

MITIGAÇÃO DOS PREJUÍZOS PELO CREDOR: UMA ANÁLISE À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

Lucas Sanches Tizzo¹ (UEMS)
Léia Comar Riva² (UEMS)

Resumo: A mitigação dos prejuízos pelo credor ou *duty to mitigate the loss* é uma teoria que surgiu nos países de sistema anglo-saxão. A mesma estabelece que, quando uma relação negocial é descumprida, o credor não deve ficar inerte diante do inadimplemento do devedor. Nesse sentido, a parte prejudicada deve adotar posturas no sentido de mitigar seus próprios prejuízos. Tal dever, no entanto, somente é exigido quando demandar uma atitude que esteja dentro de padrões de razoabilidade, sendo incabível a exigência do dever de mitigar quando houver a necessidade de esforços exacerbados pelo credor. Tal situação, além de beneficiar às partes negociantes traz também um benefício social. O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de recepção do instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro à luz do princípio da boa-fé objetiva bem como da abertura conferida à ordem jurídica a partir da inserção das cláusulas gerais no Código Civil de 2002. O procedimento metodológico consistiu-se em pesquisa bibliográfica. Para alcançar os objetivos buscou-se investigar as formas pelas quais o instituto recebe aplicação no ordenamento jurídico dos países que expressamente o adotam. Além disso, foram analisadas as formas que os países de tradição romano-germânica e os filiados ao sistema *common law* o aplicam. A partir da análise foi possível verificar que, no Brasil, há diversos autores que defendem a possibilidade de recepção do instituto. Constatou-se também alguns julgados que expressamente o acolheram, fundamentando sua orientação nas cláusulas gerais e nos deveres de cooperação bem como no princípio da boa-fé objetiva, a partir da análise do artigo 422 do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Mitigação. Prejuízos. Credor. Devedor. Inadimplemento.

Introdução

A crescente complexidade das relações intersubjetivas demandam novas interpretações do direito vigente. Isso porque, a morosidade da construção legislativa, aliada à impossibilidade de previsão de todos os efeitos decorrentes das relações interpessoais, faz com que o direito posto não consiga acompanhar, no tempo, a evolução social.

A presente pesquisa busca analisar a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, do dever de mitigação dos prejuízos pelo credor (*duty to mitigate the loss*). A análise dessa questão será feita a partir do princípio da boa-fé objetiva, bem como do dever de cooperação entre as partes. Características essas que norteiam o sistema legal brasileiro. Além disso, a

¹Aluno do curso de Direito, Unidade Universitária de Paranaíba; E-mail: lucas_sanches.sfs@hotmail.com;

²Professora Doutora do curso de Direito da UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; E-mail: lcriva@uems.br.

investigação pautar-se-á na abertura conferida ao ordenamento jurídico pelas cláusulas gerais, especialmente a contida no art. 422 do Código Civil. Nesse contexto, busca-se demonstrar a importância da evolução dos mecanismos hermenêuticos conferidos ao julgador quando da utilização dos princípios, bem como das supraditas cláusulas gerais que lhe permitem, a despeito da ausência de regras específicas, adaptar a norma jurídica ao caso concreto.

Para a compreensão do tema, valer-se-á da pesquisa bibliográfica apresentando o posicionamento dos autores que verificam, a partir da legislação atual, a viabilidade para recepcionar o instituto da mitigação.

Para alcançar os objetivos propostos, inicialmente será feita uma investigação, à luz do direito comparado, de como os países que recepcionam o dever de mitigação dos prejuízos pelo credor o aplicam. Além disso, será feita uma apresentação dos documentos normativos internacionais que preveem a aplicação do instituto. Por fim, buscar-se-á as possíveis formas de aplicação e os efeitos práticos, além dos desdobramentos que a adoção dele pode acarretar no direito brasileiro.

1 Mitigação dos Prejuízos pelo Credor

1.1 Definição

A noção de mitigação dos prejuízos pelo credor, ou *duty to mitigate the loss*, ainda, doutrina dos danos evitáveis consubstancia-se na possibilidade de que o credor, em uma relação negocial, seja instado a mitigar os próprios danos em razão de eventual inadimplemento obrigacional pelo devedor. (DIAS, 2011). Com isso, o credor:

em face do inadimplemento do contrato, encontra-se adstrito a adotar medidas tendentes a minimizar as próprias perdas decorrentes do inadimplemento, sob pena de ter a sua indenização reduzida em proporção equivalente ao montante de danos que poderiam ter sido evitados. (DIAS, 2011, p. 93).

Dentro dessa perspectiva, surgem diversas situações práticas sobre as quais a ideia dos danos evitáveis pode ser aplicada. Nesse sentido, Tartuce (2005, p. 4), cita o exemplo de inadimplemento de um contrato de locação de imóvel urbano. Segundo o autor: “nesse negócio, haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos”.

É possível concluir que a ideia da mitigação dos prejuízos pelo credor estabelece-se a partir do dever que este tem de impedir, utilizando-se de esforços razoáveis, os prejuízos que advierem do inadimplemento de uma relação obrigacional da qual for parte. Ou seja, não pode

o credor, diante do descumprimento de uma obrigação, ficar inerte, vendo seus danos serem majorados e, posteriormente, recobrá-los do devedor. Tal situação somente será permitida, como se verá no curso do presente estudo, quando demandar esforços que desviem dos padrões de razoabilidade.

1.2 Surgimento

Fradera (2004) alude que o dever de mitigar teve origem no direito anglo-saxão, sendo que, posteriormente, passou aos sistemas jurídicos continentais. A recepção desse conceito, todavia, não se deu de modo equânime, sendo que alguns ordenamentos o utilizam de modo regular, como o alemão e o suíço, por exemplo. Por outro lado, outros utilizam seu conteúdo sem se referir a esta denominação, como ocorre na França.

Lopes(2013, p. 21), em seu livro escrito a partir da pesquisa feita em sua tese de doutorado, diz que o surgimento da doutrina dos danos evitáveis não tem origens muito claras, embora entenda que ela está bastante consolidada nos países da *common law* e apresenta um caso trazido pelo autor norte-americano Edward Allan Farnsworth, segundo o qual:

A limitação de *evitabilidade*, mesmo em seu aspecto negativo, teve origem ainda no final do século XVII em um estranho caso inglês conhecido como *Vertue v. Bird* julgado em 1677. O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixa-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar em Ipswich.

Além disso, a mitigação dos prejuízos pelo credo possui dois aspectos: um positivo, consubstanciado no dano que efetivamente fora reduzido pelo credor e um negativo, segundo o qual não haverá inclusão na indenização do “dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido”. (LOPES, 2013, p. 21).

1.3 *Duty To Mitigate the Loss* nos países da *Common Law*

A principal distinção entre os países filiados ao sistema da *common Law* e os de tradição romano-germânica(*civil Law*) reside na determinação sobre o que o direito deve, prioritariamente, fazer diante do inadimplemento contratual. Nos primeiros, há preferência pela resolução do negócio pelas perdas e danos. Nos segundos, por sua vez, prefere-se a

execução específica da obrigação, ficando a possibilidade de resolução em perdas e danos somente quando não for possível a reparação *in natura*. (LOPES, 2013).

Fixada tal premissa, é possível compreender os motivos pelos quais a aplicação da doutrina da mitigação dos prejuízos está mais consolidada nos sistemas filiados à *common Law*:

Tal circunstância pode reduzir o âmbito de aplicação da norma de mitigação nos países de *civil Law*. Com efeito, quando se concede a execução específica da obrigação, o inadimplemento será sanado pelo cumprimento da prestação. Assim, não há lugar para que ocorram danos, salvo aqueles decorrentes da mora. Reduzindo-se significativamente as perdas e danos pela execução *in natura*, diminui-se também o âmbito de aplicação da doutrina que visa a incentivar o credor a minimizar tais prejuízos (LOPES, 2013, p. 55).

Essa preferência, todavia, não impede a aplicação da doutrina aos países do *civil Law* como se verá.

Além disso, muitos autores de tradição romano-germânica estabelecem que a aplicação da mitigação seria uma “mera aplicação do conceito de culpa ou de causalidade” (LOPES, 2013, p. 55). Todavia, no sistema da *common Law*, a doutrina da evitabilidade² é vista como um princípio autônomo, “aplicado na definição dos danos que são indenizáveis e dos que não o são, depois de já superada a questão da causalidade” (LOPES, 2013, p. 55). Ou seja, o *duty to mitigate the loss* transcende os danos efetivamente ocorridos e, por isso, vai além do nexo de causalidade, visto que condutas posteriores ao acontecimento do dano também são analisadas. Não pode, ainda, na *common Law*, ser fundamentado na noção de culpa, isso porque nesse sistema não se exige culpa para a caracterização do inadimplemento contratual. (LOPES, 2013, p. 55). Trata-se em verdade de uma verdadeira limitação à indenização, enquanto nos países da *civil law*, que o recepciona, considera-o um ônus do credor. (LOPES, 2013).

O dever de mitigar, na *common Law*, contém, ainda uma vantagem, na medida em que, ao prever a necessidade de que o credor mitigue seus próprios prejuízos, se busca evitar a retirada do mercado de um recurso social e econômico que adviria com a exasperação do dano, caso o credor não atue no sentido de mitigá-lo. Para explicar tal situação, Lopes (2013, p. 19) citando Atiyah e Smith, traz um exemplo:

Ao calcular os danos do requerente [...], os tribunais agem com base na suposição de que o requerente não pode ser indenizado por perdas que ele poderia ter evitado, ou

²Evitabilidade, danos evitáveis, *duty to mitigate the loss* e mitigação dos prejuízos pelo credor, são expressões utilizadas na presente pesquisa como sinônimos.

de fato evitou, ao tomar medidas razoáveis. É esperado que o requerente, diz-se “mitigue” suas perdas. Para tomar um exemplo simples, suponha que uma pessoa é indevidamente demitida de seu emprego, em que recebe 150 por semana. Suas perdas e danos de expectativa são *prima facie* o valor dos salários que poderia ter ganho enquanto trabalhasse no período de aviso prévio; se estava sujeita a um aviso com antecedência de quatro semanas, pareceria à primeira vista que ela perdeu a expectativa de ganhar 600. Mas antes que o requerente possa receber esse (na verdade, qualquer) montante como perdas e danos, deve ficar claro que ele fez seu melhor para encontrar uma alternativa razoável de emprego. Se de fato o requerente obteve um novo trabalho pelo mesmo (ou maior) salário, sem qualquer intervalo, então ele não sofreu nenhum dano efetivo. Se ficou uma semana sem trabalhar enquanto procurava emprego, perdeu o salário de uma semana e não mais.

Embora o exemplo contemple uma situação em que o credor efetivamente mitigou os danos, a limitação da evitabilidade se aplica também quando o credor possa tê-los evitado, mas não o tenha feito. Nesse caso, a redução das perdas e danos seria calculada com base na suposição de que o credor tenha, de fato, mitigado.

1.4 *Duty To Mitigate the Loss* nos países de Tradição Romano-Germânica

1.4.1 Alemanha

Considerando a classificação quanto a evitabilidade em positiva e negativa, alhures referida, o direito alemão regula cada uma dessas situações. Nesse sentido, quando se trata do aspecto negativo, confere-lhe tratamento sob o prisma da culpa concorrente. Por outro lado, quanto ao aspecto positivo, analisa-o de acordo com as normas de apuração dos danos bem como no ajuste das vantagens obtidas. (LOPES, 2013).

Dias (2011, p, 112) traz a seguinte disposição do § 254 do Código Civil Alemão:

Se, na produção do dano, concorrer uma culpa do prejudicado, dependerá a obrigação à indenização, bem como o alcance da indenização a prestar, das circunstâncias, particularmente do fato de que até que ponto o dano foi, preponderantemente, por uma ou outra parte, causado. Aplica-se isto, mesmo quando a culpa do prejudicado se limita à circunstância de que negligenciou ele de chamar a atenção do devedor sobre o perigo de um dano inteiramente excepcional que o devedor não conhecia nem era obrigado a conhecer, ou de que *negligenciou êle de afastar ou de minorar o dano*.

Conforme os ensinamentos de Lopes (2013), tal disposição do Código Civil trata da mitigação sob o aspecto negativo. O autor explica, ainda que este § 254 prevê três hipóteses tratadas como corolário da culpa concorrente. A primeira trata-se da culpa concorrente propriamente dita, que ocorre “quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento de ambos” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 58).

A segunda hipótese “considera que há culpa do devedor em não ter avisado o credor da possibilidade de danos de extensão maior que a usual.” (LOPES, 2013, p. 57). E, por fim, a terceira cuida da mitigação quando aduz que tenha ocorrido negligência em afastar ou minorar o dano e, nesse particular, reside a evitabilidade sob o enfoque negativo.

Lopes (2013) ensina que, embora tratada em conjunto com a culpa concorrente, não é hipótese desta. Isso porque, como referido, a culpa concorrente exige que a vítima tenha contribuído para a ocorrência do evento danoso, enquanto a mitigação surge após a ocorrência deste, tanto na responsabilidade extracontratual, quanto no inadimplemento contratual. Todavia, o direito alemão atribui os mesmos efeitos à culpa concorrente e à evitabilidade.

1.4.2 Itália

No mesmo sentido da Alemanha, o Código Civil italiano prevê, de modo expresso, a mitigação junto com a culpa concorrente, no art. 1.227, com a seguinte redação:

Art. 1.227. Concurso de fato culposo do credor

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

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor teria podido evitar usando ordinária diligência. (LOPES, 2013, p. 64).

A doutrina e a jurisprudência italianas caminham no sentido de que o dispositivo traz duas situações distintas, atribuindo-lhes efeitos também distintos. Afirma-se que a primeira parte cuida da culpa concorrente propriamente dita, consubstanciada na situação em que a vítima intervém na produção do evento danoso e, como efeito, haverá a redução do ressarcimento. Redução esta que será arbitrada pelo juiz em um juízo discricionário, analisando o grau de culpa de cada parte.

A segunda hipótese diz respeito à situação em que o credor não tem participação na concretização do dano propriamente dito. Refere-se, todavia, às consequências posteriores na medida em que, utilizando de diligências razoáveis poderia ter evitado a majoração de seus prejuízos sem, no entanto, tê-lo realizado de fato. Tal postura tem o condão de interromper o nexo de causalidade em relação aos prejuízos que poderiam ter sido evitados. “Desta forma, a lei atribui uma consequência para essa segunda hipótese que é diferente daquela prevista para a primeira: o credor não poderá ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado.” (LOPES, 2013, p. 65).

A principal diferença, portanto, dada à evitabilidade entre o sistema jurídico alemão e

o italiano reside nos efeitos atribuídos em cada um desses países à postura do credor que não mitiga seus prejuízos. Enquanto o italiano impede que o credor recupere danos evitáveis, o alemão confere o “mesmo tratamento dado à culpa concorrente, ou seja, à avaliação discricionária do juiz com relação à contribuição dos atos de cada parte para a causação dos danos.” (LOPES, 2013, p. 65).

1.4.3 França

Neste país, não há previsão expressa ao dever de mitigar os prejuízos pelo credor.

Apesar disso, é possível identificá-lo como fundamento de alguns julgados, principalmente no que se refere às obrigações extracontratuais, uma vez que o Código Civil francês trata as obrigações extracontratuais e as contratuais em disposições separadas. No que se refere às primeiras, Lopes (2013, p. 72) comenta:

Portanto, existem alguns precedentes jurisprudenciais que podem ser interpretados sob a ótica da mitigação. Le Pautremat, entretanto, anota que esses casos são escassos, têm diferentes fundamentos legais e não revelam nenhuma preocupação do Judiciário francês em estabelecer um padrão de conduta relativamente à mitigação de um dano. Indubitavelmente, os fundamentos jurídicos usados para lidar com essas situações são diversos: ausência de nexo causal, culpa da vítima ou do credor, violação do princípio da boa-fé, consideração de que não se trata de dano direto. Tais recursos, embora existentes não significam o mesmo que se adotar a norma de mitigação.³

Quanto às obrigações contratuais, a França adota o princípio da reparação integral que permite ao credor escolher a forma como pretende exigir o cumprimento da prestação, podendo escolher, por exemplo, a execução *in natura*. Alega-se, com isso, que a adoção do dever de mitigar exigiria que o credor sempre realizasse uma operação substitutiva em relação à operação inadimplida. Ou seja, diante do não cumprimento do contrato, o credor teria que

³ 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 naquela situação e que o credor não poderia se beneficiar do que poderia ter evitado.

Algumas decisões, na França, se baseiam no princípio da reparação integral do dano e no disposto no art. 1.382 do Código Civil que dispõe que “qualquer fato de um homem, que causa ao outro um dano, obriga aquele em razão de cuja culpa os danos ocorreram a repará-lo. Observa-se, entretanto, que essas decisões se referem a casos de responsabilidade extracontratual. Embora a responsabilidade contratual e extracontratual guarde semelhanças, o Código Civil francês tem disposições separadas para tratar da indenização por ato ilícito e daquela por descumprimento contratual. Por isso, não se podem estender automaticamente os precedentes à responsabilidade contratual, embora as decisões possam representar uma tendência de recusa da doutrina da *evitabilidade* também na esfera contratual.” (LOPES, 2013, p. 72-73).

contratar outra pessoa com o intuito de substituir a obrigação originariamente contratada e, com isso, impedir que os prejuízos aumentem.

A exigência dessa postura, como é perceptível, praticamente inviabilizaria a possibilidade de execução *in natura*, da obrigação, situação que afrontaria a adoção do princípio da reparação integral e também o da força obrigatória dos contratos adotados pela França e, por conseguinte, impedindo a execução específica da obrigação.

2 Previsão na Convenção de Viena de 11 de Abril de 1980

A Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (Convenção de Viena) previu expressamente, em seu artigo 77, a possibilidade de mitigação dos prejuízos pelo credor⁴.

De acordo com o dispositivo convencional, é possível constatar que houve expressa adoção do dever de mitigação dos prejuízos pelo credor, no âmbito dos países signatários da Convenção de Viena. Além disso, o Brasil aderiu à referida Convenção através do Decreto Legislativo n. 538 de 2012, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 8.327 em 16 de outubro de 2014 e, a partir de então, entrou em vigor no país.

Nesse sentido, na celebração de contratos de compra e venda internacional de mercadorias, o Brasil possui regulamentação específica determinando a adoção da doutrina da evitabilidade. Tratando-se, todavia, de um documento internacional, sua interpretação deve ser feita de modo autônomo da legislação nacional. (SCALETSCKY, 2013).

Com o intuito de compatibilizar a adesão da Convenção de Viena por países com diferentes tradições jurídicas, quando houver o inadimplemento contratual, não há prevalência de uma forma de execução em detrimento de outra:

Assim, se o vendedor descumprir o contrato, o comprador poderá: (a) exigir execução específica da obrigação (art. 46); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (arts. 47 e 48); (c) declarar resolvido o contrato (art. 49); (d) ter direito a abatimento do preço, em caso de não conformidade (art. 50); (e) receber indenização pelas perdas e danos (arts. 74 a 77). Se o descumprimento for do comprador, o vendedor poderá: (a) exigir o pagamento do preço ou a execução específica de qualquer outra obrigação (art. 62); (b) exigir que o inadimplemento seja sanado (art. 63); (c) declarar resolvido o contrato (art. 64); (d) realizar qualquer especificação

⁴ O art. 77 da Convenção traz a seguinte redação: “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.”

que o comprador tenha deixado de fazer (art. 65), (e) receber indenização pelas perdas e danos. (arts. 74 a 77). (LOPES, 2013, p. 78-79).

Tal situação leva ao entendimento de que somente se a parte prejudicada escolher a resolução em perdas e danos será aplicada a ideia do dever de mitigar pelo credor. (LOPES, 2013).

O instituto, no referido documento, foi tratado de modo independente da culpa da vítima ou da culpa concorrente, característica que distancia o tratamento conferido pela convenção ao das legislações da Alemanha e da Itália, como se viu.

3 Fundamentos para aplicação do *Duty to Mitigate the Loss* no Brasil

3.1 Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva

As cláusulas gerais consubstanciam-se em “uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e as consequências (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 51).

Para a aplicação das cláusulas gerais, o método da subsunção em que o julgador constata a existência de uma situação fática aplicando-lhe um dispositivo legal sem a necessidade de uma função mais ativa, se mostra insuficiente. Por isso, a doutrina entende que o método a ser utilizado é o da integração (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Quando o ordenamento adota esses conceitos dotados de maior abstração diz-se que o sistema é aberto e, por conseguinte, o juiz possui maior discricionariedade para adaptar a resolução do caso concreto à norma abstratamente prevista, enquanto as normas de amplitude mais restrita, ao não permitir essa margem valorativa ao juiz, são tratadas como fechadas. (LOPES, 2013).

De acordo com o conceito de cláusula geral alhures referido, é possível perceber que seu uso desenfreado poderia desembocar em excessiva discricionariedade do juiz, permitindo-lhe juízos subjetivos e morais quando do julgamento de um caso concreto.

Todavia, essas cláusulas contém certa carga semântica que serve como limite à atuação do julgador. Nesse sentido, o juiz deve fundamentar suas decisões em dados concretos bem como em valores reconhecidos no meio social. Além disso, a reiteração de decisões diante de casos semelhantes, vão consolidando o entendimento e funcionando como

verdadeira orientação a ser seguida pelos demais julgadores que se depararem com situações parecidas, servindo como verdadeiro limite à atuação discricionária. (LOPES, 2013).

Neste contexto, surge a importância dos precedentes judiciais que, a partir de uma construção hermenêutica dos tribunais, em conjunto com a doutrina especializada, viabilizam, a partir do caso concreto, a possibilidade de se chegar ao núcleo essencial da norma, a qual contém a cláusula geral, ou seja, os fundamentos que viabilizam aquela orientação:

A ratiodecidenti – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. “A *ratiodecidenti* (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*ruleoflaw*). Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statementof material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*). (DIDIER Jr., 2014, p. 381).

A partir disso, é possível notar que há uma abertura no ordenamento jurídico nacional para a recepção da doutrina aqui estudada. Fradera (2004) afirma que a doutrina da evitabilidade, embora não possua previsão expressa na sistemática do direito civil brasileiro, pode ser considerada como um dever acessório, dever este derivado do princípio da boa-fé objetiva, que consagra uma cláusula geral. Tal ocorre porque, o Código Civil de 2002 (CC/02) adota uma ideia de cooperação nas relações negociais.

A partir dessa argumentação, a supradita autora propôs um enunciado, na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que previu a adoção da mitigação dos danos a partir do art. 422 do CC/02. Tal enunciado fora efetivamente aprovado, consagrando o princípio da boa-fé objetiva como seu fundamento.⁵

Para se chegar à conclusão de que a boa-fé objetiva é o fundamento adequado para sua aplicação no Brasil, faz-se uma análise repulsando possíveis outros fundamentos para, ao final, demonstrar o porquê dessa conclusão, como passamos a expor a partir de agora.

3.2 Inaplicabilidade do Abuso de Direito, causalidade *tout court*, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente e *venire contra factum proprium*.

O abuso de direito pode ser tomado sob o aspecto subjetivo ou objetivo. O primeiro se configura quando o titular do direito, intencionalmente, age com o intuito de prejudicar

⁵ O texto aprovado foi o seguinte: Enunciado n. 169 Art. 422: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

alguém. Tal situação não pode servir de fundamento para a aplicação da evitabilidade porque, em regra, quando o credor vê a obrigação sendo inadimplida, tende a buscar a reparação do dano sofrido e não, única e exclusivamente, prejudicar o devedor, embora possa haver situações em sentido diferente, a regra é que isso não aconteça. (LOPES, 2013).

Quanto ao aspecto objetivo, a maioria da doutrina entende que ele está consagrado no artigo 187 do CC/02⁶. O referido dispositivo consagra três hipóteses em que há o exercício abusivo do direito: “conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo (1) fim econômico ou social, (2) boa-fé ou (3) bons costumes.” (LOPES, 2013, p. 170).

Sobre o primeiro aspecto não é correto fundamentar a evitabilidade, porque o credor, quando busca a indenização em razão de um inadimplemento, o faz em razão de um prejuízo efetivamente ocorrido e, com isso, está justamente atuando de acordo com o fim econômico imposto pela norma e não contrário a ela. Quanto aos bons costumes, conforme referido no art. 187 do CC/02, segundo Mário Júlio de Almeida Costa (Apud, LOPES, 2013), trata-se de um conceito indeterminado que “traz limites impostos pelas ideias de moralidade e decoro social” (p. 170), sendo, por isso, incompatível com a norma de mitigação.

A boa-fé, por sua vez, possui uma significativa vagueza semântica trazendo, em si, as ideias de honestidade e lealdade na condução dos negócios. Com isso, há a exigência de uma atitude cooperativa entre os negociantes. Dentro da ideia de boa-fé, portanto, quando houver o inadimplemento obrigacional, incumbe ao credor agir cooperativamente de modo a diminuir seus prejuízos e, por isso, sob esse aspecto é possível se falar em fundamentação da evitabilidade.

Dessa forma, conclui-se que a teoria do abuso do direito, desde que tomada em seu aspecto objetivo e tendo sido desenvolvida a partir da boa-fé, pode ser tida como um dos fundamentos da norma de mitigação. (LOPES, 2013, p. 171).

Com isso, não se está referindo que há um fundamento a mais para a evitabilidade, visto que somente sob o enfoque da boa-fé é que se pode falar na fundamentação pelo abuso de direito, situação que apenas ratifica a ideia de que a boa-fé é a norma que ampara a recepção do instituto pela ordem jurídica nacional. Trata-se, portanto, a boa-fé objetiva de uma fundamentação comum ao abuso de direito e à evitabilidade.

Há, ainda, autores que entendem que a evitabilidade pode ser fundamentada no nexo de causalidade. Para eles, o instituto não seria fundamentado no art. 422 do CC/02 e sim no

⁶ 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.

art. 405 do mesmo Código. Com isso, somente os danos que fossem de consequência direta e imediata do inadimplemento serão passíveis de indenização. A título de exemplo é possível citar a situação em que uma pessoa compra algumas janelas e, sem saber que elas são defeituosas, as instala em sua residência. Por ocasião de uma forte tempestade, alguns móveis e obras de artes são danificados. Por evidente, o vendedor das janelas deverá indenizar o comprador tanto em relação aos móveis quanto em relação às obras de artes, isso porque “não se pode dizer que os danos foram *causados* pela omissão do credor em não os retirar ou em cobrir a janela com uma lona.” (LOPES, 2013, 177). Os danos efetivamente foram causados pelos defeitos na janela e, por isso, houve nexo de causalidade.

No entanto, se “o ordenamento jurídico estabelece a regra de que o credor deve empregar esforços razoáveis para evitar os prejuízos, sob pena de não os recuperar” (LOPES, 2013, p. 177), partindo-se do mesmo exemplo, deve-se questionar se, embora os danos tenham sido causados pelas janelas defeituosas, o credor poderia ter feito algo para interromper a cadeia de causalidade, caso a resposta seja afirmativa, o credor não fará jus à indenização a partir do momento em que poderia ter mitigado os prejuízos e não o fez.

Como se percebe a evitabilidade antecede o nexo causal, pois como demonstrado no exemplo acima, o credor poderia ter rompido a cadeia de causalidade, todavia, se não o fizesse, embora o nexo ainda persistisse a indenização não seria mais devida em razão da aplicação da evitabilidade. (PINHEIRO, 2012).

Quanto à culpa exclusiva da vítima e a culpa concorrente, poder-se-ia afirmar que o credor não deve ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado em razão de ser culpado por este evento. Desse modo, os danos seriam divididos em duas categorias: os inevitáveis, aos quais o devedor estaria obrigado a indenizar e os evitáveis aos quais o credor seria culpado por sua ocorrência. No entanto, tais afirmações não podem servir de fundamentação para a evitabilidade, porque a existência da culpa pressupõe a violação de uma norma. Diante disso, para considerar o credor culpado pela não mitigação dos prejuízos, é preciso que exista uma norma que estabeleça o dever de mitigar. Percebe-se, com isso, que a mitigação antecede à culpa e, nesse sentido, a culpa não pode ser fundamentada em algo que lhe é anterior. (LOPES, 2013).

Por fim, uma última possível fundamentação acerca da evitabilidade estaria na vedação ao comportamento contraditório, o que a doutrina chama de *venire contra factum proprium*, que se consubstancia na ocorrência de dois comportamentos diferentes, em si, lícitos, mas incompatíveis. “Ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique

determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.” (GAGLIANO e PANPLONA FILHO, 2013, p.118). Tal vedação é decorrência da justa expectativa que se cria na contraparte de que o titular de um direito agirá de tal forma, sendo desarrazoado que se comporte de modo diverso.

Transpondo esse conceito para a inevitabilidade o credor não evitaria os próprios danos, conduta lícita, visto que qualquer pessoa pode dispor de seu próprio patrimônio. No entanto, algum tempo depois, requer a indenização pelos prejuízos, o que também é uma conduta lícita. Todavia, “pedir indenização por danos que poderiam ter sido evitados seria uma atitude contraditória ao ato de deixar que os prejuízos evitáveis ocorressem. Assim o credor ficaria impedido de exercer seu direito à indenização.” (LOPES, 2013, p. 181).

O *duty to mitigate the loss*, no entanto, não pode ser fundamentado nesse sentido, porque é necessária a existência da regra de mitigação para que se considere o comportamento de não evitar a majoração dos prejuízos e o pedido de indenização contraditórios entre si. Por isso, tratam-se de conceitos distintos. (LOPES, 2013).

3.3 A Questão da Reparação Integral do Dano

Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda (1971, p. 43): “O que há de indenizar é todo o dano. Por ‘todo o dano’ se há de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido; portanto, tudo que o ofendido sofreu pelo fato que o sistema jurídico liga ao ofensor”.

A regra da reparação integral encontra expressa previsão no art. 944 do CC/02⁷. Todavia, tal regra não tem caráter absoluto, como explica Lopes (2013, p. 184):

a norma contida no *caput* do art. 944 do Código Civil atual, além de ser excepcionada pelo seu parágrafo único, deve ser aplicada em conjunto com as demais normas e princípios inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, dentre os quais o da boa-fé objetiva. Esta impõe, conforme anteriormente visto, que o devedor não tenha que indenizar o credor pelos danos que esse poderia ter evitado com esforços razoáveis. Há, portanto, um aparente conflito entre essas duas normas: a reparação integral do dano e a boa-fé objetiva.

A regra da mitigação está fundamentada no dever de cooperação entre as partes contratantes e, ao mesmo tempo em que busca fomentar tal dever, leva em consideração o

⁷ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

caráter não absoluto da reparação integral, por isso, deve prevalecer a boa-fé como fundamento à mitigação. (LOPES, 2013).

3.4 Boa-Fé Objetiva como Fundamento do *Duty to Mitigate the Loss*

A boa-fé objetiva distingue-se da subjetiva. Nesta “o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio.” (VENOSA, 2010, p. 387).

Na boa-fé objetiva, que encontra previsão expressa no art. 422 do CC/02, por sua vez:

O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa-fé objetiva se traduz de forma mais perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos. (VENOSA, 2010, p. 387).

Inserir-se a boa-fé objetiva no conceito de cláusula geral alhures exposto e, em observância às considerações lá traçadas. Além disso, ela possui função integradora do direito ao passo em que exige que as partes ajam de forma considerada correta no meio social. (LOPES, 2013).

Como decorrência da boa-fé objetiva há uma série de deveres anexos, dentre os quais se inclui o de cooperação entre as partes. Diante de tal circunstância “credor e devedor não ocupam mais posições de antagonismo.” (LOPES, 2013, p. 159).

Lopes (2013, p. 161) propõe alguns questionamentos:

Em outros termos, diante do inadimplemento de uma obrigação, o credor poderá sofrer prejuízos, alguns dos quais poderão ser evitados por esse mesmo credor com o emprego de esforços razoáveis. Qual seria a conduta correta e leal que se esperaria de um homem probo? Qual a conduta que se esperaria do indivíduo imbuído do espírito de cooperação? Diante das duas opções disponíveis – deixar que o prejuízo ocorra ou evitar que aconteça – a resposta será necessariamente a segunda.

Tais questionamentos levam à conclusão de que o dever de mitigação está diretamente relacionado ao conceito de boa-fé objetiva acima referido. Além disso, a adoção do dever de mitigação concretiza a cooperação no sentido de que as partes são instadas a minorar seus prejuízos, sob pena de não serem indenizadas na parte que poderiam ter sido evitados. Por isso, “serão os próprios incentivos econômicos decorrentes da inserção da norma de mitigação que induzirão naturalmente as partes a cooperar.” (LOPES, 2013, p. 162).

Considerações Finais

A partir dos dados levantados, é possível concluir que a doutrina do *duty to mitigate the loss* encontra amparo no ordenamento jurídico tanto de países filiados ao sistema da *common law*, nesse caso como decorrência do próprio sistema; quanto nos países de tradição romano-germânica, tendo diversos fundamentos para sua aplicação.

Além disso, a Convenção de Viena de 11 de abril de 1980 previu, expressamente, o dever de mitigar, sendo que a previsão neste instrumento normativo de caráter internacional se dá de modo a se compatibilizar com diferentes sistemas jurídicos dos países signatários.

No Brasil, embora existam algumas divergências quanto ao fundamento que permite a aplicação da doutrina, tem-se que o mais adequado é a recepção a partir da cláusula geral da boa-fé objetiva, consagrada no art. 422 do CC/02, principalmente sob o aspecto da cooperação que norteia as relações negociais. Nesse sentido, é o enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil que confirma a possibilidade.

Diretamente relacionado à recepção do instituto está a abertura conferida pela adoção das cláusulas gerais que viabilizam uma maior margem de discricionariedade ao magistrado no momento da decisão, de modo a permitir-lhe que se busque a melhor solução para o caso concreto. Todavia, é preciso limitar a discricionariedade que o excesso de princípios e cláusulas gerais podem conferir ao julgador.

Referências

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, a. 12, abr./jun. 2011. P. 93.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 19 (julho/setembro), 2004, pp. 109-119.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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: 08 de Out. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. **A interpretação do duty to mitigate the loss na convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e a sua recepção pelo direito civil brasileiro**. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/42881/28210>>. Acesso em: 04 de Out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3>>. Acesso em: 20 Set. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.