

O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Felipe Martins Antunes¹

RESUMO

Partindo de uma concepção contemporânea da relação obrigacional, vista como um processo aditivado pelo polivalente princípio da boa-fé objetiva, o conceito de adimplemento se alargou, sendo necessário para a sua configuração o cumprimento dos deveres principais em conjunto com os deveres acessórios. O descumprimento dos primeiros gera o inadimplemento propriamente dito, ao passo que a inobservância dos segundos ocasionará a chamada violação positiva do contrato. A imposição ao devedor, no direito das obrigações, de indenizar os prejuízos causados pelo inadimplemento é tradicional, que perdura por séculos de evolução civilística. Desta feita, o presente artigo busca questionar se o devedor também fica obrigado a reparar os prejuízos que o credor poderia, por meio de esforços razoáveis, ter evitado. Para tanto, é realizada uma análise à luz dos direitos dos países da *common law*, e de alguns países adotantes da *civil law*, até chegar em um possível fundamento de recepção no direito pátrio da questão da mitigação dos prejuízos pelo credor. Por fim, a própria elevação do princípio da cooperação como valor fundamental do direito contratual, somado com a cláusula geral de boa-fé e a vedação ao abuso do direito, levam a uma conclusão inevitável, a qual o *duty to mitigate* se insere com premente aplicação no direito civil brasileiro.

Palavras chaves: Inadimplemento, deveres acessórios, obrigação como processo, abuso do direito, dever de mitigar e boa-fé objetiva.

Sumário: Introdução 1 O *duty to mitigate the loss*; 1.1 Introdução; 1.2 O *Duty to mitigate the loss* na *common law*; 1.3 O *Duty to mitigate the loss* na *civil law*; 1.3.1 Direito germânico; 1.3.2 Direito italiano; 1.3.3 Direito francês; 1.3.4 Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias; 2 Recepção do *duty to mitigate the loss*: possibilidades?; 2.1 Introdução; 2.2 Os fundamentos jurídicos de recepção; 2.2.1 Deveres secundários decorrentes da boa-fé objetiva; 2.2.2 O abuso do direito; 2.2.3 *Venire contra factum proprium*; 3 A aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro; 3.1 Introdução; 3.2 Consequências jurídicas; 3.3 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro: Estudo de casos; 3.3.1 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro; 3.3.2 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no Superior Tribunal de Justiça; Considerações Finais

¹ Pesquisador. Pós-graduando em Direito Privado pela Universidade Federal Fluminense.

INTRODUÇÃO

O direito civil brasileiro, pós-1988, influenciado pela doutrina italiana, sofreu considerável modificação dogmática, passando a não mais ser visto como a “Constituição do homem comum”, caminhando de mãos dadas à legalidade constitucional.

Essa nova perspectiva também alcançou o direito obrigacional, traçando contornos diferentes daqueles desenvolvidos pela doutrina tradicional. Com efeito, surgiram variados modos de proceder no curso da relação obrigacional, dentre eles ascende à figura do *duty to mitigate the loss*, questionando a responsabilidade do devedor quanto aos prejuízos que poderiam ser evitados pelo credor mediante esforços razoáveis.

Para se ter uma compreensão completa da figura do *duty to mitigate the loss* ou da *Teoria dos prejuízos evitáveis*, de origem anglo-saxônica, é necessário ter em vista a concepção de obrigação como um processo dinâmico, cuja cooperação se apresenta como peça fundamental neste modelo onde a boa-fé objetiva foi erigida como princípio norteador das relações jurídico-obrigacionais.

Assentada as bases necessárias para o desenvolvimento do tema, será analisado se o *duty to mitigate the loss* foi ou pode ser recepcionado no direito brasileiro, verificando se a sua inserção no direito pátrio pode ser absorvida por via dos deveres de conduta ou do abuso do direito.

1. O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

1.1 Introdução

Na responsabilidade civil contratual, ante o inadimplemento, impõe-se ao devedor o dever de indenizar os prejuízos ao credor, no rigor do art. 389 do Código Civil de 2002. Neste ponto, a teoria do *duty to mitigate the loss* questiona se o devedor é responsável inclusive pelo prejuízo que poderia ter sido evitado pelo credor mediante esforço razoável.

O dever de mitigar tem seu nascedouro no direito anglo-saxão, de onde se estendeu para os sistemas continentais². Portanto, o dever de mitigar recebeu maior tratamento nos países adeptos da *common law*, tendo neles aplicação ampla e tradicional, servindo como um dos critérios a ser observado para fixação da indenização devida ao credor.

Nos sistemas da *common law* e no da *civil law*, as consequências jurídicas do inadimplemento recebem contornos distintos. De um modo geral, os países adeptos da *civil law* preferem a execução específica da obrigação, utilizando-se da resolução da obrigação em perdas e danos apenas em casos excepcionais, isto é, quando não for possível a realização da prestação pactuada ou se assim preferir o credor. Diversamente, na *common law* há uma predileção pelo ressarcimento dos danos oriundos do inadimplemento, cabendo a execução específica apenas excepcionalmente quando a reparação por perdas e danos não parecer adequada.³

Neste sentido, na *common law*, “a reparação das perdas e danos suportadas pelo credor comporta três limitações: imprevisibilidade, incerteza e ‘evitabilidade’”⁴⁻⁵. À guisa de esclarecimento, a *imprevisibilidade* trata da não reparação pelos danos previsíveis, no momento da celebração do contrato, como provável resultado do inadimplemento.⁶ Já pela “limitação de incerteza, não serão reparados os danos que não possam ser determinados pelas provas com razoável certeza”.⁷ Por fim, a limitação à reparação das perdas e danos chamada

² FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, jul. 2004. p. 112.

³ LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutorado), 2011. p. 17.

⁴ Ibid. p.19.

⁵ Quanto à palavra “evitabilidade”, para LOPES, trata-se de um neologismo que traduz *avoidability*, que, segundo o autor, também parece ser um neologismo em língua inglesa. A palavra será usada em itálico no presente trabalho para indicar a existência do neologismo, assim como feito pelo referido autor. Cf. LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit.

⁶ Ibid. p. 19.

⁷ Loc. cit.

de *evitabilidade* está ligada ao dever de mitigar (*duty to mitigate*) ou “doutrina dos danos evitáveis”⁸. É sobre essa terceira limitação que trabalharemos.

1.2 O *duty to mitigate* na *common law*

De acordo com a chamada limitação de *evitabilidade*, o dever de mitigar impõe que “o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias.”⁹

FLUMIGNAN, baseado nas lições de FARNSWORTH, assevera:

O escopo da regra no sistema da *common law* é bastante claro: busca-se evitar o desperdício de recursos econômicos pela inércia do credor quando possível o afastamento do dano mediante esforço razoável. Diante da escassez, os recursos representam um valor social relevante que deve ser preservado.¹⁰

Assim, o dever de mitigar traz duas situações quanto à indenização. De um lado, “limita o direito do credor prejudicado de ser indenizado por danos que poderiam ser evitados”¹¹ e, por outro lado, permite o ressarcimento do credor pelos custos e despesas que dispendeu com os esforços de mitigação.

Como assevera BOOTH, o fato do credor não ter violado o contrato é irrelevante, o foco é integralmente voltado aos danos que poderiam ter sido evitados por meio de um esforço razoável.¹²

Segundo LOPES, o dever de mitigar é bastante consolidado na *common law*, sendo inquestionável sua aplicação no direito contratual inglês e norte-americano. “Porém, suas origens não são muito claras, tendo sido gradualmente desenvolvida pelos tribunais”.¹³

⁸ Ibid. p. 19-20.

⁹ Ibid. p. 20.

¹⁰ FLUMIGNAN, José Silvano. *O dever de mitigar o próprio prejuízo (Duty to mitigate the loss) e a responsabilidade civil do estado*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, XXXVIII, 2012, Foz do Iguaçu. Disponível em <http://www.congressoanapefoz.com.br/teses/45_tese_congresso%20de%20procuradores%20%20artigo.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2012 *apud* FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. 3ª ed. New York: Aspen Law, 1999. pp. 806-807.

¹¹ Ibid. p. 50.

¹² BOOTH, Wyatt. *Vandeventer Black LLP: The Duty to Mitigate Damages “But I Didn’t Do Anything Wrong!”* disponível em <www.lexisnexis.com/community/realestatelaw/blogs/realestatelawblog/archive/2012/10/03/the-duty-to-mitigate-damages-but-i-didn-t-do-anything-wrong.aspx> Acesso em 23.10.2012.

¹³ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 21.

Dessa maneira, inicialmente, os tribunais começaram a reconhecer, como leciona LOPES:

(...) o direito do credor, prejudicado pelo inadimplemento, de substituir o devedor por um terceiro a fim de receber prestação equivalente àquela devida, mantendo o direito de indenizar-se junto ao devedor inadimplente. A partir daí, devedores levaram aos tribunais o pedido de que se descontasse da indenização os danos que o credor, por meio de sua diligência, tivesse conseguido evitar.¹⁴

Com isso, os tribunais firmaram o primeiro aspecto da mitigação – positivo –, isto é, “o dano efetivamente reduzido pelo credor passou a não ser incluído na indenização devida pelo devedor”.¹⁵ Tal faculdade do credor, gradativamente, passou a tornar-se uma limitação, cuja consequência foi a não inclusão, na indenização, dos prejuízos que poderiam ter sido evitados se o credor tivesse agido diligentemente no sentido de evitar o agravamento do prejuízo. Nesse contexto surgiu o segundo aspecto da mitigação – negativo –, ou seja, a possibilidade de ter excluídas da indenização as perdas e danos que o credor poderia ter evitado com o emprego de esforços ou despesas razoáveis.¹⁶

Para facilitar o entendimento, visualizemos um caso hipotético. Imaginemos que determinada loja entregou telhas defeituosas que deixaram parte da casa onde foram empregadas exposta a eventual chuva. Imaginemos que o comprador das telhas, sabendo do defeito, cobriu aquela parte da casa evitando a entrada de água e de eventuais prejuízos. Aqui, através de um comportamento positivo, o credor evitou o agravamento do prejuízo, ou seja, houve a mitigação em seu aspecto positivo.

Agora, no mesmo caso, imagine se o comprador, intencionalmente, se quedasse inerte, vale dizer, o comprador sabia do defeito e nada fez para resolver a situação. Com a eventual chuva, os prejuízos imobiliários causados por ele deverão ser excluídos da indenização, visto que, neste caso, o credor poderia ter evitado o agravamento da situação mediante esforço ou despesa razoáveis. Aqui, houve um comportamento negativo do comprador, em outras palavras, o credor não evitou o agravamento dos danos, configurando o aspecto negativo do dever de mitigar.

Em suma, os tribunais adotaram como paradigma para aplicação do dever de mitigar dois comportamentos por parte do credor: um positivo e um negativo.

¹⁴ Ibid. p. 22.

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ Ibid. p. 27.

LOPES, baseado nas lições de FARNSWORTH, assevera que o dever de mitigar, mesmo em seu aspecto negativo, teve sua origem no final do século XVII em um caso inglês conhecido como *Vertue v. Bird*, julgado em 1677. No caso,

o requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-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 pelas perdas 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.¹⁷

Ademais, não é pacífico entre os doutrinadores da *common law*, embora seja unanime sua aceitação, o fundamento jurídico do dever de mitigar.¹⁸

Contudo, para os doutrinadores da *common law*, não faz sentido buscar fundamento para a doutrina dos danos evitáveis. O que importa, de fato, é a sua boa acolhida pelos tribunais, sendo mais produtivo debater suas consequências e formas de aplicação.¹⁹

1.3 O *duty to mitigate the loss* na *civil law*

A noção do dever de mitigar desenvolvida no direito anglo-saxão com o tempo foi se incorporando nos sistemas de tradição romano-germânica.

Como vimos, diante de um inadimplemento contratual, os sistemas da *common law* e da *civil law* adotam soluções distintas quanto à reparação dos danos. A questão é: por privilegiar a busca da execução específica da obrigação descumprida, ou seja, o cumprimento da prestação, os países de *civil law* teriam por reduzido o campo de incidência da teoria dos danos evitáveis?

MUIR-WATT, citado por LOPES, assevera que há sim uma significativa redução no âmbito de incidência do dever do credor de mitigar seus prejuízos, visto que, com o

¹⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 22 *apud* FARNSWORTH, E. Allan. *Farnsworth on contracts*. v. 3. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004, p. 229.

¹⁸ Loc. cit.

¹⁹ Ibid. p. 23.

cumprimento da prestação não há lugar para a ocorrência de danos, salvo aqueles decorrentes da mora.²⁰

Todavia, os países de *civil law* conhecem e aplicam a teoria dos danos evitáveis, embora de forma diversa dos países da *common law*.

Deste modo, nos países de tradição romano-germânica

a mitigação aparece como mera aplicação do conceito de culpa ou de causalidade. Diz-se que o credor que não mitiga os danos é culpado por eles, aplicando-se, assim, a doutrina da culpa concorrente (...) ademais, diz-se que aqueles danos não foram causados pelo inadimplemento do devedor, mas pela falta do credor em evita-los (...)²¹

Assim, nos países de tradição romano-germânica, a recepção desta teoria deu-se de maneira desigual e assistemática, pois alguns ordenamentos a utilizaram assiduamente tendo, inclusive, positivado expressamente a matéria, enquanto noutros a matéria foi tratada de forma precária.²²⁻²³

Neste diapasão, abordaremos de forma breve como os países adotantes do sistema jurídico da *civil law* abordaram o tema, especificamente, a Alemanha, Itália, França e a convenção internacional de Viena de 1980²⁴, sobre venda internacional de mercadorias.

A análise será baseada nos dois comportamentos já tratados, repise-se, no aspecto positivo e negativo do dever de mitigar.

1.3.1 Direito Germânico

No direito alemão, o aspecto positivo era tratado com base na mera liquidação do dano e do efetivo prejuízo. Ao passo que o aspecto negativo fundava-se na noção de culpa concorrente:²⁵ Nestes termos:

§ 254
Culpa concorrente

²⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 53 *apud* MUIR-WATT, Horatia. La moderation des dommages en droit anglo-américain. *Petites Affiches*, Paris, v. 232, nov. 2002, p. 46-47.

²¹ Ibid. p. 54.

²² FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 112.

²³ Dentre os países que positivaram a teoria dos danos evitáveis, podemos citar a Alemanha e a Itália. Já de outro lado, não tratando expressamente da matéria, podemos citar a França.

²⁴ Ao longo do trabalho usaremos a sigla *CISG* (United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods – 1980) para se referir a esta convenção.

²⁵ FLUMIGNAN, José Silvano. Op. cit. p. 3.

(1) Quando a culpa da pessoa prejudicada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos e a extensão da compensação a ser paga dependem das circunstâncias, em particular, de qual extensão do dano é causada preponderantemente por uma ou pela outra parte.

(2) Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se restringe a falhar em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reproduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações²⁶.

Desta forma, percebe-se que o *duty to mitigate* no direito alemão está inserido na culpa concorrente o que não nos parece adequado, embora a mitigação deva ser tratada em conjunto com a culpa.²⁷ A título de esclarecimento, a culpa concorrente existe quando a vítima contribui para a ocorrência do dano, ou seja, o dano tem mais de uma causa sendo pelo menos uma delas atribuível à culpa da própria vítima. Vale dizer, “constata-se nítida aplicação da causalidade concorrente para o dano”²⁸. Ao contrário, o *duty to mitigate* surge após o prejuízo ou o inadimplemento enquanto àquela pode ser concomitante ou anterior ao dano, mas nunca posterior²⁹.

Em suma, o direito alemão equipara a culpa concorrente ao dever de mitigar da forma que tratamos neste artigo, atribuindo às duas hipóteses o mesmo efeito.

1.3.2 Direito italiano

No mesmo sentido do direito alemão, o Código Civil italiano também inseriu o *duty to mitigate* em conjunto com a culpa concorrente:

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 (2.056 e seguintes).³⁰

Todavia, embora a matéria estar prevista em um artigo que trataria da culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência italianas têm construído entendimento diverso.

²⁶ Traduzido por LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 55.

²⁷ FLUMIGNAN, José Silvano. Op. cit.

²⁸ Loc. cit.

²⁹ Loc. cit.

³⁰ Traduzido por LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 55.

Entende-se que o referido artigo trata de duas hipóteses distintas: No primeiro parágrafo, há a disciplina da culpa concorrente, onde o ato culposo do credor intervém para a produção do evento danoso. De outro lado, no segundo parágrafo, pressupõe-se que o comportamento do credor tenha sido a única causa eficiente para o agravamento do dano.³¹

“Nesse ponto, portanto, o direito italiano se distancia do alemão”,³² guardando maior semelhança com a “doutrina dos danos evitáveis” tal como foi desenvolvida nos países de tradição anglo-saxã.

1.3.3 Direito Francês

Embora o tema já ter sido objeto de debate pela doutrina francesa, o Código Civil francês nada trouxe a respeito da “doutrina dos danos evitáveis”. Com efeito, o desenvolvimento prático do tema restou prejudicado, sobretudo pela tradição dos magistrados em fundamentarem suas decisões com base nos dispositivos legais³³.

Não obstante, a doutrina começou a verificar a tendência dos tribunais em aplicar as consequências do *duty to mitigate*, em algumas decisões, com base em outros argumentos.³⁴

A título de elucidação, vale citar “o caso Bailleux c. Jarety, onde o locador permaneceu durante 11 anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer seu direito, com fundamento na proibição do *venire contra factum proprium*”³⁵.

No caso, os tribunais franceses utilizaram um conceito derivado da boa-fé objetiva para fundamentar o *duty to mitigate*, qual seja, o *venire contra factum proprium*.³⁶

Ademais, além da boa-fé, como assevera FRADERA, os tribunais franceses vêm encontrando na teoria do abuso do direito outra maneira para solucionar a questão do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo.³⁷

1.3.4 Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias

³¹ Ibid. p. 62.

³² Loc. cit.

³³ FLUMIGNAN, José Silvano. Op. cit. p. 5.

³⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 67

³⁵ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 115.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ Loc. cit.

A CISG (ou convenção de Viena) tem por objetivo a instituição de normas uniformes aplicáveis às operações de compra e venda internacional de mercadorias.

Por oportuno, a referida convenção serviu, inclusive, como fonte de inspiração para o desenvolvimento do tema no Brasil, através da professora Véra Maria Jacob de Fradera.³⁸

Foi em seu art. 77 que a CISG tratou do dever de mitigar, *in verbis*:

Art. 77

A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.³⁹

Como alerta FRADERA, chama maior atenção o fato do artigo 77 estar situado no capítulo V da CISG, intitulado “Disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador”.⁴⁰

Sendo assim, tendo em vista que, em tese, a norma de mitigação não afronta à ordem jurídica de nenhum país, foi, no cenário internacional, amplamente aceita, sendo aplicada em arbitragem internacional e referida como parte da *lex mercatoria*.⁴¹

Destaca-se, como bem explicita LOPES, que “a mitigação foi tratada de maneira independente da culpa da vítima ou da culpa concorrente”⁴², distanciando-se, portanto, da forma como o tema foi tratado pelas codificações alemã e italiana.

Nesse sentido, o art. 77 da CISG passou a ser visto como “uma expressão do princípio geral de boa-fé no comércio internacional”⁴³.

³⁸ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 119.

³⁹ Traduzido por LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 76.

⁴⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 110.

⁴¹ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 76.

⁴² Loc. cit.

⁴³ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 77.

2. A RECEPÇÃO DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE?

2.1 Introdução

Em linhas gerais, verificamos a ampla aceitação da figura do *duty to mitigate the loss* nos países da *common law*, onde a teoria surgiu e foi desenvolvida a partir de casos concretos, sem grandes preocupações com sua fundamentação jurídica.

Além disso, verificamos a sua aplicação nos países de tradição romano-germânica, neste caso, mesmo quando a lei trouxe regra específica sobre a matéria os doutrinadores buscaram perquirir a fundamentação jurídica que a figura assumiria no seio dos ordenamentos jurídicos locais. Nesse sentido, as possibilidades de fundamento trazidas pelos autores de variados países, em suma, foram: “imprevisibilidade dos danos, ausência de causalidade, dano indireto, a culpa concorrente, o fato ou culpa do credor, a violação ao dever de boa-fé, o abuso de direito e *venire contra factum proprium*”⁴⁴.

No Brasil, embora o dever de mitigar ter sido amplamente debatido e adotado em diversos países e instrumentos internacionais, inclusive pelos seguidores da *civil law*, o Código Civil de 2002 nada trouxe a seu respeito.⁴⁵ Assim,

No que se refere à apuração do *quantum* da indenização apenas consagrou a reparabilidade do dano moral, já amplamente aceita na doutrina e pela jurisprudência, e criou a possibilidade de redução da indenização pela desproporção com o grau de culpa do agente, afastando-se da concepção tradicional do direito civil de que a indenização tem por objetivo reparar o dano e não punir o agente por sua culpa. Da mesma forma, não é possível identificar a norma da *evitabilidade* em outros dispositivos normativos nacionais.⁴⁶

Pelo o exposto, seria possível a recepção, no direito brasileiro, do dever de mitigar em matéria contratual, ainda que de forma implícita?

⁴⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 128.

⁴⁵ Embora nos pareça que há uma norma de mitigação positivada no Código Civil para o contrato de seguro, *in verbis*:

Art. 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências.

Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro.

⁴⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 129.

FRADERA foi a primeira a responder tal indagação consignando o seguinte entendimento:

Acreditamos ser possível esta recepção. Antes, porém, necessitamos realizar uma série de indagações, para chegar ao fundamento desta, por ora, apenas mera probabilidade de acolhimento do conceito pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática do foro, com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda. (...)

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, *todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação*. (...)

Outro aspecto a ser destacado é o da posituação do princípio da boa fé objetiva [*sic*], no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbências das partes, no caso, as do credor.⁴⁷

Neste diapasão, FRADERA propôs na III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, com base no art. 422 do Código Civil, a edição de enunciado sobre o tema, vindo a ser aprovado, *in verbis*:

Enunciado nº 169

Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Com a ampliação do debate, em sede jurisprudencial, o *duty to mitigate* passou a ser, cada dia mais, aplicado pelos tribunais brasileiros, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, além dos tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.⁴⁸

De tal sorte, o tema passou a receber um grande assento para discussão. As divergências levantadas acerca dos possíveis fundamentos jurídicos de recepção, se por meio de dever acessório ou abuso do direito, constitui objeto cerne deste trabalho, passando a ser tratado a partir de agora com pormenor.

⁴⁷ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?, cit., p. 110-116.

⁴⁸ 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 da UNIFACS*, Salvador, n. 139, jan. 2012. p. 5.

2.2 Os fundamentos jurídicos de recepção

Neste momento, é bom repisar que a tendência dos ordenamentos jurídicos em adotarem os sistemas abertos, através das chamadas cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, decorre da óbvia constatação de que a lei, por si só, é insuficiente para regular, de forma precisa, todos os atos oriundos da vida civil.

Assim, o elevado grau de vagueza semântica permite o diálogo do sistema jurídico com padrões valorativos que se situam dentro ou fora dele.⁴⁹ Além disso, com a mínima precisão semântica, o legislador torna a norma mais maleável dando ao juiz maior subjetividade, liberdade e discricionariedade na aplicação do direito no caso concreto, o que equivale dizer que o juiz passou a ter função criadora do ordenamento jurídico, deixando de ser mero aplicador da letra fria da lei.

Nestes termos, fica clara a aproximação do papel desempenhado pelos juízes da *civil law* com as funções exercidas pelos magistrados dos países da *common law*.⁵⁰

De tal forma, a busca dos fundamentos do dever de mitigar, no direito pátrio, deve passar pela adequada compreensão da importância do sistema aberto na dogmática contemporânea do direito civil. Em especial, a cláusula geral da boa-fé objetiva representa um ponto cardeal no auxílio da resolução da questão concernente ao dever do credor de mitigar o próprio prejuízo.

Feito o adendo, passaremos aos fundamentos defendidos pela doutrina nacional.

2.2.1 Deveres secundários decorrentes da boa-fé objetiva

Sem dúvidas, o principal fundamento de recepção do *duty to mitigate the loss* defendido pela doutrina brasileira é o de dever acessório.⁵¹

A concepção contemporânea de obrigação é aquela desenvolvida, no Brasil, por Clóvis do Couto e Silva, onde a cooperação e a lealdade⁵² são de observância obrigatória no

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 325.

⁵⁰ Ibid. p. 292.

⁵¹ Cf. TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv/secoes/artigos/tartuce_duty.doc>. Acessado em: 10 de out. 2012; PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extra-contratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. In: *Revista EMERJ*. v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: EMERJ, 2008. p. 135-138; DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, 2009, n. 171, p. 35-48; GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 49-50.

⁵² Conceitos oriundos da boa-fé objetiva.

decorrer da existência da relação jurídica. O *duty to mitigate*, portanto, “é encarado como uma concretização desta noção de cooperação, uma vez que impõe a uma das partes conduta voltada a evitar a oneração da prestação da outra.”⁵³

Assim, sob esta perspectiva, com base no art. 422, o *duty to mitigate*, no direito brasileiro, seria nada mais do que um dever acessório de mitigar a própria perda.

2.2.2 Abuso do direito

Outro possível fundamento de recepção trabalhado pela doutrina é, justamente, o abuso do direito e o *venire contra factum proprium*.

De tal sorte, levando em consideração que o *venire contra factum proprium* é apenas uma espécie característica do abuso do direito, não nos parece adequada a sua inclusão como possível fundamento, constituindo o dever de mitigar outra situação de abuso do direito, diferente das hipóteses de incidência do *venire*.⁵⁴

Neste sentido é o entendimento de FARIAS e ROSENVALD⁵⁵, visto que enquadram o *duty to mitigate* ao lado de regulações típicas do abuso do direito (como o próprio *venire*, o *tu quoque*, *supressio* e *surrectio*), ou seja, como uma modalidade autônoma de abuso do direito.⁵⁶ Segundo afirmam, é imposta ao credor, para não agravar seu próprio prejuízo, a atuação de acordo com o dever secundário de cooperação e lealdade, pois, agindo de forma contrária, e conseqüentemente agravando a situação do devedor, haverá abuso do direito.⁵⁷

Não obstante, parte da doutrina vem se manifestando contra a possibilidade do próprio abuso do direito atuar como fundamento de recepção. Segundo PIRES, “a existência de um dever (acessório) de mitigar o próprio prejuízo é, em alguma medida, contraditória com a noção de abuso do direito.”⁵⁸ Complementando o raciocínio, LOPES, discorrendo sobre a falsa percepção do abuso de direito como possível fundamento de recepção assevera:

O fundamento da mitigação dos danos não pode ser encontrado na **concepção subjetiva do abuso do direito**, salvo em situações excepcionais. Com efeito, na maioria dos casos, o credor não pretende exercer seu direito à indenização com a finalidade exclusiva ou preponderante de causar prejuízo ao devedor. O objetivo do credor, ao exercer seu direito, é obter a reparação por danos que efetivamente sofreu em seu patrimônio. Ora, o devedor

⁵³ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. p. 26.

⁵⁴ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. p. 30.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos*, cit., p. 188-199.

⁵⁶ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. p. 31.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos*, cit., p. 180.

⁵⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. p. 31.

inadimpliu e tal fato realmente causou prejuízos ao credor. Portanto, a finalidade deste é restaurar o seu patrimônio. (...) (grifo nosso)⁵⁹.

No que toca ao **aspecto objetivo do abuso do direito**, o que para nós guarda maior interesse, há de se relembrar as hipóteses de exercício abusivo, previstas no art. 187, conforme o agente exceda manifestamente os limites impostos pelo: **fim econômico ou social; bons costumes; ou boa-fé**.

Na primeira hipótese, “o ordenamento jurídico explicita que o direito tem finalidades que transcendem a mera satisfação de interesses de seu titular”⁶⁰, devendo, assim, a conduta dos sujeitos ser pautada nos limites de seu fim econômico ou social. Portanto, não há como associar a violação dos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito ao dever de mitigar, visto que, como exposto acima, o credor poderá exercer seu direito à indenização por um dano que efetivamente ocorreu e que foi causado pelo inadimplemento do devedor. Por isso mesmo, o direito à indenização está de acordo com o próprio fim econômico e social do direito, que é a promoção da restauração do patrimônio do credor.⁶¹

Quanto à segunda hipótese, o legislador trouxe o conceito indeterminado de bons costumes, entendido comumente pela doutrina como conjunto de regras de convivência, não sendo, portanto, uma base contundente para fundamentar o dever de mitigar.

Por fim, a terceira hipótese diz respeito à boa-fé. Neste ponto, os doutrinadores brasileiros que trataram do tema são quase unânimes⁶² quanto à possibilidade de aceitação do abuso de direito como fundamento, especificamente, nessa terceira hipótese. Aqui, vale transcrever a elucidativa lição de LOPES:

(...) Agir com boa-fé implica, no direito das obrigações, atitude cooperativa entre credor e devedor. Portanto, exerce abusivamente o direito à indenização o credor que pretende ser indenizado apesar de não ter agido conforme a boa-fé, ou seja, que não agiu de forma cooperativa para evitar a ocorrência dos danos pelo emprego de esforços razoáveis. Diante do inadimplemento de uma obrigação, a boa-fé impõe que o credor colabore com o devedor e evite danos ao seu próprio patrimônio, de forma a evitar desperdício de recursos econômica e socialmente relevantes. Havendo possibilidade de evitar o prejuízo por meio de esforços razoáveis, a conduta socialmente esperada do homem probo é que aja de forma a que tais danos

⁵⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 157.

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ Loc. cit.

⁶² Nos parece que PIRES é contrário a essa posição. Além disso, Lopes entende que a teoria do abuso do direito, ainda nesta terceira hipótese, não deve ser vista como fundamento para o dever de mitigar, mas apenas como ratificação da conclusão que se chegou, qual seja, a de que o dever de mitigar tem fundamento no princípio da boa-fé. Cf. DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. e LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit.

não ocorram. Se, no entanto, o credor viola tal norma imposta pela boa-fé e posteriormente pretende obter reparação pelos danos sofridos, o exercício ao seu direito à indenização é abusivo, pois excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé. (grifo nosso)⁶³.

Porém, LOPES admite não haver necessidade de recorrer à teoria do abuso do direito para fundamentar o dever de mitigar, já que é possível justifica-lo diretamente do princípio da boa-fé objetiva. Além disso, é mais produtivo tratar do dever de mitigar como fruto da boa-fé objetiva separadamente do abuso do direito, sob pena de causar grandes confusões, por parte da doutrina e da jurisprudência, em uma tentativa de sistematização⁶⁴.

Remetendo ao início deste tópico, analisaremos de forma apartada o caso do *venire contra factum proprium*.

2.2.3 *Venire contra factum proprium*

O *vcfp*, como fundamento de recepção do *duty to mitigate*, se apresentaria na contradição entre negligência do credor para com o próprio dano (o *factum proprium*) e a pretensão de colocá-lo integralmente a cargo do lesante, havendo, assim, um exercício abusivo do direito à indenização.

Entretanto, a ideia não foi bem vista pelos poucos autores que fizeram essa análise. Desta feita, como bem explica PIRES: “a conduta contributiva da vítima não é apta a gerar no ofensor a *confiança* de que ele não irá pleitear a indenização integral pelos danos sofridos, elemento fundamental para aplicação do *venire contra factum proprium*”⁶⁵. Até porque, assevera PIRES, o *vcfp*, “da forma com que tem sido encarada pela doutrina, tem por fundamento a tutela à confiança: a proibição só incide quando o agente, com um comportamento posterior, viole a legítima confiança depositada por outrem em função do seu comportamento inicial.”⁶⁶

Assim, parece inviável a aplicação do *duty to mitigate* com base no *vcfp*, pois além de questionável a própria existência de contradição entre as condutas, manifestamente não há como reconhecer na conduta do credor de não evitar o agravamento do próprio prejuízo,

⁶³ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 158.

⁶⁴ Ibid. p. 159.

⁶⁵ DIAS, Daniel Pires Novais. Op. cit. p. 32.

⁶⁶ Loc. cit.

principalmente em seu aspecto negativo, a aptidão para gerar no devedor a confiança de que ele não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos.⁶⁷

⁶⁷ Loc. cit.

3. A APLICABILIDADE DO *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Introdução

Inicialmente, é bom observar que, na verdade, o *duty to mitigate* não traduz a noção de um dever propriamente dito. Seguindo as lições de Francisco Amaral:

O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas. O não cumprimento do dever geral de abstenção, nos direitos absolutos pode configurar ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste na infração do dever especial, gerando-se, em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, chamada responsabilidade civil (...) Próximo à noção de dever jurídico é a do ônus, necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio, como, por exemplo, o ônus da prova para quem deseja defender judicialmente um direito seu (...).⁶⁸

Como sabemos, o ordenamento jurídico impõe ao devedor, no caso típico de inadimplemento, a obrigação de indenizar o credor pelos prejuízos causados, obviamente, se estiverem presentes os pressupostos do dever de reparação, como, por ex., a culpa na responsabilidade subjetiva. Já, no caso do *duty to mitigate*, “os prejuízos que serão evitados ou incorridos, conforme o credor aja de acordo com a norma de mitigação ou não, terão repercussão, inicialmente, sobre o patrimônio do próprio credor”⁶⁹.

Nessa linha, o “dever” que é imposto ao credor, na verdade, é um encargo ou ônus material, não um dever genérico ou acessório. E como ensina Menezes Cordeiro, o ônus “é um dever de comportamento que funcionando embora também nos interesses de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu cumprimento”.⁷⁰ Assim, não há como cogitar a hipótese do devedor adotar medidas para exigir que o credor aja para evitar um dano ao seu próprio prejuízo, o que em outras palavras equivale dizer: o devedor não tem o direito subjetivo de exigir que o credor mitigue seus próprios danos.

⁶⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 250.

⁶⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 180.

⁷⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 359.

Aliás, embora o ônus corresponda, estruturalmente, a um dever, tanto que é chamado de “dever consigo mesmo”, estamos com Clóvis do Couto e Silva ao entender que aquele não corresponde a um dever em sua acepção verdadeira⁷¹.

Assim, no direito brasileiro, o mais adequado seria o termo “O ônus do credor de mitigar o próprio prejuízo” ou o “Encargo do credor de mitigar o próprio prejuízo”⁷².

3.2 Consequências jurídicas

Como já antecipado, as consequências jurídicas do *duty to mitigate*, ainda que para aplicação no direito pátrio, podem ser sistematizadas em três:

- (a) O credor não será indenizado pelos danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte.
- (b) A indenização devida ao credor deverá ser reduzida do montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento.
- (c) O credor deverá ser indenizado pelas despesas razoáveis feitas na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.⁷³

Deste modo, as consequências jurídicas correspondem diretamente à natureza jurídica do instituto, relevando que a sua consequência será obstar que o credor seja indenizado pelos prejuízos que poderia ter evitado. Além disso, observa-se que, no *quantum* indenizatório, deverá ser levado em consideração os ganhos que obteve ao agir de acordo com a norma de mitigação.

3.3 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro: estudo de casos

O ônus de mitigar analisado no presente trabalho, como vimos, vem galgando, cada vez mais, o interesse da doutrina e jurisprudência, assim, os tribunais reiteradamente vêm se manifestando sobre o tema, razão pela qual se faz necessário, até para consolidação dos aspectos teóricos aqui abordados, a análise de alguns casos.

Tendo em vista a natureza restrita do presente trabalho, limitamos a pesquisa ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁷¹ SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*, cit., p. 98.

⁷² Mesmo com a ressalva, preferimos utilizar o termo “dever”, visto que é como o tema foi difundido no Brasil.

⁷³ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p. 187.

3.4.1 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

O **primeiro julgado** trata-se de apelação em sede de ação indenizatória em face da cooperativa de serviço em energia LTDA (Light) por suposta cobrança indevida. Vejamos a elucidativa ementa do acórdão:

Apelação. Empresa ré que se compromete em contrato a otimizar as instalações elétricas da autora, assim evitando a cobrança de adicional pelo consumo de energia reativa. Cláusula contratual que previa, após o serviço, a comunicação pela contratada à Light de que realizados os reparos, notícia esta que constituía condição para o fim do referido adicional. Falta de comunicação e falha na prestação do serviço que somente foi levada ao conhecimento da ré após seis meses de cobrança do adicional. **À luz do dever de mitigação do prejuízo ou *duty to mitigate the loss*, consagrado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980 e extraído do art.422 do Código Civil, não pode o credor demandar a reparação pela integralidade dos danos sofridos se poderia, com comportamento seu, sem maiores esforços, tomar as providências necessárias a reduzi-los.** O contrário importaria em atribuir ao credor a cômoda posição de nada fazer e, contrariamente à necessária boa-fé, exigir do devedor a reparação por prejuízos que se mostravam evitáveis. Recurso conhecido e parcialmente provido. (grifo nosso)⁷⁴.

Como se observa, a concessionária de serviço público, ora apelante, celebrou contrato para otimização das instalações elétricas da parte apelada para que esta tivesse uma redução em sua conta de luz (exclusão do adicional pelo consumo de energia reativa), ficando esta, ao término dos reparos, obrigada a informar à prestadora de serviço, constituindo esta obrigação uma condição para o término da cobrança do referido adicional. Acontece que a apelada não informou o término da reparação, além disso, continuou pagando durante seis meses contas com os valores indevidamente acrescidos.

Ingressando com ação indenizatória pela cobrança supostamente indevida, contestou a prestadora de serviço alegando que o autor não informou sobre a cobrança indevida, aliás, se quer informou sobre o término do reparo. Assim, com base no *duty to mitigate the loss*, o tribunal deu parcial provimento ao recurso da prestadora de serviço, entendendo que o autor só faria jus à metade dos valores pagos indevidamente.

Em um **segundo julgado**, tratou-se de ação indenizatória por danos morais, onde se alegou, para tanto, a ocorrência de cobrança e negativação indevidas.

⁷⁴ TJ/RJ. 16º Câ. Cív., AC. 2008.001.45909, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, j. 16.09.2008.

INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PELA MAJORAÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PARTE CREDORA QUE SE MANTÉM INERTE COM O OBJETIVO DE “ACUMULAR PREJUÍZOS”. CONDUTA REPROVADA PELO DIREITO. ARBITRAMENTO QUE CONSIDEROU TAL PARTICULARIDADE. MANUTENÇÃO DO JULGADO.

1- O apelante buscou unicamente o enriquecimento às custas da ré, logrando-se da cobrança indevida para, após a negativação, lucrar com a verba compensatória por danos morais, sem atuar no sentido de fazer cessar o ilícito. **Não postulou, por um ano, informações sobre a cobrança que inequivocamente lhe via sendo feita. Ao contrário, quedou-se inerte. Preferiu “acumular” prejuízos**, aguardando a inclusão de seu nome em rol de maus pagadores, para auferir, possivelmente, uma indenização pelos danos morais experimentados.

2- **Princípio da boa-fé objetiva. Dever de cooperação que impõe a lealdade entre as partes, devendo ser observado mesmo pela vítima do ato ilícito.** Desse modo, o credor que não age para evitar seu prejuízo, buscando unicamente o acúmulo dos mesmos, a fim de auferir ou majorar a reparação, atua com má-fé, conduta que merece reprovação pelo direito. **Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil. *Duty to mitigate de loss*.** Manutenção do *quantum* arbitrado, que considerou os princípios atinentes à matéria e as particularidades do caso concreto. - DESPROVIMENTO DO RECURSO (grifo nosso)⁷⁵.

Como se verifica da ementa supracitada, os autores nada fizeram para evitar o agravamento da situação, não informando os supostos credores do equívoco. No caso, com base no *duty to mitigate the loss*, as indenizações por danos morais foram reduzidas.

3.4.2 A aplicação do *duty to mitigate the loss* no Superior Tribunal de Justiça

O próprio Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o ônus de mitigar é o que se extrai do informativo n. 439, de 18.06.10, *in verbis*:

PROMESSA. COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE.

Trata-se de REsp em que se discute se o promitente vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem deu-se por culpa do credor, em razão de ele não ter observado o princípio da boa-fé objetiva. Na hipótese dos autos, o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em 9/2001. Contudo, o credor só realizou a defesa de seu patrimônio

⁷⁵ TJ/RJ. 9º Câ. Cív., AC. 2009.001.61484, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 03.11.2009.

em 17/10/2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. **O tribunal *a quo* assentou que, não obstante o direito do promitente vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição (período compreendido entre a data do início do inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente.** A Turma entendeu não haver qualquer ilegalidade a ser reparada, visto que a recorrente **descuidou-se de seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de deixar o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que ele cumprisse seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano.** Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, porque o não exercício do direito de modo ágil fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais. **Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual** a justificar a penalidade imposta pela Corte originária. (grifo nosso)⁷⁶.

Como sintetizam FARIAS e ROSENVALD, o promitente comprador não efetuou o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em setembro de 2001. Todavia, o credor só procedeu a defesa de seu bem em 17 de outubro de 2002 - data do ajuizamento da ação de reintegração de posse com pedido de indenização -, situação em que ficou evidente o descaso do credor com o prejuízo sofrido.⁷⁷

Assim, com base no *duty to mitigate*, a indenização devida ao credor foi mitigada, haja vista que este nada fez para o não agravamento do seu prejuízo.

⁷⁶ REsp 758.518-PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), julgado em 17/6/2010

⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: Contratos*, cit., p. 198.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito civil brasileiro estabeleceu novos horizontes a serem alçados pelo legislador e pelo julgador, maximizando a *eticidade*, *socialidade*, *operabilidade*, além da dignidade da pessoa humana, fazendo, assim, emergir um direito obrigacional pautado na boa-fé e na lealdade.

Neste contexto, não há mais como conceber situações, infelizmente comuns na prática do foro, em que, no curso de uma relação jurídico obrigacional, uma das partes, sob o pretexto de agir de acordo com o exercício regular de um direito subjetivo, pratica uma conduta com o fim de causar prejuízo à contraparte ou lucrar com o inadimplemento. Pelo contrário, a referida conduta deve ser reprimida pelo direito, seja por via do abuso do direito ou da construção dos deveres anexos, violadores da boa-fé objetiva.

Neste sentido, o direito civil brasileiro presencia uma época de teorização e aplicação judicial do *duty to mitigate the loss*, o que, a nosso ver, caminha muito bem. Com efeito, embora a norma de mitigação não guarde previsão expressa no texto do atual código civil, sua aplicação é plenamente justificável, repise, como corolário da boa-fé objetiva, escorando-se nas cláusulas gerais insculpidas nos artigos 422 e 187, da Codificação de 2002.

Ademais, o dever do credor de mitigar os próprios danos tem ampla aplicação nos países signatários da *common law*, mas não para por aí. A previsão da norma de mitigação na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias como forma de padronizar o dever de mitigar em âmbito internacional, bem como a previsão em sistemas de tradição romano-germânico como a Alemanha e a Itália, servem como fonte maciça de inserção de um instituto típico da *comon law* nos país da *civil law*, como o Brasil. Até porque, ressalte-se, a adoção da concepção de sistema aberto, com maior destaque para as cláusulas gerais, tornou, em certo ponto, similar a aplicação do direito nos dois sistemas jurídicos.

Aliás, atentos a essa tendência de personalização e cooperação do direito civil, os tribunais pátrios já vêm reconhecendo e aplicando a norma de mitigação, assim como começam a surgir, progressivamente, vozes na doutrina sobre o tema.

Deste modo, a relação obrigacional baseada na cooperação se apresenta como um valor essencial para a percepção do direito contratual contemporâneo, sendo que “para

resolver a questão se o credor deverá minimizar os danos a que está sujeito, a cooperação deve ser chamada a dialogar com a cláusula geral da boa-fé”⁷⁸.

A guisa de conclusão, na atual dogmática do direito civil, o credor deverá empregar esforços razoáveis para minimizar ou evitar os danos decorrentes do inadimplemento, sob pena de agir contra a boa-fé objetiva, incorrendo em responsabilidade civil objetiva, inclusive.

⁷⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. Op. cit. p.245.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOOTH, Wyatt. *Vandeventer Black LLP: The Duty to Mitigate Damages “But I Didn’t Do Anything Wrong!”* disponível em www.lexisnexis.com/community/realestatelaw/blogs/realestatelawblog/archive/2012/10/03/the-duty-to-mitigate-damages-but-i-didn-t-do-anything-wrong.aspx Acessado em 23 de out. 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de processo*, São Paulo, n. 171, p. 35-48. 2009.

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 da UNIFACS*, Salvador, n. 139, 57 p. jan. 2012.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 15, n. 44, p.144-152, out. 1988.

_____. Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p.12442, jul. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson.. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FLUMIGNAN, José Silvano. *O dever de mitigar o próprio prejuízo (Duty to mitigate the loss) e a responsabilidade civil do estado*. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, XXXVIII, 2012, Foz do Iguaçu. Disponível em <http://www.congressoanapefoz.com.br/teses/45_tese_congresso%20de%20procuradores%20-%20artigo.pdf>. Acessado em: 08 de nov. 2012.

GARCIA, Leonardo Medeiros. *Direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOPES, Christian Sahb Batista. *A mitigação dos prejuízos no direito contratual*. 2011. Belo Horizonte: UFMG (tese de doutorado), 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual – algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. In: *Revista EMERJ*. v. 11, n. 44. Rio de Janeiro: EMERJ, 2008.

SILVA, Clovis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv/secoes/artigos/tartuce_duty.doc>. Acessado em: 10 de out. 2012.