilia Neira. **Del “deber” del acreedor de evitar o mitigar el daño**, Tese (Doutorado). Università degli studi di Roma, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIQUEIRA, Carlos André Cassani; Campeão, Paula Soares. A cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo Credor. In: **XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Vitória, 2011,

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**: Esboço do tema e primeira abordagem. 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. Ed. São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexó de causalidade. In: **Temas de direito civil, tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WITZ, Claude. **Droit Pirvé Allemand**: 1. Actes juridiques, droit subjectifs. Paris: Litec, 1992

b) Legislação

ALEMANHA, Bürgerliches Gesetzbuch, em vigor desde 1º de Janeiro de 1900. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, em vigor desde 11 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

BRASIL, Código de Processo Civil, em vigor desde 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

BRASIL, Decreto Lei 8.327, de 16 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

ITÁLIA, Il Codice Civile Italiano, promulgado em 16 de março de 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em 22 de novembro de 2016.

FRANÇA, Code Civil des Français, em vigor desde 21 de março de 1804. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em 22 de novembro de 2016

c) Jurisprudência

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2013.023416-8, julgado pela Segunda Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Substituto Jorge Luis Costa Beber, em 10/03/2016.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2014.078505-3, julgado pela Primeira Câmara de Direito Comercial, com relatoria da Desembargadora Substituta Janice Goulart Garcia Ubialli, em 08/10/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2014.093137-5, julgada pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, em 12/05/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.045115-9, julgada pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, em 14/04/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2013.076194-0, julgada pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, em 29/06/2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2010.022856-8, julgada pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, em 19/10/12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518-PR, julgado pela Terceira Turma, com relatoria do Ministro Vasco Della Giustina, em 17/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 1.242.899-0/5, julgada pela 31ª Câmara de Direito Privado, com relatoria do Desembargador Francisco Casconi, em 16/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.489.784/SP, julgado pela Terceira Turma, com relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em 15/12/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2014.077296-0, julgada pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Ronei Danielli, em 17/03/2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2012.028620-5, julgado pela Sexta Câmara de Direito Civil, com relatoria do Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior, em 13/10/2015.