

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO

GABRIELLA MICHETTI MORA VALDESOIRO

**O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E SEU CONTEÚDO
EFICACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DA CAUSALIDADE
CUMULATIVA DO ARTIGO 945 DO CÓDIGO CIVIL**

Florianópolis (SC)

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

GABRIELLA MICHETTI MORA VALDESOIRO

**A O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* E SEU CONTEÚDO
EFICACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DA CAUSALIDADE
CUMULATIVA DO ARTIGO 945 DO CÓDIGO CIVIL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora
do Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. RAFAEL PETEFFI DA SILVA

Florianópolis (SC)

2013

Autora: Gabriella Michetti Mora Valdesoiro

Título: O Instituto do *Duty to Mitigate the Loss* e seu conteúdo eficazional no Direito brasileiro em face da Causalidade Cumulativa do artigo 945 do Código Civil

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovado com _____.

Florianópolis (SC), 03 de dezembro de 2013.

Professor Doutor Rafael Peteffi da Silva

Professora Doutora Carolina M. Bahia

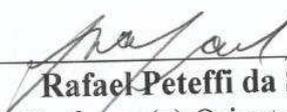
Mestre Patrícia Loureiro A. A. Barbosa

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

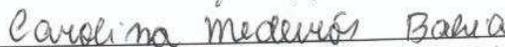
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**O instituto do Duty to Mitigate the Loss e seu conteúdo eficazional no Direito Brasileiro em face da causalidade cumulativa do art. 945 do Código Civil**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Gabriella Michetti Mora Valdesoiro**, defendida em **03/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,8 (nove e oito), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

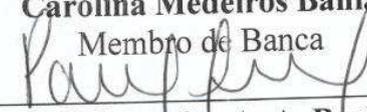
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2013



Rafael Peteffi da Silva
Professor(a) Orientador(a)



Carolina Medeiros Bahia
Membro de Banca



Patricia Loureiro A. A. Barbosa
Membro de Banca

*A minha mãe e irmã, as duas
mulheres mais fortes que eu conheço.
Minhas constantes.*

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por todo o amor, a luta, os sacrifícios, as lições, a firmeza, os carinhos, a preocupação, as decisões, o incentivo, a emoção e a paciência. Obrigada por acreditar em mim, exigir o meu melhor e me ensinar que sempre é possível seguir em frente.

À minha irmã, por nunca largar a minha mão, rindo ou chorando.

Ao meu avô, minha avó, minhas tias, tios, primas e priminhos, que transbordam todas as lacunas com tanto amor e carinho.

Ao Urbano, por todo seu apoio.

Aos amigos, Patricia Bandini, Everton Volpi, Bernardo de Oliveira, Carolina Pilati, Rodrigo José, Vitória Pagani e Camila Ávila, pelo companheirismo de sempre e por compreenderem a minha ausência nos últimos meses.

À minhas amigas queridas, Luciana Bertocini e Priscila Berndt, e à Patrícia Loureiro, sem a ajuda de vocês este trabalho teria sido quase impossível.

Ao meu professor e orientador, Professor Rafael Peteffi da Silva, por sua atenção e contribuição inestimáveis para esta pesquisa.

E, por fim, à Professora Carolina Bahia, que gentilmente aceitou participar da banca avaliadora desta monografia.

RESUMO

Consiste a presente monografia em análise sobre a existência de espaço no Direito brasileiro para a aplicação do instituto do *duty to mitigate the loss*, no âmbito extracontratual. Para tanto, desenvolveram-se dois estudos, separadamente. Inicialmente, foram revisitados os requisitos para a responsabilidade aquiliana e, então, focou-se na concorrência de culpa entre o agente e a vítima, prevista pelo artigo 945 do Código Civil, na fixação da indenização a partir deste dispositivo e em sua relação com o princípio da reparação integral do dano, em especial nos casos em que a vítima contribui somente para o agravamento do dano. Num segundo momento, estuda-se o dever de mitigação, sua origem jurisprudencial, desenvolvimento e natureza jurídica na *Common Law*. Analisa-se, de forma mais aprofundada, como foi recepcionado pelo sistema romano-germânico e sua aplicação e *status* jurídico na Alemanha e na França, bem como seu emprego em tratados e convenções internacionais. Após, investiga-se qual é o tratamento que a jurisprudência e doutrina brasileiras têm emprestado ao dever de mitigação do dano pela vítima. Por fim, o trabalho se propõe a oferecer um posicionamento inicial sobre a possível sobreposição de conteúdo entre o *duty to mitigate the loss* e a concorrência de causas na esfera extracontratual, no Direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Extracontratual. Aquiliana. Concorrência de Culpa. Causalidade Concorrente. Artigo 945 do Código Civil. Agravamento do Dano. Princípio da Reparação Integral do Dano. Fixação da Indenização. Razoabilidade. *Duty to Mitigate the Loss*. Dever de Mitigação. Evitabilidade. Direito Estrangeiro. Direito Internacional.

SUMÁRIO

| | | |
|---------|--|----|
| 1 | A CONCORRÊNCIA DE CULPA ENTRE AGENTE E VÍTIMA E A FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO | 9 |
| 1.1 | REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA..... | 9 |
| 1.2 | A CONCORRÊNCIA DE CULPA E DE CAUSAS PREVISTA PELO ARTIGO 945 DO CÓDIGO CIVIL | 19 |
| 1.3 | PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO | 29 |
| 2 | O INSTITUTO DO <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> | 31 |
| 2.1 | HISTÓRICO | 31 |
| 2.2 | A MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO PELA VÍTIMA NO DIREITO COMPARADO..... | 33 |
| 2.2.1 | COMMON LAW | 33 |
| 2.2.2 | CIVIL LAW | 37 |
| 2.2.2.1 | DIREITO ALEMÃO..... | 38 |
| 2.2.2.2 | DIREITO FRANCÊS..... | 43 |
| 2.2.3 | DIREITO INTERNACIONAL | 50 |
| 2.3 | O <i>DUTY TO MITIGATE THE LOSS</i> NO DIREITO BRASILEIRO..... | 55 |
| | CONCLUSÃO | 68 |
| | BIBLIOGRAFIA | 74 |

INTRODUÇÃO

O Código Civil prevê em seu artigo 945 que, quando houver contribuição culposa da vítima para a ocorrência do dano extracontratual causado pelo agente, a indenização será fixada conforme a gravidade da culpa de cada parte. Esse dispositivo, como se verá adiante, engloba a hipótese em que a vítima contribui para o agravamento do dano, implicando na fixação diferenciada do *quantum* indenizatório.

Por sua vez, o *duty to mitigate the loss* é um instituto estrangeiro, originalmente da seara contratual estendido à extracontratual, que, em síntese, prevê que o credor tem o dever de buscar a minimização do dano que sofreu. Após a aprovação, pela III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, do Enunciado n. 169 – segundo o qual o credor tem o dever de mitigar o próprio dano sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva –, o termo “*duty to mitigate the loss*” passou a figurar na jurisprudência brasileira, o que levou a doutrina ao estudo da matéria, principalmente de sua natureza jurídica e possível recepção no Direito brasileiro.

Tendo em vista a similaridade de objeto dos dois institutos, objetivamos, ao longo desse trabalho, por meio de estudo individual de cada uma das matérias, identificar se existe sobreposição de seus conteúdos.

Assim, podemos afirmar que o intuito do trabalho é a análise individual da Concorrência de Culpa da Vítima e do *Duty to Mitigate the Loss*, a fim de determinar se há campo de aplicação deste na responsabilidade civil extracontratual. Para tanto, propõe-se: 1. Estudar os requisitos para a configuração da responsabilidade extracontratual e o nascimento do dever de indenizar; 2. Interpretar o artigo 945 do Código Civil, restrito à Responsabilidade Civil Extracontratual; 3. Diferenciar a culpa concorrente da concorrência de causalidades; 4. Confirmar se os casos de agravamento do dano pela vítima fazem parte do escopo do art. 945 do CC; 5. Compreender como se dá a fixação da indenização, conforme este dispositivo; 6. Elencar normas de alguns países da *Civil Law* que preveem a determinação do *quantum* indenizatório de forma semelhante a do art. 945 CC; 7. Analisar a

relação entre a fixação da indenização nos termos do art. 945 e o Princípio da Reparação Integral do Dano; 8. Compreender o que é o *duty to mitigate the loss*; 9. Promover um resgate histórico deste instituto e suas origens; 10. Analisar, isoladamente, a natureza jurídica e os fundamentos de aplicação do dever de mitigação na *Common Law*, na Alemanha, na França e no Direito Internacional; 13. Sintetizar as principais linhas de estudo do *duty to mitigate the loss* no Brasil; 14. Promover breve levantamento jurisprudencial do *duty to mitigate the loss* em alguns Tribunais brasileiros.

Este estudo divide-se em dois capítulos, conforme a matéria analisada. No primeiro, serão traçados os principais requisitos para o dever de indenizar na responsabilidade civil extracontratual, estudam-se a concorrência de culpas prevista pelo art. 945 do CC, a fixação da indenização com base neste dispositivo e esclarece-se a relação entre o instituto e o princípio da reparação integral do dano. O segundo capítulo é voltado ao estudo do *duty to mitigate the loss*: seu histórico; aplicação e natureza jurídica no direito comparado e internacional; e, no Brasil, a forma como tem sido empregado pela jurisprudência e estudado pela doutrina.

O trabalho foi desenvolvido através do método dedutivo, tendo em vista que se estabelece uma relação lógica entre as proposições apresentadas, a fim de buscar uma conclusão válida. Além disso, teve como base a pesquisa bibliográfica, predominantemente de fontes nacionais, ressalvada eventual busca de legislação estrangeira, e breve pesquisa jurisprudencial para observação da aplicação do *duty to mitigate the loss* pelos Tribunais pátrios.

1 A CAUSALIDADE CONCORRENTE ENTRE AGENTE E VÍTIMA

Neste capítulo trataremos da solução prevista pelo Direito brasileiro, para os casos em que a vítima concorre para a ocorrência ou agravamento de um dano – restringiremos o estudo à responsabilidade aquiliana, em que inexistente relação negocial entre as partes envolvidas –, qual seja, a concorrência de causas e a fixação da indenização, nos termos do artigo 945 do Código Civil.

Para tanto, estudaremos os requisitos para o nascimento do dever de indenizar, a concorrência de causas do art. 945 do CC e sua relação com o princípio da reparação integral do dano.

1.1 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL AQUILIANA

Há na Parte Geral do Código Civil um título específico que compreende as regras que regem a responsabilidade civil no Brasil: Título IX – Da Responsabilidade Civil. O primeiro artigo de seu Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar prevê a obrigação do agente de indenizar a vítima do dano. *Ipsis litteris*:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹

Para Pontes de Miranda, *reparar*, verbo utilizado pelo legislador no supracitado dispositivo, é a “recomposição natural”², enquanto *indenização* é o valor pago para fazer retornar a vítima ao estado patrimonial e/ou pessoal

¹ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

² MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2003, p. 213.

em que se encontrava antes do dano.³ Já Samuel Monteiro ensina que *indenizar* “É termo amplo, que compreende tanto a reparação, quanto ao ressarcimento integral dos danos e prejuízos no seu sentido amplo”⁴.

Porém, para que se constitua o dever de indenizar, há que se verificar uma série de requisitos, conforme veremos neste item.

O primeiro deles é a existência de um dano. Pontes de Miranda, ensina que sempre que houver *dano* – que conceitua, sinteticamente, como qualquer espécie de desvantagem à vítima –, origina-se o direito à indenização, o qual, por sua vez, substitui o direito à prestação originalmente devida:

Sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização. Se o dano foi devido a o devedor não ter prestado, a indenização é em lugar da prestação devida: a pretensão à indenização substitui a pretensão à prestação, como meio prático para a execução forçada.⁵

Por outro lado, consoante Gustavo Tepedino, *dano* é a lesão que sofre um bem jurídico.⁶ Rui Stoco ensina ser este o principal e mais importante pressuposto da responsabilidade civil em todas as suas formas, haja vista que só há responsabilização em sua presença⁷.

Vale destacar que o dano não se mede pelo valor comum do bem, mas, sim, pelo seu vulto na perspectiva da vítima. Pontes de Miranda exemplifica esta ideia:

[...] Por isso mesmo, quando se manda avaliar o dano causado ao que colecionava livros de determinada matéria, ou telas de determinada época, não se avalia só o que foi destruído, mas o que

³ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2003,, p. 215.

⁴ MONTEIRO, Samuel. *Perdas e Danos*. São Paulo: Cultural Paulista, 1980, p. 21.

⁵ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2003, p. 213.

⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado*, conforme a Constituição da República. vol. I – Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 338.

⁷ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

valia o livro ou a tela na coleção. O que se indeniza é o que sofreu a pessoa ou seu patrimônio, o *pretium singulare*, que pode ser acima do comum, salvo se é possível a prestação na mesma coisa, adquirível no mercado ou com facilidade. Se, por exemplo, o que foi prejudicado já havia vendido a coisa, a preço acima do comum, é o *pretium singulare* que se há de prestar, e não o *pretium commune*.⁸

Extraí-se, ademais, do art. 927 do CC classificação dúplice da responsabilidade civil, nas palavras de Pontes de Miranda: “Em alguns [casos], é elemento fático necessário a culpa. Noutros prescinde-se de qualquer culpa, mas exige-se a causação entre o ato e o dano. [...]”⁹. Trata-se, respectivamente, de responsabilidade subjetiva e objetiva.

Essa classificação, ocorre com base em um dos pressupostos da responsabilidade civil: o nexo de imputação, que, para Fernando Noronha, é o elemento que estabelece a ligação entre o dano e seu responsável, permitindo atribuir-lhe a responsabilidade pelo prejuízo que causou à vítima.¹⁰ A *culpa*, da responsabilidade subjetiva, é o mais comum fundamento de nexo de imputação, o outro, que permite a existência da responsabilidade objetiva, é o *risco*.¹¹

Sérgio Cavaliéri Filho explica que, por ter sido construído durante o século XX através da criação de diversas leis especiais, no sistema de responsabilidade civil brasileiro predomina a responsabilidade objetiva. Para suprir as lacunas da legislação especial, há no Código Civil cláusula geral de responsabilidade subjetiva, que se encontra através da conjugação dos arts. 186 e 927 do CC, por este tratar de norma incompleta, que deixa em aberto o conceito de ato ilícito, remetendo-nos aos arts. 186 e 187 do CC.¹² O primeiro

⁸ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2003, p. 215.

⁹ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas: Bookseller, 2003, p. 213.

¹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 495-496.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 23.

trata da negligência e imprudência da vítima e o segundo, do abuso de direito.

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.¹³

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.¹⁴

Rui Stoco sintetiza a ideia de *ato ilícito* como sendo a prática de conduta voluntária, comissiva ou omissiva, que resulte em antijuridicidade.¹⁵ Explica também Arnaldo Rizzardo que o ato ilícito vai além da simples violação da lei, pois somente se caracteriza na presença da culpa – constituindo “seu elemento anímico”. Ou seja, podemos afirmar que o ato ilícito é a materialização da culpa pelo cometimento de uma antijuridicidade, do que decorre a obrigação de indenizar, se houver dano.¹⁶

Fernando Noronha ressalta que, no caso das condutas omissivas, só há que se falar em ato ilícito se o agente tivesse obrigação de ter praticado o ato a que deixou de praticar. Caso contrário, só haveria responsabilização tratando-se de responsabilidade objetiva.¹⁷

Ainda, no art. 186 o legislador cita, além da *ação ou omissão voluntária*, a *negligência e imprudência* como meios de causar danos passíveis de implicar em ato ilícito, ou seja, espécies de culpa. Portanto, vale diferenciar tais termos. Tanto a negligência quanto a imprudência são resultantes da falta de cautela do agente, sendo a primeira decorrente de conduta omissiva, enquanto a segunda decorre de conduta comissiva. Sobre

¹³ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

¹⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 134.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4.

¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 496.

esse assunto, citando exemplos e, ainda, conceituando a imperícia, a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

A falta de cautela exterioriza-se através da imprudência, da negligência e da imperícia. Não são, como se vê, espécies de culpa, nem elementos desta, mas formas de exteriorização da conduta culposa. A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. o médico que não toma os cuidados devidos ao fazer uma cirurgia, ensejando a infecção do paciente, ou que lhe esquece uma pinça no abdômen, é negligente. A imperícia, por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige, de regra, maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação. O erro médico grosseiro também exemplifica a imperícia.¹⁸

Para Arnaldo Rizzardo, porém, não devemos nos apegar a esses conceitos, e sim, compreender a ideia por trás deles, qual seja, a da culpa como violação a normas regulamentares ou consuetudinárias.¹⁹

A *culpa*, como visto, é um dos elementos do ato ilícito. Além disso, para Sérgio Cavalieri, culpa é a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”.²⁰

Como bem ensina este autor, não basta, contudo, que o agente tenha agido com culpa para que seja possível atribuir-lhe a responsabilidade por algum ato. Para tanto ele deve ser capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de se determinar a partir desta compreensão, ou seja, deve ser imputável.²¹ Assim, nas palavras deste autor, “Imputabilidade é, pois, o

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 4.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 25-26.

conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever [...]”.²²

No mesmo sentido vai o ensinamento de Rui Stoco:

[...] Além disso, há, ainda, de existir o elemento da voluntariedade, de sorte a permitir um juízo de imputação, ou seja, a atribuição da prática de uma ação ou omissão voluntária ao seu autor.

A imputabilidade bem, então, como condição pessoal de maturidade e de sanidade, que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento, tal como ocorre na doutrina penal, não obstante e lamentavelmente o Código Civil tenha relativizado e toldado esse princípio com relação aos incapazes (art. 928), na esteira do que fizeram o BGB (art. 829), os Códigos Suíço (art. 54), Soviético (art. 406), Italiano (art. 2.047), Mexicano (art. 1.191) e Espanhol (art. 32).

Daí poder-se afirmar que a imputabilidade é pressuposto da responsabilidade, ou melhor, da responsabilização. Não seria adequado falar que é pressuposto da culpabilidade, como no âmbito penal, porque no plano civil é possível a responsabilidade objetiva ou sem culpa. (p. 134)

Não há, todavia, que se confundir a imputabilidade com a *causalidade*. A primeira diz respeito ao aspecto subjetivo do agente, enquanto a segunda, ao aspecto objetivo.

Não por coincidência, como já mencionado, chama-se de *responsabilidade objetiva* aquela para cuja caracterização basta, além do dano, a verificação do *nexo causal*. Enquanto aquela que também exige a *culpabilidade* e a *imputabilidade* é a *responsabilidade subjetiva*.

Como bem explica Gisela Sampaio da Cruz, o nexo de causalidade é, juntamente com o dano, um dos elementos sem os quais não há responsabilização.²³ Sérgio Cavalieri Filho vai ao encontro deste entendimento, como se vê no excerto abaixo:

Em suma, o nexo causal é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano.

Pode-se ainda afirmar que o nexo de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 25-26.

²³ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, [...], mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.²⁴

Gisela Sampaio da Cruz 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 indenização²⁵, como se verá adiante.

Nas palavras de Fernando Noronha: “Nexo de causalidade é o elo que liga o dano ao fato gerador, é o elemento que indica quais são os danos que podem ser considerados como consequência do fato verificado”.²⁶

Pontes de Miranda, por sua vez, afirma que a determinação do nexo causal nunca é absoluta, mas tem caráter probabilístico, pois, para o autor, de forma genérica, basta que o dano não fosse capaz de existir sem o fato em questão.²⁷

Entretanto, segundo Gisela Sampaio da Cruz, apesar de tratar-se de elemento de fácil compreensão, a determinação da causalidade, na verdade, é bastante difícil – o pressuposto da responsabilidade civil que apresenta maiores desafios, na opinião de Rui Stoco²⁸ – por conta dos diversos aspectos, por vezes multiplicados e sobrepostos, que cercam o dano cuja causa se está a buscar.²⁹

A fim de solucionar esta dificuldade, desenvolveram-se diversas teorias de determinação do nexo causal. As mais importantes são a *Teoria da*

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47.

²⁵ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

²⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 499.

²⁷ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 216.

²⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176.

²⁹ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexos Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria do Dano Direto e Imediato.

A teoria da equivalência das condições determina que todos os eventos que, quando suprimidos mentalmente excluem o evento danoso, devem ser considerados causas deste.³⁰ Nessa linha, o ensinamento de Arnaldo Rizzardo:

Pela primeira – equivalência das condições, também conhecida como da *condictio sine qua non* – estabelece como causa do dano todas as condições sem as quais o mesmo não aconteceria. Segue na explicação Fernando Noronha: “De acordo com essa teoria seria indiferente falar em causas ou em condições do dano. Um acontecimento deveria ser considerado causa de um dano sempre que se pudesse afirmar que este não teria acontecido se aquele não tivesse ocorrido... A pessoa responsável pela *condictio sine qua non* deveria responder pelo dano subseqüente, porque, nas condutas comissivas, este não teria acontecido caso ela tivesse se absterido de agir, quando o dano não teria acontecido caso tivesse agido.”³¹

Contudo, Rui Stoco ressalta que, apesar de ter sido adotada pelo Código Penal, essa teoria é inadequada, pois não limita a regressão do nexos causal.³²

Já a teoria da causalidade adequada (ou necessária), desenvolvida por Von Kries, só considera causa do dano o evento mais adequado a produzi-lo, segundo Sérgio Cavalieri Filho.³³ Colaciona-se abaixo a irretocável lição de Arnaldo Rizzardo sobre a questão:

Já a teoria da causalidade necessária, outrora defendida no Brasil por Agostinho Alvim busca justificar a responsabilidade na causa mais apropriada ou causa eficiente na causa primeira, encontrada naquele evento que importou no surgimento do dano. O nexos de causalidade consiste numa relação necessária entre o fato gerador e o evento danoso, mas não continuando a abranger as perdas e danos mesmo em razão de outro evento. A causa necessária é que

³⁰ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176-177.

³¹ NORONHA, Fernando. “Nexos de causalidade na responsabilidade civil”, em *Revista ESMESC – Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, Florianópolis*. vol. 15, jul. 2003 in RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

³² STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176-177.

³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

explica o dano, continuando a produzir efeitos ou consequências, até que advenha outro fato. Nessa visão, a colisão com um veículo traz prejuízos materiais, impondo a sua recuperação. Entrementes, a causa está na culpa que ensejou o acidente, o que pode levar a indenizar todos os demais prejuízos. Aparecendo novas lesões, deve-se encontrar aquela causa que importou na produção do novo dano que surgiu. Assim, se enquanto é socorrido uma pessoa que sofreu um ferimento num ataque desferido contra ela, e vem a ser vítima de um acidente, sofrendo novas lesões, arcará com a responsabilidade o causador do acidente envolvendo a ambulância. Muitas confusões decorrem, no entanto, da teoria, consistindo a principal em destacar qual dos vários acontecimentos pode ser considerado causa necessária.

[...]

Por meio dela, deve-se buscar a causa que seria apta para produzir o dano. Se um veículo derrapa e causa um acidente de proporções, deve-se pesquisar se a causa consistiu no veículo que vinha em sentido contrário, ocupando parte do centro da pista, ou na súbita e exagerada freada imprimida pelo condutor. A causa adequada é a que se mostra capaz de originar o evento.³⁴

Através de exemplos didáticos, Pontes de Miranda ilustra o quanto exposto sobre a teoria da causalidade adequada. Confirmam-se:

Sempre que o fato é próprio para causar o dano, a responsabilidade estabelece-se. Se o fato não é causalmente adequado à produção do dano, não há pensar-se em ser responsável o agente, por ato positivo ou negativo. Se o atraso na saída do navio fez o comerciante perder o carregamento de frutas que só chegou muitos dias depois, a empresa responde. Porém não responde se o carregamento partiu no dia certo e a tempestade reteve o navio noutra porto. Nem responde o alfaiate se, não remetendo a roupa ao freguês, esse deixou de tomar a aeronave e perdeu o negócio que teria de ser fechado impreterivelmente no dia da chegada.

As perdas e danos não se estendem ao que está fora da relação de causalidade. Se o prédio está para desabar e a inundação derruba os prédios do local, inclusive o que se achava em perigo, não pode o que temia consequências ofensivas pelo desabamento exigir perdas e danos (L. 4, D., *de impensis in res dotales factis*, 25, 1): a causa foi a inundação, e não a ruína do prédio.³⁵

Assim, se o dano decorrer de um único fato jurídico, aplicando-se a teoria da causalidade adequada, a identificação do nexa causal torna-se relativamente simples. Porém, havendo mais de uma causa ou mais de um causador (cadeia de causas e efeitos), a questão torna-se mais sensível e

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 70-71.

³⁵ MIRANDA, Pontes de; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, pp. 217-218.

demanda mais atenção para se identificar a verdadeira causa do prejuízo, consoante Sérgio Cavalieri Filho.³⁶

Para estes casos, há a *Teoria do Dano Direto e Imediato*, ou da *Interrupção do Nexo Causal*, conhecida também como subteoria da Causalidade Necessária (Causalidade Adequada).³⁷

Rafael Peteffi da Silva ressalta que boa parte da doutrina nacional – Agostinho Alvim, Gustavo Tepedino e Carlos Roberto Gonçalves – sustenta ser esta a teoria eleita pelo Direito Civil brasileiro, nos termos do art. 403 do Código Civil³⁸. Confira-se:

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.³⁹ (grifou-se)

Otávio Luiz Rodrigues Junior *et al*, destacam que, apesar deste dispositivo tratar da responsabilidade contratual, a teoria estende-se para a responsabilidade extracontratual.⁴⁰

Neste teoria, havendo mais de uma causa possível para o dano, somente se considera causa direta e imediata aquela sem a qual o dano não ocorreria, ou seja, como a Teoria da Equivalência das Condições, nesta, trabalha-se com o conceito de *conditio sine qua non*.⁴¹ Ademais:

A partir da interpretação dos mencionados artigos [1.060, CC1916 e 403 CC], apenas se consideram causas aquelas vinculadas ao dano

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 47-48.

³⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital. Coordenadores. *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em Homenagem a Sílvio Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 111.

³⁸ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 25-26.

³⁹ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital. Coordenadores. *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em Homenagem a Sílvio Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 110.

⁴¹ SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

direta e imediatamente, sem a interferência de qualquer causa sucessiva.⁴²

Além disso, afirma Sérgio Cavalieri Filho, citando como exemplo Aguiar Dias, que para a melhor doutrina nacional, embora a *teoria da equivalência das condições* seja a mais empregada no Direito Penal, no Direito Civil, predomina a *teoria da causalidade adequada*.⁴³ Assim, para evitar uma busca infundável de causas e suas respectivas origens, Aguiar Dias defende que o Direito deve limitar-se a buscar a causa imediata dos danos, respeitando-se a máxima de Francis Bacon: *in jure civile non remota causa sed proxima spectatur*.⁴⁴

Como visto, a multiplicidade de causas, mais conhecida como Concorrência de Culpa, é uma das maiores dificuldades encontradas no estudo da responsabilidade civil. No item a seguir, veremos como se enfrenta a situação em que a própria vítima concorre para o dano ou suas proporções.

1.2 A CONCORRÊNCIA DE CULPA E DE CAUSAS PREVISTA PELO ARTIGO 945 DO CÓDIGO CIVIL

Prevê o artigo 945 do Código Civil que, havendo *culpa concorrente* da vítima, a indenização será fixada proporcionalmente à sua contribuição, em função da do agente, para a ocorrência do dano. *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.⁴⁵

⁴² RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital. Coordenadores. *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em Homenagem a Sílvio Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 110.

⁴³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

⁴⁴ AGUIAR DIAS, José de. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 270-272 in CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 52-53.

⁴⁵ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

No Código anterior, como explica Milton Paulo de Carvalho Filho, em referência à lição de Caio Mário da Silva Pereira, não havia previsão do princípio da concorrência de culpas. Contudo, uma vez recepcionada pela jurisprudência, a Concorrência de Culpas figurou no Projeto de Código de Obrigações (1965) e, após, foi adotada pelo Código Civil atual.⁴⁶

Não obstante o art. 945 do CC falar em concorrência de culpas, na verdade, o que determina a repartição da indenização é a ocorrência de *multiplicidade de causas*. Arnaldo Rizzardo afirma que os comportamentos culposos a que se refere este dispositivo são as causas, ou seja, “Não basta, assim, o procedimento culposo, mas deve apresentar-se liame de causa e do efeito entre as culpas e o dano”.⁴⁷ Cita, ainda, a lição de Luiz Claudio da Silva, sobre este ponto, que se transcreve abaixo:

“Tem-se como concorrente a culpa quando os envolvidos no evento danoso concorrem para o seu acontecimento. Assim, a responsabilidade é dividida entre eles, de acordo com a concorrência de culpa de cada um, sendo os prejuízos experimentados rateados nessa proporcionalidade.”⁴⁸

Gisela Sampaio da Cruz explica que se acreditou, por muito tempo, que o elemento determinante da responsabilização era a culpa, contudo, por se tratar, nas palavras de Antonio Lindbergh C. Monteiro, “de ponto de vista despido de conteúdo científico”⁴⁹, na apuração do dano e, por conseguinte, do *quantum* indenizatório, o que deve ser levado em conta é a causalidade.⁵⁰

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 83 in CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 73.

⁴⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

⁴⁸ SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade Civil – Teoria e Prática das Ações*. Rio de Janeiro. Forense, 1998. p. 15. in RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 9.

⁴⁹ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos: pessoais e materiais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 48 in CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

⁵⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

Também Pontes de Miranda defende a análise do nexo causal, em vez da culpabilidade, no que toca a responsabilização, como se vê no excerto que segue:

Relação causal e grau de culpa. O que importa para a determinação do dever de indenizar não é o peso das culpas do ofensor e do ofendido, mas a relação causal. O dolo do ofendido, que não concausou o dano, nem o aumentou, não é de considerar-se. A simples culpa não teve aquela função, nem essa; apenas suscita a incidência da regra jurídica de concorrência de culpa, que melhor se exprimiria como concorrência de causação pelo ofendido.⁵¹

Rafael Peteffi da Silva esclarece que “Essa preferência terminológica deve-se ao fato de os autores acreditarem que a melhor aplicação do instituto é exatamente através do grau de participação de cada agente para a consecução do dano”.⁵²

Fernando Noronha ensina haver duas variáveis, que, conjugadas, são a fonte da complexidade da verificação do nexo de causalidade. São elas: *atos causadores e autoria*.⁵³ Confira-se:

Se conjugarmos as duas variáveis, teremos um quadro que poderá ser esquematizado assim: a) quando houver uma causa única do dano e uma só pessoa a que essa causa possa ser atribuída, teremos a situação de *autoria singular*; b) quando houver uma causa única e duas ou mais pessoas intervenientes, teremos a situação de *coautoria*; c) quando houver a pluralidade de causas, mas todas forem atribuídas a uma só pessoa, teremos igualmente um caso de *autoria singular*; d) quando houver um fato de uma pessoa concorrendo com um caso fortuito ou de força maior, teremos *concorrência de fato do lesante com caso fortuito ou de força maior*; e) quando houver um fato de uma pessoa concorrendo com um fato do próprio lesado, teremos a *concorrência de fatos do lesante e do lesado*; f) quando houver pluralidade de causas e estas forem atribuíveis a pessoas diferentes, teremos *causalidades concorrentes de diversos lesantes*, sendo esta uma situação em que ainda é possível subdistinguir várias hipóteses (como veremos adiante); g) quando houver dois ou mais fatos atribuíveis a pessoas diferentes, todos com potencialidade para causar o dano, mas sem que seja

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 236.

⁵² SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.

⁵³ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 668.

possível determinar com exatidão qual deles foi o causador, teremos a causalidade alternativa.⁵⁴ (grifou-se)

Como visto, os casos “e”, “f” e “g” tratam da conjugação da *autoria plural* com a *multiplicidade de causas* e são o que se chama de *causalidades concorrentes*.⁵⁵ Em todos os três casos temos fatos diferentes, cometidos separadamente por pessoas diferentes, que contribuem para o mesmo resultado.⁵⁶

Neste grupo encontra-se a hipótese prevista pelo art. 945 do CC, qual seja: “[...]; e) quando houver um fato de uma pessoa concorrendo com um fato do próprio lesado, teremos a *concorrência de fatos do lesante e do lesado*; [...]”.⁵⁷

Segundo Fernando Noronha, há três modalidades distintas de causalidades concorrentes: (i) *causalidade colateral*, em que cada fato seria capaz de, isoladamente, causar o dano em sua integralidade; (ii) *causalidade concorrente propriamente dita*, em que qualquer dos fatos isolado não tem capacidade de causar o dano, porém, em conjunto com os demais, é causa necessária da totalidade do dano; e (iii) *causalidade cumulativa*, em que cada fato de cada pessoa contribui para uma parte específica do dano.⁵⁸

Nas duas primeiras se fala em coautoria e, por isso, em ambas todas as partes terão obrigação de indenizar a totalidade do prejuízo, enquanto na terceira, cada parte fica responsável apenas pela parcela do dano que causou. Confirmam-se:

Nestes casos [Causalidade Colateral], se qualquer um dos fatos independentes tinha potencialidade, dentro de uma relação de causalidade adequada, para originar o dano acontecido, na sua

⁵⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 668-669.

⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 670.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 676.

⁵⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 669.

⁵⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 676.

totalidade, todos os agentes ainda serão coautores do dano e todos eles estarão obrigados a indenizar.⁵⁹

Também nesta hipótese [Causalidade Concorrente Propriamente Dita] também se poderá dizer que se todas as pessoas, cada uma praticando um fato diferente e independente, tiverem contribuído (dentro de uma relação de causalidade adequada) para o dano acontecido, na totalidade deste, elas ainda serão coautoras, já que sem a atuação de cada uma o dano não teria acontecido. E, se todas causaram o dano, todas elas estarão obrigadas a indenizar, ficando qualquer uma responsável pela totalidade da indenização.⁶⁰ Temos causalidade cumulativa, ou acumulativa, quando cada um dos vários responsáveis agiu independentemente e causou (em termos de causalidade adequada) uma parte delimitada do dano total. Nestes casos, a responsabilidade de cada um deverá ficar restrita à parte do dano que efetivamente causou; é como se cada responsável tivesse causado um dano diferente do provocado pelos outros e em que, portanto, a responsabilidade de cada um deve ser só pelo fato por ele praticado.⁶¹ (grifou-se)

Sérgio Cavalieri Filho, referindo-se à causalidade cumulativa, define concausas como: as “circunstâncias que concorrem para o agravamento do dano, mas que não tem a virtude de excluir o nexos causal desencadeado pela conduta principal, nem de, por si só, produzir o dano”.⁶²

Ensina Rui Stoco que a existência de causalidade cumulativa, que intitula “interferência cooperativa”, via de regra, não interrompe o nexos de causalidade entre o ato do agente e o dano.⁶³

Pontes de Miranda, brilhantemente, sintetiza a explicação desta modalidade de concausa. *In verbis*:

O ato ou omissão do que sofreu o dano foi, *ex hypothesis*, concausa do dano, ou, pelo menos, de seu maior importe. O dano, somente com o ato positivo, ou negativo, de outrem, não seria ou seria d, com o ato positivo ou negativo do prejudicado, é d + 1.⁶⁴ (grifou-se)

⁵⁹NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 677.

⁶⁰NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 678.

⁶¹NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 680-681

⁶²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

⁶³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. Doutrina e Jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 180.

⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 228.

Assim, havendo causalidade cumulativa da vítima para a ocorrência do dano ou de seu agravamento, o nexos causal é o resultado da soma da causa principal do dano – ligada ao agente – com a contribuição da vítima para agravamento do dano (*nexo causal = causa principal + causalidade cumulativa*).⁶⁵

Ou seja, não há duas responsabilidades, ainda que parte do dano decorra de causalidade cumulativa ou agravamento pela vítima, como bem explicou Pontes de Miranda. Confira-se:

Esse é um ponto que merece toda a atenção. A responsabilidade, não só em casos de responsabilidade por culpa, se há culpa do ofendido, ou se esse seria responsável pelo ato-fato ilícito, ou pelo fato ilícito *strictu sensu*, apenas pré-diminui ou pré-exclui a responsabilidade do ofensor. Mas apenas pré-diminui ou pré-exclui; isto é, o ofensor responde, ou deixa de responder porque só até aquele ponto foi responsável, ou não foi responsável. Não há duas responsabilidades uma das quais diminua ou exclua a outra. Tudo se há de considerar antes (conceitualmente) da incidência e, *a fortiori*, antes da aplicação da regra jurídica: no próprio suporte fático do ato ilícito, do ato-fato ilícito, ou do fato ilícito *strictu sensu* do ofensor. No mundo jurídico, já acontecera a diminuição ou exclusão, de modo que não se há de pensar em qualquer operação de subtração.⁶⁶

Isso porque, “ninguém responde a si mesmo”⁶⁷, pois atentar culposamente contra si próprio consiste na violação de uma regra de conduta: o dever jurídico de proceder de forma a evitar causar danos a terceiros e a si próprio.⁶⁸

Há que se ressaltar, ademais, que, ainda que a contribuição da vítima decorra de ato omissivo, a incidência do instituto da concorrência de

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 230.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 231.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 230.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 232.

culpas (por causalidade cumulativa, por exemplo) não resta prejudicada, conforme ensina Pontes de Miranda em consonância com doutrina alemã.⁶⁹

Isso porque, a omissão do agente quanto a atos que se poderia esperar do homem médio, ressalvada a aptidão pessoal ou profissional que possa ter, consiste em infração de dever de diligência.⁷⁰ Ou seja, “se o ato positivo, ou negativo, do ofendido, obedeceu a dever moral, ou, pelas circunstâncias, ao que poderia parecer seu dever moral, não há pensar-se em concorrência de culpa”.⁷¹

Vejam-se abaixo exemplos com que o autor ilustrou o quanto explicado:

Não se pode admitir que o dono da casa incendiada arrisque a vida para a salvar; mas é exigir-se que ele telefone ao corpo de bombeiros. Não se pode pretender que o médico, ferido, se opere a si mesmo, porém, há cuidados que ele, como médico, tem de tomar. Máxime se cirurgião.⁷²

De forma sintética, os dois casos em que Pontes de Miranda julga existir violação ao dever de diligência são: a) contribuição da vítima para a ocorrência do dano ou omissão frente a possibilidade de minorá-lo; e b) contribuição para a continuidade ou majoração do dano. Ressaltando, ainda, que também se submete às regras da concorrência de culpa, a vítima que abster-se de informar ao agente a gravidade dos danos.⁷³

⁶⁹ GOTTCHALK, Alfred. Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB (A culpa concorrente do ofendido nas pretensões de indenização segundo o Código Civil), Berlin, 1903, 70; KRÜCKMANN, Paul. Verschuldensaufrechnung, Gefährdungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, Jherings Jahrbücher, (Compensação de culpa, compensação de riscos e Capacidade Delitual), Jherings Jahrbücher, 1909, 55, 16 in PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 230.

⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, pp. 231 e 233.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 231.

⁷² PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 231.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 233.

Como se pôde ver até agora, a principal dificuldade no que tange à concorrência de culpas é justamente precisar se a contribuição da vítima foi, ou não, determinante para a ocorrência do dano ou de seu agravamento. Além disso, contudo, a análise do nexo de causalidade, como mencionado, deve ser no sentido de precisar em que proporção cada parte contribuiu para o dano, a fim de se determinar um valor justo para a indenização.⁷⁴

O art. 945 do CC, consoante visto, prevê a fixação do *quantum* indenizatório levando-se em conta a participação da vítima no dano. Para tanto, a doutrina ensina que a indenização seja repartida entre a vítima e o agente de forma proporcional à sua participação.

Pontes de Miranda esclarece que o ofensor deve ser responsabilizado somente até onde não incide a contribuição da vítima.⁷⁵ Nesse sentido, duas passagens de Sergio Cavaliere Filho: na primeira, cita Aguiar Dias, enquanto, na segunda, menciona lição de Cunha Gonçalves *apud* Silvio Rodrigues. Confirmam-se:

O mestre Aguiar Dias endossa esse entendimento ao declarar, expressamente: “Quanto aos demais domínios da responsabilidade civil, a *culpa da vítima*, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a *repartição proporcional dos prejuízos*”.⁷⁶ (*Da responsabilidade civil*, 5ª ed., v. II/314, nº 221 [...] Esta é a lição de Cunha Gonçalves, citada por Silvio Rodrigues: “A melhor doutrina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em *partes iguais*, se forem iguais as culpas ou não for possível provar o grau de culpabilidade de cada um dos coautores; em *partes proporcionais* aos graus de culpas, quando estar forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objetivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do acto de cada um. Tem-se objetado contra esta solução que ‘de cada culpa podem resultar efeitos mui diversos, razão por que não se deve atender à diversa gravidade das culpas’; mas é evidente que a reparação não pode ser

⁷⁴ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74.

⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, pp. 234 e 235.

⁷⁶ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense. p. 314, n. 221. in CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44.

dividida com justiça sem se ponderar essa diversidade”.⁷⁷ (grifou-se)

Sublinha o mestre que caso a vítima do dano adote as medidas necessárias razoáveis para evitar concausar ou agravar o dano, as importâncias gastas com esse fim deverão ser incluídas no valor da indenização.⁷⁸

Assim, havendo causalidade cumulativa entre o agente e a vítima, a indenização será fixada somente até a parcela do dano que não sofreu agravamento pela vítima.

Também no direito estrangeiro existem dispositivos que versam sobre a fixação da indenização pelo magistrado se houver concorrência de culpa da vítima, quais sejam: o art. 254 do BGB (Alemanha); art. 1.127 do Código Civil italiano; art. 570, inciso I, do Código Civil português.⁷⁹ Confirmam-se:

[BGB] Seção 254

Negligência Contributiva.

(1) Quando a culpa, por parte da vítima, contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilização, bem como a extensão da indenização a ser paga dependem das circunstâncias, em especial, em que proporção o dano foi causado por cada uma das partes.

(2) Isto também se aplica ainda que a culpa da vítima se restrinja a não ter alertado o agente para o perigo de dano extraordinariamente maior, do qual não estava ou não deveria estar ciente, ou, ainda, no caso de ter a vítima deixado de evitar ou reduzir os danos. A previsão de seção 278 aplica-se com as modificações necessárias.⁸⁰

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade civil*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 182. in CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 43-44.

⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1ª ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, pp. 311-312.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Equidade no Novo Código Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 104-106.

⁸⁰ ALEMANHA. *Código Civil (BGB)*. Traduzido para o Inglês por Langenscheidt Translation Service e atualizado por Neil Mussett. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0751>. Acesso em 8 de novembro de 2013. Tradução nossa. (Section 254. Contributory negligence.

(1)Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party.

(2)This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was

[CC italiano] Art. 1227 Concorso de ato culposo do credor
Se o ato do credor concorrer para provocar o dano, a indenização é reduzida conforme a gravidade da culpa e a dimensão das consequências daí decorrentes.

A indenização não é devida pela parte do dano que o credor poderia ter evitado mediante diligência ordinária (2056 e seguintes).⁸¹

[CC português] ARTIGO 570⁹

Culpa do lesado

1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.

2. Se a responsabilidade se basear numa simples presunção de culpa, a culpa do lesado, na falta de disposição em contrário, exclui o dever de indemnizar.⁸²

Por fim, há que constar: Arnaldo Rizzardo, citando Hedemann, defende a compensação de culpas quando a vítima contribuir para o agravamento do dano, sob argumento de evitar seu enriquecimento sem causa.⁸³

Não obstante, Pontes de Miranda, encabeçando a corrente contrária e majoritária, enfaticamente afasta a hipótese de compensação de culpas, pois, em suas próprias palavras, “Culpas não se compensam”. O que ocorre, como estudado, é a concorrência de causas.⁸⁴

nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications).

⁸¹ ITÁLIA, *Código Civil*. Disponível em:

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em 8 de novembro de 2013. Tradução nossa. [Art. 1227 Concorso del fatto colposo del creditore

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

Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti)]

⁸² PORTUGAL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.igf.min-financas.pt/leggeraldocs/DL_47344_66_COD_CIVIL_3.htm#CODIGO_CIVIL_ARTIGO_570>. Acesso em 8 de novembro de 2013.

⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 12.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C.; ALVES, Vilson Rodrigues. *Tratado de direito privado*: tomo XXII - parte especial. 1^a ed.. Campinas/SP: Bookseller, 2003, p. 228.

1.3 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO

O princípio da Reparação Integral do Dano – que prioriza a extensão do dano, em detrimento, por exemplo, do grau de culpa, para determinação do *quantum* indenizatório – encontra-se positivado no Código Civil de 2002, conforme explica Paulo de Tarso V. Sanseverino⁸⁵, no *caput* do art. 944. *In verbis*:

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, eqüitativamente, a indenização.⁸⁶

Como bem explica Paulo de Tarso V. Sanseverino, este princípio remonta ao Direito Francês, em que se encontra na máxima *tout le dommage, mais rien que le dommage*, de que se extrai que o valor da indenização deve ser exatamente correspondente ao dano, nem menor (função compensatória), nem maior (função indenitária).⁸⁷

A função compensatória estabelece o piso para *quantum* indenizatório para garantir a reparação de todo o dano. Já a função indenitária propõe o teto da indenização a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.⁸⁸

A fixação da indenização, repartindo-a na proporção da concorrência de causas da vítima e do ofensor, conforme o art. 945 do CC, visa garantir o princípio da reparação integral do dano, em especial, sua

⁸⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

⁸⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

⁸⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

função indenitária, evitando-se, assim, que a indenização supere o valor do dano causado pelo agente.

Portanto, verificando-se todos os requisitos da responsabilidade civil e configurando-se a concorrência de causas entre o agente e a vítima, prevista no art. 945 do CC – inclusive na hipótese de causalidade cumulativa, em que a contribuição da vítima não é causa do dano por inteiro, mas somente de seu agravamento – o *quantum* indenizatório não deve ultrapassar o valor do dano antes do agravamento, exceto se a vítima tiver adotado medidas para evitá-lo, caso em que as despesas gastas com esse fim deverão ser ressarcidas. Assim, a parcela do dano ou de seu agravamento decorrente da causalidade cumulativa da vítima não deve ser indenizada pelo agente, a fim de se preservar o princípio da reparação integral do dano.

2 O INSTITUTO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Duty to mitigate the loss significa, em tradução literal, dever de mitigar a perda. Trata-se de um instituto oriundo do direito anglo-saxão que prevê a obrigação da parte lesada de buscar evitar ou minimizar os danos decorrentes do inadimplemento contratual causado pela outra parte, o que veremos mais detalhadamente no histórico traçado a seguir.

Há duas óticas possíveis para o dever de mitigação: aspecto positivo, através do qual deduz-se da indenização o dano que tiver sido evitado, e um negativo, em que ainda que o credor não tenha tomado qualquer medida com esse fim, a parte que poderia ter sido evitada não será indenizada.⁸⁹

Após, será analisada a forma como a mitigação é utilizada em alguns sistemas jurídicos, além do tratamento que recebe no Direito internacional.

Como se explicará adiante, a mitigação foi introduzida doutrinariamente no Brasil e já foi tratada pelo Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal. Ademais, tem sido aplicada pela jurisprudência e sua natureza jurídica, atualmente, é assunto de recente debate doutrinário.

2.1 HISTÓRICO

O *Duty to Mitigate the Loss*, segundo Batista Lopes, faz parte da doutrina dos danos evitáveis e remonta, na forma como é conhecido hoje, ao século XVIII na *Common Law* e tem origem jurisprudencial.⁹⁰

⁸⁹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 26-27. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹⁰ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade

Inicialmente, os Tribunais acolheram o aspecto positivo do instituto, deixando de incluir na indenização a parcela do dano que o credor tivesse conseguido mitigar. O posicionamento dos Tribunais, após, evoluiu no sentido de limitar a indenização ao valor do dano que o credor poderia ter evitado se tivesse agido com a diligência esperada, ou seja, o aspecto negativo do *duty to mitigate the loss*. O próximo passo foi a positivação do instituto, até então, medida sujeita à discricionariedade dos julgadores.⁹¹

Por outro lado, Novais Dias defende que o dever de mitigação, na verdade, originou-se na Alemanha, pois o termo só teria sido empregado por uma decisão judicial na *Common Law* (no caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. vs Underground Electric Railways Co of London Ltd.*)⁹² em 1912, enquanto, no Direito germânico, já estava positivado no BGB (Seção 254)⁹³ desde 1896.⁹⁴

Divergências à parte, o *duty to mitigate the loss*, atualmente, é aplicado, sob as mais diversas nomenclaturas, em diversos países tanto de tradição romano germânica quanto da *Common Law*.

de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 21-22. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹¹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 21-22. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹² BURROWS, Andrew. *Remedies for torts and breach of contract*. 3^a ed. Oxford University Express, 2004, p. 122 in DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acesso em 11 de novembro de 2013.

⁹³ Cf. p. 35 deste trabalho.

⁹⁴ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acesso em 11 de novembro de 2013.

2.2 A MITIGAÇÃO DO PREJUÍZO PELA VÍTIMA NO DIREITO COMPARADO

Os três sistemas jurídicos em que mais se estuda o dever de mitigação do dano são a *Common Law*, Alemanha e França. Conforme veremos neste item, além da nomenclatura, também variam de país para país a fundamentação e a forma como se emprega o *duty to mitigate the loss*.

2.2.1 COMMON LAW

Conforme explica Batista Lopes, citando Hillman⁹⁵ e Farnworth⁹⁶, o *duty to mitigate the loss* vai além dos interesses individuais das partes. Seu objetivo verdadeiro é evitar que um recurso econômico que tem valor social saia do mercado desnecessariamente, por isso, é amplamente aplicada no direito contratual inglês⁹⁷ e norte-americano⁹⁸.

⁹⁵ 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, v. 47, p. 553- 615, 1975-1976. p. 558 in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 21. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹⁶ FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law, 1999. p. 806-807. In BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 21. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹⁷ ATIYAH, SMITH. *Atiyah's introduction to the law of contract*. 6^a ed., Oxford: Clarendon, 2005, p. 420; ANSON, William Reynell, BEATSON, J. *Anson's law of contract*. 28^a ed., Oxford, Nova York: Oxford University Press, 2002. p. 614; COLLINS. *The law of contract*. 2^a ed., Londres: Butterworths, 1993, p. 378; FURMSTON, Michael (org). *The law of contract*. Londres: Butterworths, 1999. p. 1290 in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 21. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹⁸ WILLISTON, Samuel, LORD, Richard A. *A treatise on the law of contracts*. Eagan: Thomson West, 1990, p. 191; FARNSWORTH. *Farnsworth on Contracts*. v. 3, 3^a ed. Nova

Batista Lopes ensina que a maior parte da doutrina da *Common Law* acredita que o *duty to mitigate the loss* não se trata verdadeiramente de um *dever*, mas sim uma *limitação*. Isso porque a minimização do prejuízo não pode ser exigida pelo devedor. Não há obrigação, o que acontece é: caso o credor não empregue todos os esforços razoáveis para evitar o aumento do dano, a indenização ficará limitada ao valor do dano que ele não poderia ter evitado.⁹⁹

Compartilha esse entendimento Novais Dias, sustentando tratar-se a mitigação do dano, na Inglaterra e nos Estados Unidos, de uma das normas consideradas para a fixação da indenização – um *filtro*, portanto. Justamente por não ser um dever, o autor ataca o uso do termo *duty to mitigate the loss* pela *Common Law*. Veja-se:

Terceiro, o *duty to mitigate the loss* não corresponde a um dever (do credor de mitigar a própria perda). A expressão em inglês é equívoca porque induz à compreensão de que se trata de um dever sem que o seja, e a doutrina chama atenção para isso. No sistema jurídico de *common law*, o *duty to mitigate the loss* corresponde a uma norma que, conjuntamente com outras, determinam o valor da indenização da vítima de um dano contratual ou extracontratual. No sistema de imputação de danos da *common law*, parte-se do princípio de que se deve indenizar todo o dano em alguma medida decorrente do delito ou do inadimplemento contratual. Diante de indenizações absurdamente elevadas que uma orientação como essa levaria, ao longo do tempo e por meio de decisões judiciais, casuisticamente foram sendo criados limites para ela, como, por exemplo, o de que o ofensor não deve indenizar danos que não poderia prever à época da contratação ou delito (*remoteness*), ou os danos decorrentes da intervenção de causa estranha que rompa o nexo de causalidade (*intervening cause*), ou então os danos que a

York: Aspen, 2004, p. 229; CORBIN, PERILLO. *Corbin on contracts: damages*. v. 11. rev. ed, Newark: LexisNexis, 2005, p. 301; DOBBS, Dan B. *Law of remedies: damages, equity, restitution*. St. Paul: West, 1993. p. 270; McCORMICK. *Handbook on the law of damages*. St. Paul: West, 1935, p. 127 in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 21. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

⁹⁹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 23. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

vítima poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis (*duty to mitigate the loss*). Tratam-se, por assim dizer, de pequenas regras, ou “filtros” de imputação, que são confrontados com a totalidade de danos decorrentes do ilícito para se chegar ao valor devido da indenização reparatória (*compensatory damages*).¹⁰⁰ (grifou-se)

Talvez por essa razão, o *Restatement (Second) of Contracts* – compilação americana sobre direito contratual elaborada, em 1981, por advogados, juízes e acadêmicos e cujos parágrafos com comandos normativos podem ser considerados equivalentes aos artigos do Código Civil que versam sobre a mesma matéria¹⁰¹ – tenha absterido-se de utilizar esta terminologia, adotando, então, a expressão *evitabilidade*.¹⁰²

§ 347 . MEDIDA DE DANOS EM GERAL

Sujeito às limitações estabelecidas nos §§ 350-53, o lesado tem direito a indenização com base em sua expectativa de direito, medida por:

- (a) a perda, no valor para o lesado, da conduta causada incapacidade ou deficiência da outra parte, mais;
- (b) qualquer outra perda, inclusive a perda incidental ou consequencial, causada pelo inadimplemento, menos;
- (c) qualquer custo ou perda que o lesado tenha evitado por não ter precisado cumprir sua obrigação.¹⁰³

¹⁰⁰ BURROWS, Andrew. Remedies for torts and breach of contract. 3. ed. Oxford University Express, 2004, p. 122; GOETZ, Charles J., SCOTT, Robert E. *The mitigation principle: towards a general theory of contractual obligation*. Virginia Law Review, v. 69, n. 6, 1983, p. 967-1024; TREITEL, G. H. The law of contracts. 12. ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 1044. in DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹⁰¹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 24, nota de rodapé n. 49. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁰² BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 24. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Restatement (Second) of Contracts*. American Institute of Law, 1981. Disponível em: <[http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)>. Acesso em 11 de novembro de 2013. Tradução nossa. (§347. MEASURE OF DAMAGES IN GENERAL. Subject to the limitations stated in §§350-53, the injured party has a right to damages based

§ 350. EVITABILIDADE COMO LIMITAÇÃO DE DANOS

(1) Excetuado o disposto na subseção (2), abaixo, os danos não são reembolsáveis para a perda que o lesado poderia ter evitado sem correr riscos desnecessários, ônus, ou humilhação.

(2) O lesado não está impedido de recuperação por parte da regra enunciada na subseção (1), acima, na medida em que ele tenha empregado todos os esforços razoáveis, ainda que sem êxito, para evitar perdas.¹⁰⁴ (grifou-se)

Como bem consigna Batista Lopes, já no § 347 fala-se em danos evitáveis (aspecto positivo), porém é no § 350, que verdadeiramente se encontra o filtro referente ao *duty to mitigate the loss* (aspecto negativo), para cuja aplicação deve ser levado em conta, principalmente, se a conduta que se esperava do credor para evitar danos estava dentro do escopo do razoável.¹⁰⁵

Em síntese, o *duty to mitigate the loss*, na *Common Law*, apesar da nomenclatura adotada, não consiste em dever, e sim, em uma limitação (ou filtro) para a fixação da indenização. Tem como objetivo a preservação do interesse econômico social e é utilizado principalmente no direito contratual (inglês e norte-americano). Além disso, encontra previsão no *Restatement (Second) of Contracts*, em que se ressalva que o parâmetro para a determinação da conduta exigível da vítima para mitigar seus danos é a razoabilidade.

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

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Restatement (Second) of Contracts*. American Institute of Law, 1981. Disponível em: <[http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)>. Acesso em 11 de novembro de 2013. Tradução nossa. (§350. AVOIDABILITY AS A LIMITATION ON DAMAGES. (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden, or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.)

¹⁰⁵ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 25-28. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

2.2.2 CIVIL LAW

Enquanto nos países da *Common Law* o *duty to mitigate the loss* tem caráter autônomo na fixação da indenização, após superada a questão da causalidade¹⁰⁶, nos países de tradição romano-germânica, como bem explica Batista Lopes, a evitabilidade faz parte da verificação da causalidade. Isso porque, na *Civil Law*, quando o credor não mitiga os danos, considera-se que houve culpa concorrente em relação à parte que poderia ter sido evitada¹⁰⁷ – como visto no Cap. I, quando se fala em culpa concorrente, há, na verdade, concorrência de causalidade, não de culpa.

O autor explica, ainda, que neste sistema há dois grupos em relação ao *duty to mitigate the loss*: aqueles em que há previsão expressa na legislação e aqueles em que não há.¹⁰⁸ Neste estudo representados respectivamente por Alemanha e França.

¹⁰⁶ HONORÉ, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*. in: TUNC, André (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11, pt. 1, ch. 7. Tübingen: Mohr, 1983. p. 102. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 54. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁰⁷ MICHAUD, Anne. Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract. *Revue Générale de droit*. Ottawa, v. 15, pp. 293-340, 1984. pp. 311-131; MARKESINIS, Sir Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2^a ed. Oxford, Portland: Hart, 2006. p. 473-474; HONORÉ, A. M. *Causation and Remoteness of Damage*. in TUNC, André (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11, pt. 1, ch. 7. Tübingen: Mohr, 1983. p. 96. *apud* BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 53-54. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁰⁸ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 54. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

2.2.2.1 DIREITO ALEMÃO

O Direito Civil alemão, como os demais países da *Civil Law*, conforme já mencionado, aborda a questão da mitigação do dano pela vítima, em seu aspecto negativo, sob a ótica da culpa concorrente (*Mitverschulden*)¹⁰⁹. Diferentemente de outros países de tradição romano-germânica, no entanto, há na legislação alemã previsão expressa da inevitabilidade dos danos pela vítima (BGB, § 254):

Seção 254

Negligência Contributiva.

(1) Quando a culpa, por parte da vítima, contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilização, bem como a extensão da indenização a ser paga dependem das circunstâncias, em especial, em que proporção o dano foi causado por cada uma das partes.

(2) Isto também se aplica ainda que a culpa da vítima se restrinja a não ter alertado o agente para o perigo de dano extraordinariamente maior, do qual não estava ou não deveria estar ciente, ou, ainda, no caso de ter a vítima deixado de evitar ou reduzir os danos. A previsão de seção 278 aplica-se com as modificações necessárias.¹¹⁰

Batista Lopes aponta que, nos dois itens e três hipóteses do dispositivo acima atribui-se ao juiz significativa discricionariedade: a) no item 1, cabe a ele precisar, como na concorrência de culpa brasileira, qual a contribuição de cada parte para a ocorrência do dano, para, então fixar a indenização; b) na primeira parte do item 2, o magistrado deve fixar a indenização considerando a culpa da vítima (causalidade) pela falta de comunicação ao agente da possibilidade de danos extraordinários e; c) no

¹⁰⁹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 55. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹¹⁰ ALEMANHA. *Código Civil (BGB)*. Traduzido para o Inglês por Langenscheidt Translation Service e atualizado por Neil Mussett. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0751>. Acesso em 8 de novembro de 2013. Tradução nossa. (Section 254. Contributory negligence. (1)Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. (2)This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. The provision of section 278 applies with the necessary modifications).

final do item 2, o legislador previu a redução da indenização com base na medida de sua contribuição, quando a vítima deixar de adotar medidas para evitar ou reduzir o dano.¹¹¹

Destaque-se que, apesar de não se encontrar expresso no supracitado dispositivo, as medidas que se esperam da vítima para mitigar o próprio dano devem ser balizadas dentro dos limites da razoabilidade.¹¹² Nesse sentido, a jurisprudência comentada por Batista Lopes. Confira-se:

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

¹¹¹ HONORÉ, A. M. Causation and Remoteness of Damage. In: TUNC, André (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. v. 11, pt. 1, ch. 7. Tübingen: Mohr, 1983, pp. 75 e 101; MARKESINIS, Sir Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2ª ed. Oxford, Portland: Hart, 2006, p. 475 in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 55-56. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹¹² BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 56. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

artesão lhe exigiria esforços que ultrapassariam aqueles impostos pela razoabilidade.¹¹³ (grifou-se)

Segundo Batista Lopes, o Direito alemão “equipara a culpa concorrente e aquela existente em não evitar ou reduzir o prejuízo, atribuindo às duas hipóteses o mesmo efeito”.¹¹⁴

Além disso, Novais Dias explica que neste país a evitabilidade não é encarada como um dever, mas como uma *Obligenheit*, um instituto do Direito de seguros transposto dogmaticamente para a responsabilidade civil por Reimer Schmidt na década de 1950 e, atualmente, serve como fundamento para a doutrina e jurisprudência alemãs e portuguesas – o Direito português recepcionou a *obligenheit* como *encargo* ou *ônus material*.¹¹⁵

A *obligenheit* corresponde estruturalmente a um dever, porém, tem um regime jurídico diferenciado¹¹⁶, uma vez que não é exigível. Nas palavras do autor:

Assim, o encargo reflete a necessidade de adoção de uma conduta para aquisição ou conservação de uma determinada vantagem

¹¹³ RGZ 83, 15. citado por MARKESINIS, Sir Basil, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. *The german law of contract: a comparative treatise*. 2ª ed. Oxford, Portland: Hart, 2006, pp. 476-477. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 57. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹¹⁴ BEALE, Hugh et al. (ed.). *Contract Law*. Oxford, Portland: Hart, 2002, p. 833. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 56. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹¹⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, pp. 33-35. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹¹⁶ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 33. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

jurídica pelo agente, mas sem que a sua inobservância lese outra pessoa ou faça surgir qualquer obrigação de indenizar.¹¹⁷

Como mencionado, a jurisprudência alemã decide no sentido de reduzir a indenização quando a vítima não tiver cumprido o ônus de mitigar o prejuízo, assim, a título ilustrativo, vale comentar o julgado paradigma da Suprema Corte Alemã citado por Vera Maria Jacob de Fradera¹¹⁸.

Trata-se de ação proposta pelo proprietário austríaco de uma vinícola (comprador) que adquiriu de uma empresa alemã (vendedor) um tipo especial de cera, comumente usada para proteger as uvas de desidratação e limitar a incidência de algumas infecções. Após algum tempo de uso e uma grande quantidade de plantas tratadas com o produto, o comprador percebeu que a cera estava danificando as uvas, em vez de protegê-las, por isso reclamou com o vendedor e ajuizou uma ação indenizatória. A defesa do vendedor foi no sentido de que os danos às plantas decorreram de causas fora de seu controle. A sentença negou o pedido, pelo que o comprador apelou e teve o julgamento do recurso a seu favor. Inconformado, o vendedor recorreu à Suprema Corte. Da decisão da instância superior, o que vale ressaltar é que determinou-se que a sentença deveria ter abordado a questão da mitigação dos danos pelo comprador, em vez de reservá-la para o procedimento em separado sobre o valor da demanda, por enquadrar-se nas regras de Negligência Contributiva, previstas no BGB (legislação doméstica), além de violar o art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a Venda Internacional de Mercadorias (a que nos ateremos mais adiante). Assim, a decisão foi remetida ao Tribunal de Apelações para julgamento da suposta

¹¹⁷ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 33. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹¹⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

falta de mitigação do comprador, por não ter deixado de usar a cera assim que percebeu seus efeitos danosos.¹¹⁹

¹¹⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013. Tradução e comentários nossos: (Abstract: CLOUT case 318, in A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS830; Country: Germany; Number: VIIIZR 121/98; Court: Bundesgerichtshof; Parties: Unknown: An Austrian owner of a vine nursery (the buyer) was in a longstanding business relationship with a German company (the seller) for the purchase of a special kind of wax, which it regularly used in order to prevent excessive drying out and limit danger of infection. As in the past, the buyer asked the seller to send an offer concerning "ca. 5000 kg. black vinewax". The wax was neither received nor inspected by the seller before delivery. It was delivered to the buyer in its original packaging directly from a third party, which the seller's supplier had entrusted with the production. The buyer partly used the delivered wax on its own vines fields and partly sold it on to other vine nurseries. After a large quantity of plants treated with the wax had suffered severe damage, the buyer complained thereof to the seller, then filed an action for damages. The seller objected, inter alia, that the vines had been damaged by a cause beyond its control. While the first instance court rejected the claim, on appeal the judgment was reverted in the buyer's favor. The seller appealed to the Supreme Court. The Supreme Court confirmed the lower instance decisions as to the existence of a lack of conformity of the goods under Art. 35(2)(a) CISG, since the wax did not meet the industry standards that were known to and applied by both parties. As to the seller's claim that the buyer had used part of the wax for a purpose other than that intended, i.e. for treatment of young vines, the Court remanded the case to the lower courts in order to ascertain the facts. If this were indeed the case, there would be no causal connection between the lack of conformity and the damage and consequently no liability of the seller concerning young vine fields. The Court rejected the contention that the seller had not produced the wax itself and therefore it should not be liable for its lack of conformity. In reaching this conclusion, the Court avoided to decide expressly whether Art. 79 CISG covers all possible cases of non-performance, or whether its application has to be excluded for lack of conformity. In any event, Art. 79 CISG was not considered applicable because the seller did not prove that the impediment lay beyond its control. Art. 79 CISG does not alter the contract's distribution of risks, by which the seller is obliged to deliver (conforming) goods. According to Art. 79(2) CISG, the seller has to bear the risk of a lack of conformity deriving from its own suppliers' non-performance, unless it brings evidence that the impediment did not lie in its and its supplier's control. This was not proved in the case at hand, nor had the seller successfully excluded liability through its standard terms, both because they were not part of the contract, and because such a general exclusion would be invalid according to German domestic law. The Court moreover observed that the seller's failure to inspect the goods before delivery was of no consequence (contrary to the lower court's opinion), because its obligation is to be construed as a warranty and does not depend on fault. Finally the Court held that the lower instance court should have dealt with the issue of mitigation of damages by the buyer (Art. 77 CISG), and should not have remanded it to separate proceedings concerning the amount of the claim. In the Court's opinion this is supported by the German domestic law rules on contributory negligence, which are applicable notwithstanding the principle of autonomous interpretation of CISG (Art. 7(1) CISG), since the issue is a procedural one. Art. 77 CISG must be considered ex officio and may lead to exclude the seller's liability altogether. The case was thus remanded to the appellate court for decision on the alleged buyer's failure to mitigate damages by not stopping to use the wax as soon as it became aware of its damaging effects.)

Podemos, então, sintetizar que na Alemanha, o *duty to mitigate the loss* é uma *obligenheit* – um ônus material da vítima que não pode ser exigido pelo agente e que, se descumprido, somente influencia na fixação da indenização – e tem previsão expressa no BGB, na Seção 254.

2.2.2.2 DIREITO FRANCÊS

Diferentemente do quanto visto sobre o Direito Alemão, na França a legislação civil não prevê a mitigação dos danos pela vítima, no entanto, conforme afirma Batista Lopes, desde 1745, ou seja, antes da codificação, Domat já se discutia esta questão.¹²⁰ Ademais, o autor comenta os cenários hipotéticos de Pothier – além do paradigmático caso da vaca pestilenta, traz também o do cavalo atrasado – datados de 1761¹²¹. Confirmam-se:

Nas ilustrações formuladas por Pothier em 1761, também havia subliminarmente a idéia de que o credor teria direito apenas aos danos que não pudessem ser evitados. Em um exemplo hipotético, cogita da venda de um cavalo a um cônego com cláusula expressa de que teria que ser entregue a tempo de chegar ao lugar onde receberia frutas, como benefício. Atrasando o vendedor na entrega do cavalo, o cônego teria direito à indenização pela perda das frutas se não tivesse podido facilmente encontrar um outro cavalo ou transporte. Em outra ilustração, imagina a venda de uma vaca contaminada, sendo que o vendedor esconde o vício. Segundo o autor, nessa hipótese, o vendedor teria que indenizar a perda da vaca e de todo o rebanho do comprador que tenha sido contaminado por essa vaca. São perdas que decorrem diretamente do ato do vendedor. Ficando sem o gado, o comprador ficará com sua terra

¹²⁰ DOMAT, Jean. *Le droit civil dans l'ordre naturel*. t. 1. Paris: Rollin et Fils, 1745. § 162. *apud* HANOTIAU, Bernard. Régime juridique et partie de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 393-405, 1987. p. 398. *in* BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 66. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹²¹ POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations, selon les regles, tant du for de la conscience, que du for extérieur*. t. 3. Paris: Debure pere, 1761. § 162. Citado por HANOTIAU, Bernard. Régime juridique et partie de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales*. Paris, v. 1987, n. 4, p. 393-405, 1987, p. 398. *in* BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 66-67.

inculta, o que o autor reconhece como um efeito do dolo do vendedor. No entanto, considera um efeito mais distante, do qual o comprador não será indenizado pois poderia dar utilização à terra de outra forma: comprando outros bois ou, se não tivesse fundos para tanto, alugando bois ou alugando a terra para terceiros.¹²²

Como visto, apesar de não haver positividade, a inevitabilidade (*obligation por la victime de diminuer son dommage ou d'en eviter l'aggravation*)¹²³ não é nenhuma novidade para o Direito Francês.

Conforme ensina Batista Lopes, ao menos desde a década de 1980, há na jurisprudência francesa julgados que podem ser interpretados como aplicação do *duty to mitigate the loss*. Porém, além de não serem muito frequentes, não contam com uniformidade de fundamentação jurídica – ausência de nexos causal, culpa da vítima, dano indireto, atentado à boa-fé objetiva e abuso de direito –, o que aponta para o descaso dos Tribunais franceses quanto à questão.¹²⁴

Mais recentemente, todavia, como apontam Rafael Peteffi da Silva, Denise Pinheiro e Batista Lopes, a *Cour de Cassation* manifestou-se contrariamente ao dever da vítima de mitigar o prejuízo, por inexistir norma

¹²² BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 66-67. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹²³ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexos de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

¹²⁴ Paris, 22 juin 2001, D. 2002. 843. Citado por LAUDE, Anne. L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? *Petites Affiches*, Paris, v. 232, p. 55-60, nov. 2002, p. 60; LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006, p. 207. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 69. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

nesse sentido na França.¹²⁵ Vejam-se abaixo o quanto explica Denise Pinheiro sobre estas decisões:

Ao se pesquisar o tema em França, é preciso citar, pelo menos, duas decisões de 2003 da Cour de Cassation. A primeira¹²⁶ delas trata de uma ação indenizatória proposta em razão dos prejuízos decorrentes de lesões corporais sofridas por uma senhora, proprietária de uma padaria, e por sua filha, em um acidente de trânsito, em setembro de 1984, e consequente incapacidade laborativa que redundou na inativação do seu estabelecimento até março de 1990. A *Cour de Cassation* anulou a decisão anterior, por julgar que esta violou o artigo 1382 do Código Civil, ao negar o direito da senhora à indenização pelo seu fundo de comércio e de sua filha pela perda da chance de recebê-lo em prósperas condições, sob o argumento de que a vítima poderia ter atribuído a um terceiro a exploração do espaço, evitando que o equipamento se tornasse obsoleto e que a clientela fosse perdida. Para a corte francesa cabe ao ofensor reparar todas as consequências do dano, não se podendo exigir da vítima a limitação do seu prejuízo em função do interesse do responsável. Na segunda decisão¹²⁷, com o mesmo fundamento, o tribunal francês também anulou a decisão anterior, concluindo que a vítima não pode ser obrigada a se submeter a tratamento médicos, recomendados pelo neurologista para se tratar com fonoaudiólogo e psicólogo, com a finalidade de reduzir a indenização devida pelo ofensor em virtude de acidente de trânsito que lhe acarretou uma incapacidade permanente parcial. Consoante MATET, este posicionamento foi reafirmado em 2006 quando a vítima de uma contaminação pelo vírus da hepatite C recusou-se a fazer um tratamento que segundo os médicos

¹²⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.; PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013. e ; BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 69. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹²⁶ Arrêt n. 931 de 19 juin de 2003, Cour de Cassation, Deuxième Chambre Civile. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_705.html>. Acesso em 01/08/2012. in PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹²⁷ Arrêt n° 930 du 19 juin 2003, Cour de cassation - Deuxième chambre civile. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/deuxieme_chambre_civile_570/arret_n_705.htm>. Acesso em 01/08/2012. in PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

melhoraria as suas condições de saúde, não influenciando tal negativa na diminuição do montante indenizatório.¹²⁸ (grifou-se)

Face a esse entendimento da *Cour de Cassation*, explicam Rafael Peteffi da Silva e Denise Pinheiro, o *Rapport d'Information n. 558*¹²⁹ – relatório sobre a reforma da responsabilidade civil na França, organizado por Alain Anziani e Laurent Bételle e registrado na presidência do Senado Francês (15/07/2009) – consignou: “O direito francês da responsabilidade não reconhece a obrigação geral da vítima de diminuir seu próprio dano ou, pelo menos, de evitar o seu agravamento.”¹³⁰

Batista Lopes explica que, apesar de haver diversas razões para a dificuldade de aceitação da evitabilidade pelos juristas franceses, é possível destacar duas principais, uma no âmbito contratual e outra no extracontratual.

No que tange à responsabilidade extracontratual, é reconhecida, no Direito francês, a liberdade da vítima de permanecer inerte frente ao agravamento do dano causado por culpa do agente, pois acreditam ser injusto que tenha de empenhar seu esforço ou patrimônio para evitar um dano que não causou, sem que haja a garantia de ressarcimento.¹³¹

¹²⁸ MATET, Patrick. Le temps dans la réparation du préjudice. In: CYCLE RISQUES, ASSURANCES, RESPONSABILITÉS 2006-2007. 2007, Paris, p. 08. Disponível em: <http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/introduction_m._matet_9838.html>. Acesso em 01 ago. 2012. in PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013

¹²⁹ COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. *Rapport d'Information n. 558*. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

¹³⁰ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade*. [PERIÓDICO]. No prelo 2014./ Trabalho inédito. Traduzido pelos autores (“Le droit français de la responsabilité ne reconnaît pas d'obligation générale pour la victime de diminuer son dommage ou, à tout le moins, d'éviter son aggravation.”)

¹³¹ SAFA, Rachid. Obligation under French law of a claimant to mitigate loss in international contracts. *International business lawyer*. Londres, v. 22, p. 34-37, jan. 1994. p. 36. e LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006, p. 209. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito,

Já no âmbito negocial, a resistência está ligada à possível restrição do direito do credor de exigir a obrigação contratada *in natura*, se assim lhe convier, decorrente do princípio legal do *pacta sunt servanda*, quando, para minimizar o dano fosse necessária a operação substitutiva da obrigação inadimplida.¹³²

Apesar da afirmação citada anteriormente e destas dificuldades, o *Rapport d'Information n. 558*, em outra passagem, ataca a inflexibilidade da *Cour de Cassation*, entre outras razões, por ter deixado de reforçar a importância do princípio da boa-fé objetiva da vítima em relação ao dano.¹³³

O reconhecimento da importância da boa-fé objetiva por referido relatório é algo a se destacar, pois conforme comenta Vera Maria Jacob de Fradera, os juristas franceses apresentam certa resistência quanto a este princípio, em razão de ser vago e aberto a diferentes definições.¹³⁴

Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 71. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹³² LE PAUTREMAT, Solène. Mitigation of damage: a French perspective. *International and Comparative Law Quarterly*. Londres, v. 55, p. 205-217, 2006, p. 211. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 71. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹³³ COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. *Rapport d'Information n. 558*. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013. in PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexos de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹³⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil*. “O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?”, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

Não obstante, afirma a autora, tratem-se o abuso de direito e, justamente, a *boa-fé objetiva*, através da proibição do *venire contra factum proprium*, dos dois principais fundamentos com fulcro nos quais a jurisprudência francesa determina a mitigação do prejuízo pela vítima. Como exemplo, cita o famoso caso *Bailleux c. Jarety*, “onde um locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer o seu direito”, com base na citada proibição de comportamento contraditório.¹³⁵

Batista Lopes também cita decisão com base na boa-fé objetiva:

Um último exemplo colhido da jurisprudência teve por fundamento o descumprimento do dever de boa-fé. Em um contrato de trato sucessivo com duração de quatro anos, o devedor já estava há mais de três anos inadimplente e o credor havia interrompido a prestação de serviços em que consistia sua contraprestação. No entanto, deixou que o contrato fosse renovado por prazo indeterminado e posteriormente, requereu indenização pelo descumprimento em todo esse período. O Tribunal de Apelação de Paris considerou que constituía violação à boa-fé deixar o contrato se prorrogar por mais dois anos naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado.¹³⁶

Por fim, deve constar que o *Rapport d'Information n. 558*, após ouvir diversos juristas franceses, concluiu pela tendência favorável do Direito francês a acolher a mitigação dos danos pela vítima (Pascale Fombeur e Alain Bénabent). Em sentido contrário posicionaram-se Gaëlle Patetta e

¹³⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. “O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?”*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>. Acesso em 10 de maio de 2013.

¹³⁶ Paris, 22 juin 2001, D. 2002. 843 *apud* LAUDE, Anne. L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français? *Petites Affiches*, Paris, v. 232, pp. 55-60, nov. 2002, p. 60. *in* BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 69. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 de abril de 2013.

Patrice Jourdin, este último por acreditar que o *duty to mitigate the loss* é um assunto intrínseco à análise do nexo de causalidade.¹³⁷

Assim, independentemente da divergência, que ainda persiste na França, o relatório posicionou-se pela criação da obrigação legal da vítima minimizar o próprio dano, “tanto em matéria contratual, por se tratar de um elemento de moralização, quanto extracontratual por representar uma redução do custo social da indenização”. Ressalva-se, contudo, que essa obrigação não deve recair em vítimas de lesões corporais, por conta do risco que envolve qualquer tratamento de saúde.¹³⁸ Confira-se o texto:

Recomendação n. 20 – Instituir a obrigação para a vítima de um prejuízo não corporal de diminuir ou de não agravar seu dano, sendo esta obrigação de meio, o que deve ser apreciado *in concreto* de acordo com as circunstâncias e à personalidade da vítima.¹³⁹

Como visto, na França a evitabilidade ainda gera muita controvérsia e ambas as posições, contrária e favorável, são fortemente fundamentadas. Há, contudo, uma tendência jurisprudencial, detectada por Vera Maria Jacob de Fradera, a promover a fixação da indenização levando-se em conta a mitigação do prejuízo pela vítima, com base na boa-fé objetiva e no abuso de direito.

¹³⁷ COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. *Rapport d'Information n. 558*. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013. in SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade*. [PERIÓDICO]. No prelo 2014./ Trabalho inédito.

¹³⁸ COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. *Rapport d'Information n. 558*. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013. in SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade*. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

¹³⁹ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade*. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014. Traduzido pelos autores. (“Recommandation n. 20 – Instituer l’obligation pour la victime d’un prejudice non corporel de diminuer ou de ne pas aggraver son dommage, cette obligation n’etant qu’une obligation de moyens, appréciée in concreto eu égard aux circonstances et à la personnalité de la victime.)

Assim, apesar de não se poder falar em consolidação da inevitabilidade na França, podemos afirmar que o Direito francês tende a acolhê-la, tendo em vista que, inclusive, há indicação de criação de norma que obrigue a vítima de dano não corporal a mitigar suas perdas (*Rapport d'Information n. 558*).

2.2.3 DIREITO INTERNACIONAL

Há também no Direito Internacional, mais especificamente em algumas iniciativas de consolidação internacional de direito dos contratos, dispositivos que tratam da minimização do dano pela vítima.

O mais comentado deles encontra-se na Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias, também conhecida como CISG (*Convention of International Sales of Goods*), tem como principal objetivo, como o próprio nome já indica, regras as operações de compra e venda internacional de mercadorias.¹⁴⁰

Batista Lopes ensina que CISG é um projeto de um grupo de cerca de trinta e seis juristas com experiência em comércio internacional, representantes das mais diversas regiões do mundo (9 membros da África, 7 da Ásia, 5 do Leste Europeu, 6 da América Latina e 9 dos demais países ocidentais) da Comissão das Nações Unidas de Direito Mercantil Internacional - UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*), cujo texto reuniu os dois textos aprovados pela Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS - *Uniform Law on the International Sales of Goods*) e Convenção sobre a Formação dos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (ULF – *Uniform Law on the formation of Contracts for the International Sale of Goods*) em Haia em 1964, que, por sua

¹⁴⁰ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 73. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

vez, se fundamentaram em um trabalho de 1930 do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado - UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*).¹⁴¹

Atualmente, a CISG conta com setenta e nove signatários, incluindo o Brasil que foi o último a aderir, em 4 de março de 2013, após aprovação pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 538 de 18 de outubro de 2012.¹⁴² Assim, passa a ter vigência no Brasil, no mesmo nível hierárquico de uma lei ordinária, a partir de 1º de abril de 2014.¹⁴³

Voltando à evitabilidade, o dispositivo mencionado que trata sobre o assunto na CISG é o art. 77:

Artigo 77

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.¹⁴⁴

¹⁴¹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 74. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁴² BRASIL, Decreto Legislativo n. 538/2012, Aprova o Texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de Abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.legislativo:2012-10-18;538>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

¹⁴³ BRASIL ADERE À CONVENÇÃO DA ONU SOBRE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS, *Página da Organização das Nações Unidas no Brasil*, Rio de Janeiro, 5 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/brasil-adere-a-convencao-da-onu-sobre-contratos-internacionais-de-compra-e-venda-de-mercadorias/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

¹⁴⁴ COMISSÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: 2010. Disponível em <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013. Traduzido por Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em :10 de novembro de 2013. (Article 77. A 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.)

Batista Lopes destaca que a mitigação, na CISG, foi tratada em apartado da questão da culpa (exclusiva ou concorrente) da vítima (art. 80), diferentemente de como algumas legislações que expressamente preveem a evitabilidade (como a Alemanha, por exemplo) o fazem.¹⁴⁵

Além da CISG, vale consignar outras normas internacionais que tratam da mitigação do prejuízo pela vítima. Como a já mencionada Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS - *Uniform Law on the International Sales of Goods*), assinada em Haia em 1º de julho de 1964, que em seu art. 88 trata da evitabilidade¹⁴⁶:

Art. 88: A parte que invocar o inadimplemento contratual deve adotar todas as medidas razoáveis para mitigar a perda resultante do inadimplemento. Se o credor deixar de adotar tais medidas, o devedor pode pedir a redução da indenização por perdas e danos.¹⁴⁷

Ou, ainda, também já citados, os Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, publicados em Roma no ano de 1994 e revisados em 2004 (art. 7.4.8)¹⁴⁸:

¹⁴⁵ ZELLER, Bruno. *Damages under the Convention of Contracts for the International Sale of Goods*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 109. in BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 74. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁴⁶ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

¹⁴⁷ CONVENÇÃO SOBRE A VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS, *Uniform Law on the International Sales of Goods – ULIS*. Haia, 1º de julho de 1964. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. Tradução nossa: (Art. 88: *The party who relies on a breach of contract shall adopt all reasonable measures to mitigate the loss resulting from the breach. If he fails to adopt such measures, the party in breach may claim a reduction in damages.*)

¹⁴⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

Artigo 7.4.8

(Mitigação do Dano)

(1) A parte inadimplente não é responsável pelos danos sofridos pela parte lesada, na proporção que esta poderia ter reduzido através de medidas razoáveis.

(2) A parte lesada tem direito de ser ressarcida por qualquer despesa razoavelmente empregada na tentativa de reduzir o dano.¹⁴⁹

Ou, ainda, o art. 9: 505¹⁵⁰ dos Princípios sobre a Lei Europeia de Contratos - PECL (*The Principles Of European Contract Law*) e o art. 3:705¹⁵¹ do *Draft of a Common Frame of Reference* - DCFR que reproduzem o texto acima¹⁵².

maio de 2013. e BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 82-83. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁴⁹ UNIDROIT - INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, Roma, 2004. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. Tradução nossa: [ARTICLE 7.4.8 (Mitigation of harm) (1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps. (2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.]

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPÉIA, *The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III)*, 2002. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. (Article 9:505 - Reduction of loss (previously part of 4.504) (1) The non-performing party is not liable for loss suffered by the aggrieved party to the extent that the aggrieved party could have reduced the loss by taking reasonable steps.(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.)

¹⁵¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE e RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline ed., Selier European Law Publishers, 2009. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. (III. – 3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.(2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.)

¹⁵² FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013. e BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito*

Há, ademais, na *Central List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards* previsão do *Duty to Mitigate* bastante semelhante:

Nº VII.4 – Dever de Mitigação

A parte que invocar o inadimplemento contratual deve tomar as medidas, que forem razoáveis à circunstância, para mitigar a perda, incluído lucros cessantes decorrentes do inadimplemento. Se essa parte deixar de adotar tais medidas, a parte inadimplente pode requerer a redução da indenização por perdas e danos, na proporção do que poderia ter sido mitigado.¹⁵³

Como visto acima, a evitabilidade é utilizada em vários sistemas jurídicos e, além disso, encontra respaldo em diversos diplomas internacionais sobre compra e venda de mercadorias.

No âmbito interno, podemos citar: a *Common Law*, que aplica o *duty to mitigate the loss*, somente após a verificação do nexo de causalidade como um filtro para a fixação da indenização; no Direito Alemão, que tem previsão legal da evitabilidade, como uma *obligenheit* ou ônus material da vítima; e na França, onde ainda há bastante divergência quanto à mitigação do prejuízo pela vítima, mas a jurisprudência tende a aplicá-la com base na boa-fé objetiva e no abuso de direito.

contratual. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 85-87. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁵³ CENTRAL – CENTER OF TRANSNATIONAL LAW. *CENTRAL List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.er.uqam.ca%2Fnobel%2Fr22714%2Fjur7641%2Flex%2520Mercatoria.rtf&ei=GNyIUu2GJljsASXy4GwCQ&usg=AFQjCNFyr4gq68XlzxIFzZ---7LfllSwLA&sig2=mEUKePAdVgdfyDlp2o7hKg&bvm=bv.56643336.d.cWc>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. Tradução nossa: (No. VII.4 - Duty to mitigate. A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If it fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount which the loss should have been mitigated.)

2.3 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO BRASILEIRO

Vera Maria Jacob de Fradera, pioneira no estudo da evitabilidade no Brasil na esfera contratual, explica que seu interesse pelo tema surgiu da leitura do já comentado art. 77 da CISG, que a levou, após algum tempo, a elaborar proposta de enunciado à III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que, após algumas alterações, foi aprovado com o seguinte texto: “169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.¹⁵⁴

Nas razões para a proposta, a autora sustenta haver uma aproximação teórica entre o art. 77 da CISG e o art. 422 do Código Civil, no sentido de “impor certo comportamento a ambos os contratantes”.¹⁵⁵

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.¹⁵⁶

E, a partir desta comparação, sustenta a possibilidade de recepção do *duty to mitigate the loss* pelo Direito brasileiro como um dever acessório decorrente do princípio da boa-fé objetiva – que, após sua positivação no Código Civil de 2002, possibilitou o que Vera Maria Jacob de Fradera chamou

¹⁵⁴ CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *Enunciados Aprovados – III Jornada De Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

¹⁵⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. “O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?”*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013. e BATISTA LOPES, Christian Sahlb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 85-87. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁵⁶ BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

de “alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor”, de forma muito similar ao que vem ocorrendo na França.¹⁵⁷

Essa fundamentação é a que a se tem aplicado nos Tribunais. No Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa pelo termo *duty to mitigate the loss* só retornou um resultado do âmbito civil, o qual fundamenta a aplicação do instituto com base no princípio da boa-fé objetiva.

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos inseridos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.

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

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.¹⁵⁸

¹⁵⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. “O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?”*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013. e BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 85-87. Disponível em:

<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga_o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

Contudo, o caso julgado pelo STJ trata do exercício tardio de direito em que, como bem explica Denise Pinheiro, não deve incidir o dever de mitigação por haver regulação no ordenamento nacional para os prazos prescricionais. Penalizar a vítima por ter agido dentro do prazo que a lei lhe permite é uma clara afronta ao princípio da segurança jurídica.¹⁵⁹ No mesmo sentido, Novais Dias:

No caso de exercício retardado do direito e correspondente aumento de débito por inadimplemento reiterado do devedor, a situação do credor inadimplido é exatamente inversa a do comprador lesado no exemplo de Pothier: o credor inadimplido não está em uma situação privilegiada para, e nem muito menos é a única pessoa apta a, evitar este aumento do débito. Pelo contrário: a única pessoa que pode evitar este agravamento é o próprio devedor, cumprindo com a sua obrigação. Apesar de a conduta do credor em exigir o cumprimento da obrigação ou de pedir resolução do contrato pôr termo à relação e, por via reflexa, ao crescimento indeterminado do débito, não é possível chegar a afirmar que o crescimento do débito se deve à inércia do credor em cobrar, pois a situação é exatamente a inversa: o débito aumenta porque o devedor não cumpre a sua obrigação e não porque o credor não exige o cumprimento!¹⁶⁰

Consigne-se que concordamos com este entendimento, apesar de tratar-se este do caso em que mais comumente se verifica a aplicação da doutrina da evitabilidade pelos Tribunais brasileiros, o que, consoante Denise Pinheiro, reflete a importância do caso francês *Bailleux vs. Jaretty*, analisado acima.¹⁶¹

Já no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que apresentou o maior número de resultados, a pesquisa pelo termo *duty to mitigate the loss* na ementa retornou 33 apelações (note-se que realizamos um corte,

¹⁵⁸ STJ, REsp n. 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, j. 17/06/2010.

¹⁵⁹ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁶⁰ DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 44. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹⁶¹ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

restringindo a pesquisa somente a este tipo de recurso, por fins didáticos), das quais 18 determinaram a mitigação da indenização por conta do duty to mitigate the loss, sendo 14 destas, justamente, com base no princípio da boa-fé objetiva. As outras quatro não justificaram a natureza jurídica do instituto.¹⁶²

Transcreve-se, abaixo, a ementa de uma das decisões que aplicou o *duty to mitigate the loss* com base na boa-fé objetiva:

DANO MATERIAL – Conta corrente – Comunicação verbal do encerramento pela correntista – Inexistência de qualquer movimentação financeira pela autora – Lançamento de tarifas, encargos e tributos na conta inativa por mais de dois anos – Ilegitimidade da cobrança dos encargos por serviços não prestados – Violação do princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC) e do dever anexo de cooperação no adimplemento do contrato (dever de mitigar a perda ou “duty to mitigate the loss”) – Dever de suportar o prejuízo material – Reconhecimento da inexigibilidade do débito – Sentença mantida nesse tocante – Apelação da casa bancária não provida, vencido o Revisor.

DANO MORAL – Banco de dados – Inclusão indevida – Conta corrente – Comunicação verbal do encerramento pela correntista – Abuso de Direito caracterizador de ato ilícito que culminou com a negativação do nome da autora junto aos cadastros restritivos de crédito – Culpa do Banco – Responsabilidade Civil – Dano Caracterizado – Dever de Indenizar – Pretensão da autora na condenação do banco ao pagamento da indenização no valor de R\$ 20.750,00, fl. 8 – Possibilidade – Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Apelação da consumidora provida, vencido o Revisor que o julgava prejudicado.¹⁶³

Trata-se de ação declaratória de cancelamento de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais, em cuja sentença reconheceu-se a inexistência da dívida resultante da cobrança de taxas bancárias após a requerimento *verbal* pela autora de encerramento da conta-salário que mantinha junto à instituição financeira ré e jamais foi movimentada, porém, negou o pedido de danos morais por inclusão indevida da autora em cadastro de restrição de crédito.

A apelação foi interposta pela ré, sustentando a legalidade da cobrança das tarifas e encargos que culminaram na dívida e questionando a

¹⁶² Pesquisa realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 17 de novembro de 2013.

¹⁶³ TJSP, Ap. Civ. n. 9212771-58.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, Décima Nona Câmara de Direito Privado, j. 08/11/2011.

distribuição sucumbencial. A autora, por sua vez, interpôs recurso adesivo, requerendo a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Em segundo grau, apontou-se que as cobranças de taxas por mais de dois anos, sem que jamais tenha havido qualquer movimentação na conta, configura abuso de direito e violação da boa-fé objetiva e, por conseguinte, afronta por parte da instituição financeira (credora) de seu dever de mitigação do prejuízo.

Para tanto, o relator cita o Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, já mencionado, e, também, lição de Leonardo de Medeiros Garcia sobre o *duty to mitigate the loss*. Veja-se esta última:

Leciona Leonardo de Medeiros Garcia que "o 'duty to mitigate the loss' consiste na obrigação do credor de buscar evitar o agravamento do devedor. O credor de uma obrigação precisa colaborar com o devedor quando na tomada de medidas cabíveis para buscar que o dano sofrido se restrinja as menores proporções possíveis. Se a parte em posição de vantagem negligencia em tomar as providências que possibilita mitigar as perdas, a parte devedora pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída". Assim, "não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta de taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos" e tampouco que a casa bancária "permaneça inerte quando o consumidor não encerra a conta corrente e dele é cobrada uma quantia mensal para manutenção da conta (...) esperando alcançar um montante razoável para executar o consumidor, quando poderia notificá-lo para providenciar o encerramento"

Assim, negou-se provimento à apelação e deu-se provimento ao recurso adesivo da autora, condenando a ré ao pagamento de R\$ 20.750,00, a serem corrigidos e atualizados, a título de danos morais.

Das outras 15 decisões, uma negou a incidência do dever de mitigação sustentando que o instituto somente opera no âmbito contratual; 13 tratam de uma demanda repetitiva relativa ao exercício tardio do direito, em que a aplicação da inevitabilidade prejudicaria as vítimas, por serem hipossuficientes; e na última, não houve julgamento do mérito por ter o relator afastado a competência da Câmara Empresarial para analisar o caso.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou 14 apelações (igualmente restringiu-se a análise somente a este recurso) com *duty to mitigate the loss* na ementa. Em 13 delas empregou-se a boa-fé objetiva como fundamento jurídico e em uma omitiu-se quanto à natureza jurídica do instituto.¹⁶⁴

Ademais, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a pesquisa realizada pela expressão *duty to mitigate the loss* na ementa resultou em 3 julgados, dois dos quais aplicam o *duty to mitigate the loss* com base na boa-fé objetiva diretamente, enquanto um deles determina sua aplicação para evitar a ocorrência de *venire contra factum proprium*, que, como explicado anteriormente, deriva do princípio da boa-fé objetiva. Ou seja, podemos afirmar que a jurisprudência catarinense, direta ou indiretamente, justifica a aplicação do *duty to mitigate the loss* na boa-fé objetiva.

Apesar de, como visto, ser a corrente defendida por Vera Maria Jacob de Fradera dominante na jurisprudência nacional – o que afirmamos por amostragem a partir da análise de três respeitadas Tribunais (TJSP, TJRS e TJSC), bem como por hierarquia, já que é a única hipótese encontrada no Superior Tribunal de Justiça –, está em processo de formação, no Brasil, o debate doutrinário sobre a mitigação do dano pela vítima.

A título ilustrativo, segue breve síntese do entendimento de alguns dos autores citados neste trabalho.

Batista Lopes, como Vera Maria Jacob de Fradera, restringe seu estudo ao âmbito contratual. O autor sustenta que no Direito dos Contratos brasileiro já existe a obrigação do credor de adotar todas as medidas razoáveis para mitigar o dano decorrente do inadimplemento, e decorre do princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC) e do abuso de direito (art. 187, CC).¹⁶⁵

¹⁶⁴ Pesquisa realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 17 de novembro de 2013.

¹⁶⁵ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 243-245.

Os principais efeitos, para as partes, da regra de mitigação são, em suas palavras:

- (a) O credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.
- (b) A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.
- (c) O credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.¹⁶⁶

O autor acredita que a principal função da doutrina da evitabilidade é, através da redução da redução do dano, minimizar o desperdício de recursos social e economicamente relevantes.¹⁶⁷

Reconhece a possibilidade da norma de mitigação acabar por incentivar ao inadimplemento, já que o torna menos oneroso, entretanto, julga que os benefícios que dela decorrem – quais sejam, a restrição da viabilidade do aumento oportunista do dano pelo credor e o incentivo à cooperação entre as partes para evitar o inadimplemento – compensam este efeito colateral.¹⁶⁸

Ademais, não obstante sustentar que existe, no sistema jurídico brasileiro, a obrigação de minimização do dano pelo credor, defende a

Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁶⁶ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 247. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁶⁷ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 245-246. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁶⁸ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 246. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

inclusão no Código Civil, nos moldes alemães, de previsão expressa do ônus de mitigar.¹⁶⁹ Segue, abaixo, o Anteprojeto de lei proposto pelo autor:

Anteprojeto de Lei

Inclui no Código Civil brasileiro o ônus de mitigar.

Art. 1º. Ficam incluídos os seguintes parágrafos ao artigo 403 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro): “§1º. As perdas e danos não incluem os danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos pelo credor com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte. §2º. A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento. §3º. As perdas e danos abrangem as despesas razoáveis feitas pelo credor na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.¹⁷⁰

Por isso, Batista Lopes acredita que a maneira como a doutrina e a jurisprudência têm aplicado o *duty to mitigate the loss* é incorreta.¹⁷¹

Novais Dias, por sua vez, aborda a evitabilidade tanto no âmbito contratual, quanto no extracontratual. Defende que não há verdadeira recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, pois inexistente lacuna em relação à contribuição da vítima, por comportamento negligente, para o dano (CC, arts. 402, 403 e 945).¹⁷²

¹⁶⁹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 246. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁷⁰ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 246. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁷¹ BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 248. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratu_al.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

¹⁷² DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 50. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

Acredita, contudo, na existência de uma lacuna normativa em relação à proibição à vítima de prejudicar seu próprio patrimônio, que atualmente, portanto, é inexigível, e, por isso, propõe o reconhecimento do *duty to mitigate the loss*, não como um dever propriamente dito, mas na forma de um encargo da vítima de evitar o próprio prejuízo, tendo como baliza para o comportamento da vítima a razoabilidade.¹⁷³

Nas palavras de Novais Dias, seriam efeitos da aplicação mitigação, nos termos expostos, o quanto se segue:

Em caso de cumprimento do encargo de evitar o próprio dano, a parte lesada tem direito a pedir reembolso pelos gastos razoáveis despendidos. Em caso de descumprimento, se se tratar de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional a vítima perderá integralmente o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado, por conta dos artigos 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual que a vítima poderia ter evitado sofrer, em se tratando de culpa concorrente, o que em regra se dará, mormente em caso de descumprimento por omissão da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois a parte lesada ainda fará jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor do dano, por conta do art. 945 do CC/2002.¹⁷⁴

Também este autor ataca a maneira como a doutrina e a jurisprudência aplicam o *duty to mitigate the loss*, como um dever acessório decorrente da boa-fé objetiva, pois, como já dito, a mitigação não é exigível

¹⁷³ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, pp. 51-52. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹⁷⁴ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 52. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

no Brasil.¹⁷⁵ Repudia ainda o emprego da mitigação nos casos de exercício tardio do direito.¹⁷⁶

Outra autora cujo entendimento há que se consigar é Denise Pinheiro, que também analisa a inevitabilidade nos casos de responsabilidade contratual e extracontratual.¹⁷⁷

Denise Pinheiro afirma que só cabe cogitar a mitigação do prejuízo pela vítima quando, após análise do nexo de causalidade, não se verificar nenhuma excludente (concorrência de culpa da vítima ou dano indireto), constatando-se que a causa do dano, verdadeiramente, tem ligação apenas com a conduta do ofensor – ao contrário do que vem acontecendo nos Tribunais brasileiros, que como visto, empregam o *duty to mitigate the loss* em situações que poderiam ter sido solucionadas através da análise da causalidade.¹⁷⁸ *Ipsis litteris*:

Sustenta-se, assim, um *duty to mitigate the loss* à brasileira, mediante fundamentos específicos, para que, mesmo na hipótese de configuração do liame de causalidade e, portanto, da evidência que o dano foi causado por conduta do ofensor à vítima, conclua-se que esta pode intervir e promover a redução do prejuízo, em razão de uma conduta pautada na boa-fé, no não exercício abusivo de um direito e mesmo na redução dos impactos sociais e econômicos que, inevitavelmente, todo lesão gera.¹⁷⁹

¹⁷⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 51. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹⁷⁶ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011, p. 52. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>> Acesso em 11 de novembro de 2013.

¹⁷⁷ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁷⁸ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁷⁹ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em:

Dessa forma, defende a alteração legislativa, consoante a já mencionada proposta francesa, tendo como parâmetro para o comportamento mitigador da vítima a razoabilidade.¹⁸⁰

E, para esta empreitada, sugere-se atribuir a razoabilidade como elemento para investigar se a vítima valeu-se de medidas adequadas para limitar a propagação da extensão do dano; garantir o ressarcimento dos recursos empregados pelo ofendido, ainda que não tenham produzido os efeitos esperados, desde que, por certo, entendidos como razoáveis; levar em conta, nesta análise, o critério abstrato, ou seja, a exigência de um padrão médio de comportamento; impor ao ofensor o ônus da prova de que a vítima comportou-se abusivamente (seguindo, aliás, a regra processual); limitar a indenização da vítima que não interviu, apesar de se concluir que era possível e razoável.¹⁸¹

Ademais, afasta o emprego do dever de mitigação nos casos de danos corporais e de exercício tardio de direito.¹⁸²

Por último, destaque-se o estudo inédito elaborado, em conjunto, por Rafael Peteffi da Silva e Denise Pinheiro, com que mais nos identificamos.

Os autores sustentam que a análise da conduta da vítima em relação ao dano que sofreu deve *sempre* ocorrer sob o enfoque do nexo de causalidade. Ou seja, sempre que se constatar que a vítima deixou de cumprir o *duty to mitigate the loss*, na verdade, verificar-se-á a concorrência

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁸⁰ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁸¹ PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

¹⁸² PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

da vítima para a causação do dano (art. 945, CC) ou um dano indireto (arts. 402 e 403, CC).¹⁸³

Por isso, uma norma de mitigação do prejuízo pela vítima, no sistema civil brasileiro, seria irrelevante, pois verificando-se a culpa concorrente ou a existência de dano indireto, há interrupção do nexo causal e, por conseguinte, afasta-se a obrigação de indenizar.¹⁸⁴ Confira-se:

Limitar a questão à causalidade não autoriza o credor a agir com má-fé ou exercer abusivamente o seu direito e não afasta o dever dos contratantes de colaborarem mutuamente e agirem eticamente em uma relação negocial. Do mesmo modo, apurar a participação da vítima para o resultado do dano não impede verificar se a sua omissão perante a ocorrência do dano foi condição apta para o resultado final. Se o comportamento do ofendido for decisivo para o dano, ou seja, quando for considerado causa, haverá a interrupção do nexo causal que liga a lesão ao suposto ofensor.¹⁸⁵

Os autores destacam, ainda, que a observância do ordenamento jurídico quanto à aplicação do nexo causal à análise do comportamento da vítima é o que garante a preservação do princípio da reparação integral, bem como evita a transferência para a vítima da responsabilidade sobre parte do dano para cuja ocorrência não contribuiu.

Por isso, os autores sustentam que a aplicação, pela jurisprudência nacional, do dever de mitigação do dano pela vítima com base na boa-fé objetiva e no abuso de direito é inadequada, haja vista que em todos os casos citados seria possível a solução através da análise do nexo causal, ressalvado aqueles relativos ao exercício tardio de direito, inexistindo, portanto, a necessidade de criação de um novo instituto no direito brasileiro.

Quanto à aplicação do *duty to mitigate the loss* ao exercício tardio do direito, os autores acreditam tratar-se de violação à segurança jurídica e ao direito ao prazo prescricional fixado em lei.

¹⁸³ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

¹⁸⁴ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

¹⁸⁵ SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexo de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

Por outro lado, ainda que acreditem ser inadequado recepcionar o *duty to mitigate the loss* no Brasil, sob pena de atentar-se contra a lei civil nacional, Rafael Peteffi da Silva e Denise Pinheiro não afastam a importância do estudo deste instituto para auxiliar o exame do nexos de causalidade, assunto permeado de tantas dificuldades, para contribuir com a definição do que seriam as medidas razoáveis que se esperam da vítima para evitar sua contribuição para o dano, enriquecendo-se, assim, a doutrina da causalidade concorrente.

CONCLUSÃO

Inicialmente, tratou-se do art. 927 do CC, cláusula geral da responsabilidade subjetiva do Código Civil Brasileiro. A partir do exame deste dispositivo, pudemos elencar como principais requisitos da responsabilidade civil extracontratual o *dano*, o *nexo de causalidade* e a *culpa* – tanto no *caput* quando nos remete aos arts. 186 e 187 para definição de ato ilícito, quanto no parágrafo único, em que trata dos casos de responsabilidade objetiva, em que a análise da culpabilidade fica dispensada.

O mais problemático desses requisitos é o nexo de causalidade – cuja principal função é ligar a conduta do agente ao dano –, em especial quando existe mais de uma causa capaz de gerar o dano, a chamada multiplicidade de causas ou causalidade concorrente. Por isso, estudaram-se as três principais teorias para determinação do nexo causal: Equivalência das Condições, Causalidade Adequada (ou Necessária) e Dano Direto e Imediato, sendo esta última, na verdade, uma subteoria da anterior.

Há três principais modalidades de concorrência de causas. São elas: *causalidade colateral*, em que cada conduta tem capacidade de causar o dano independente das demais; *causalidade concorrente propriamente dita*, em que as condutas, isoladamente, não são capazes de causar o dano, mas todos são causas necessárias; e *causalidade cumulativa*, em que cada conduta contribuiu para uma parcela específica do dano. Nas duas primeiras hipóteses, ambos os coautores são responsabilizados pela integralidade do dano, na última, cada pessoa só responde pela parcela do dano a que deu causa.

Via de regra, a causalidade cumulativa se caracteriza quando existem uma conduta principal e uma causa cumulativa, sendo que esta não tem capacidade de romper o nexo causal daquela (*nexo causal = conduta principal + causalidade cumulativa*).

Segundo a melhor doutrina, o art. 945 do CC trata justamente de uma situação de causalidade concorrente entre o autor e a vítima, não obstante falar expressamente em culpa. Assim, através da análise do nexo

de causalidade, a indenização deve ser fixada proporcionalmente à contribuição do autor e da vítima para o dano.

Portanto, quando houver *causalidade cumulativa* entre o agente e a vítima, como quando a vítima concorre para o agravamento do dano causado pelo agente (*nexo causal = conduta principal + causalidade cumulativa da vítima*), a indenização não deve superar o valor do dano antes do conduta da vítima. Porém, caso a vítima adote medidas a fim de evitar o agravamento do dano causado pelo agente, devem ser incluídos na indenização todos os valores gastos com esse fim.

Ressalte-se, por fim, que este método de determinação do *quantum* indenizatório vai ao encontro do Princípio da Reparação Integral do Dano (art. 944, *caput*, CC), já que evita que a indenização não compreenda ou exceda o prejuízo sofrido pela vítima.

Na segunda parte deste trabalho, estudamos o *duty to mitigate the loss* (dever de mitigação do prejuízo ou evitabilidade), que prevê a obrigação da vítima de evitar ou minimizar o dano a que foi submetida pelo agente e teve origem jurisprudencial na *Common Law*, conforme a versão mais aceita pela doutrina. Neste sistema jurídico, a eficácia do instituto está restrita à seara contratual e, mais do que proteger as partes envolvidas no negócio jurídico, tem função socioeconômica, na medida que tem por fim impedir o desperdício de recursos relevantes. Apesar do nome que recebe, não tem natureza jurídica de um dever propriamente dito, mas atua como um filtro ou limitação à indenização. O *Restatement (Second) of Contracts* menciona a evitabilidade e consigna que o parâmetro para a determinação da conduta exigível da vítima para evitar o agravamento do dano é a razoabilidade.

O dever de mitigação foi recepcionado, por assim dizer, em diversos países de tradição romano-germânica, porém, pelas peculiaridades deste sistema, o instituto tomou contornos bastantes diferentes dos originais. A principal diferença que se aponta é que na *Common Law*, por se tratar de filtro da indenização, atua somente após a análise do nexo causal, enquanto na *Civil Law* está intimamente ligada à causalidade. Além disso, estende o instituto, originalmente contratual, para a esfera extracontratual. Por outro

lado, uma similaridade é a eleição da razoabilidade como baliza para a conduta da vítima.

Na Alemanha, a mitigação não é encarada como um dever propriamente dito, e sim, como uma *Obligenheit* (encargo ou ônus são as expressões utilizadas no Direito português, que, nesta matéria, incorporou o Direito alemão) e tem previsão expressa na Seção 254 do BGB.

A França, por sua vez, não conta com norma relacionada com o *duty to mitigate the loss*, o que não significa que o instituto não tem aplicação neste país, já que, há décadas, é utilizado pela jurisprudência na responsabilidade contratual, principalmente como um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva. Outrossim, um relatório elaborado por alguns dos mais respeitados juristas franceses da área, recomendou ao Senado francês a instituição expressa no Código Civil do dever de mitigação do dano não corporal pela vítima.

Encontram-se, também, dispositivos sobre esse tema em diversos diplomas sobre contratos internacionais. O mais importante deles, ao menos para este estudo, é o Art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias, também conhecida como CISG (*Convention of International Sales of Goods*). Além dele, podemos citar: art. 88 da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS - *Uniform Law on the International Sales of Goods*) de 1964; art. 7.4.8, Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 1994; art. 9: 505, Princípios sobre a Lei Europeia de Contratos - PECL (*The Principles Of European Contract Law*); o art. 3:705¹⁸⁶ do *Draft of a Common Frame of*

¹⁸⁶ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE e RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline ed., Selier European Law Publishers, 2009. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2013. (III. – 3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps.(2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss.)

Reference – DCFR; n. VII.4, Central List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards.

Por fim, observamos o tratamento que a evitabilidade tem recebido da doutrina e dos Tribunais brasileiros. A teoria aceita unanimemente pela jurisprudência é a que ensejou a aprovação do Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal e foi elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera. Como no Direito francês, sugere-se a recepção do *duty to mitigate the loss* como um dever acessório, lastreado na boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium* e abuso de direito), restrito ao direito contratual e passível de aplicação aos casos de exercício tardio do direito.

Destaque-se, ainda, que a partir deste ponto, todos os autores posicionam-se contrariamente ao entendimento jurisprudencial e à aplicação da evitabilidade nos casos de exercício tardio do direito. Além disso, todos adotam a razoabilidade como critério para a conduta esperada da vítima.

Também a tese de Batista Lopes se restringe à responsabilidade contratual e, apesar de reconhecer obrigação de evitabilidade nos arts. 187 (abuso de direito) e 422 (boa-fé objetiva) do CC, sugere a inclusão no ordenamento jurídico nacional de norma específica que reconheça o ônus de mitigação do dano pela vítima, como há no BGB (§ 254), com o objetivo de afastar o desperdício de recursos relevantes social e economicamente.

A dissertação de Novais Dias é o primeiro estudo brasileiro que estende à responsabilidade aquiliana o *duty to mitigate the loss*. O autor afasta a ideia de lacuna relativa à proibição de conduta negligente da vítima em relação ao dano, que aponta constar dos arts. 402, 403 e 945 do CC, mas reconhece a inexistência de norma de conduta que exija da vítima comportamento que preserve seu próprio patrimônio. Assim, por julgar inexigível esse tipo de comportamento, sugere o reconhecimento da mitigação no Direito brasileiro como um encargo.

Denise Pinheiro igualmente, estuda a evitabilidade tanto no âmbito contratual, quanto no extracontratual. Por sua vez, defende que a mitigação só deve incidir, como na *Common Law*, após terminada a análise do nexo de

causalidade e apenas nas hipóteses em que não houver concorrência da vítima, então, fundamentada na boa-fé objetiva e no abuso de direito. Segundo a autora, o erro dos Tribunais está na aplicação do *duty to mitigate the loss* em casos que facilmente poderiam ser resolvidos através do nexos causal. Ressalte-se, ainda, seu posicionamento ao dever de mitigação nos casos em que o dano sofrido pela vítima for corporal.

Em estudo mais recente e inédito, Rafael Peteffi da Silva e Denise Pinheiro afirmam que invariavelmente a análise da conduta da vítima em relação ao dano deve ser sob a ótica do nexos de causalidade. Ou seja, quando se fala em *duty to mitigate the loss* no Brasil, na verdade se está a tratar de hipótese de causalidade concorrente (art. 945 do CC) ou dano indireto (arts. 402 e 403), assim, a existência de uma norma de mitigação no ordenamento jurídico brasileiro seria irrelevante. Ademais, é justamente a observância do Código Civil para fixação da indenização que garante a preservação do Princípio da Reparação Integral do Dano. Quanto ao posicionamento jurisprudencial, os autores sustentam que a resolução de todos os casos deveria ter ocorrido através da análise do nexos de causalidade, com exceção daqueles referentes ao exercício tardio de direito, que, na verdade, referem-se ao prazo prescricional. Apesar de tudo, destacam a importância dos trabalhos sobre o *duty to mitigate the loss* para contribuir com o estudo nacional do nexos de causalidade, bem como para a definição de contornos para o comportamento razoável a ser esperado das vítimas para evitar o agravamento de seu dano.

Ante todo o exposto, acreditamos que o escopo da causalidade cumulativa prevista pelo artigo 945 do Código Civil e do instituto do *duty to mitigate the loss* na esfera extracontratual é exatamente o mesmo, pois ambos englobam a fixação da indenização quando houver conduta, comissiva ou omissiva, da vítima que concorra para o agravamento do dano.

Assim, posicionamo-nos no sentido de inexistir conteúdo eficiential para o *duty to mitigate the loss* na esfera extracontratual do Direito Civil brasileiro.

Não obstante, seguindo a linha traçada por Rafael Peteffi da Silva e Denise Pinheiro, encorajamos o estudo desse instituto, especialmente no âmbito contratual, em que originariamente foi concebido, e a que não nos atemos na presente monografia por razões didáticas.

BIBLIOGRAFIA

ALEMANHA. *Código Civil (BGB)*. Traduzido para o Inglês por Langenscheidt Translation Service e atualizado por Neil Mussett. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0751>. Acesso em 8 de novembro de 2013.

BATISTA LOPES, Christian Sahb. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, pp. 21-22. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_dir_eito__contratual.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 de abril de 2013.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 538/2012, Aprova o Texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de Abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.legislativo:2012-10-18;538>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

BRASIL, Decreto Legislativo n. 538/2012, Aprova o Texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de Abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto.legislativo:2012-10-18;538>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por Eqüidade no Novo Código Civil*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2010.

CENTRAL – CENTER OF TRANSNATIONAL LAW. *CENTRAL List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards*. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.er.uqam.ca%2Fno-bel%2Fr22714%2Fjur7641%2Flex%2520Mercatoria.rtf&ei=GNylUu2GJljsASXy4GwCQ&usg=AFQjCNFyr4gq68XlzxIFzZ---7LfllSwLA&sig2=mEUKePAdVgdfyDlp2o7hKg&bvm=bv.56643336,d.cWc>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

COMISSÃO INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova York: 2010. Disponível em <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/CISG.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2013. Traduzido por Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>>. Acesso em :10 de novembro de 2013.

COMMISSION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES, DE LEGISLATION DU SUFFRAGE UNIVERSEL, DU RÈGLEMENT ET D'ADMINISTRATION GÉNÉRALE PAR LE GROUPE DE TRAVAIL RELATIVE À LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Sénat Français. *Rapport d'Information n. 558*. Paris, 2009. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-5581.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE JUSTIÇA. *Enunciados Aprovados – III Jornada De Direito Civil*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

CONVENÇÃO SOBRE A VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS, *Uniform Law on the International Sales of Goods – ULIS*. Haia, 1º de julho de 1964. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

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

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 413, pp. 71-117, jan/jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894>>. Acesso em 11 de novembro de 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Restatement (Second) of Contracts*. American Institute of Law, 1981. Disponível em: <[http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm)>. Acesso em 11 de novembro de 2013.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Razões da Proposta da Professora Vera Jacob Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, apresentadas quando da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aos Participantes da III Jornada de Direito Civil. "O credor poderia ser instado a mitigar o próprio prejuízo?"*, nota de rodapé n. 6. Disponível na íntegra, como anexo, em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em 10 de maio de 2013.

ITÁLIA, *Código Civil*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em 8 de novembro de 2013.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MONTEIRO, Samuel. *Perdas e Danos*. São Paulo: Cultural Paulista, 1980.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Denise. *Duty to Mitigate the Loss à Brasileira: uma questão além do nexos de causalidade*. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em 15 de abril de 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. MAMEDE, Gladston. ROCHA, Maria Vital. Coordenadores. *Responsabilidade Civil Contemporânea: Em Homenagem a Sílvio Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da Reparação Integral e os Danos Pessoais. *Jornal Carta Forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>>. Acesso em 30 de outubro de 2013.

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

SILVA, Rafael Peteffi da. PINHEIRO, Denise. Duty to Mitigate the Loss e o Nexó de Causalidade. *Revista NEJ - Novos Estudos Jurídicos*. No prelo 2014.

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

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE e RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law:*

Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline ed., Selier European Law Publishers, 2009. Disponível em: <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, j. 17/06/2010.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado, conforme a Constituição da República*. vol. I – Parte Geral e Obrigações (arts. 1º a 420). 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ap. Civ. n. 9212771-58.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ricardo Negrão, Décima Nona Câmara de Direito Privado, j. 08/11/2011.

UNIÃO EUROPÉIA, The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III), 2002. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.

UNIDROIT - INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, UNIDROIT Principles of International Commercial Contract, Roma, 2004. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2013.