



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Bruno Terra de Moraes

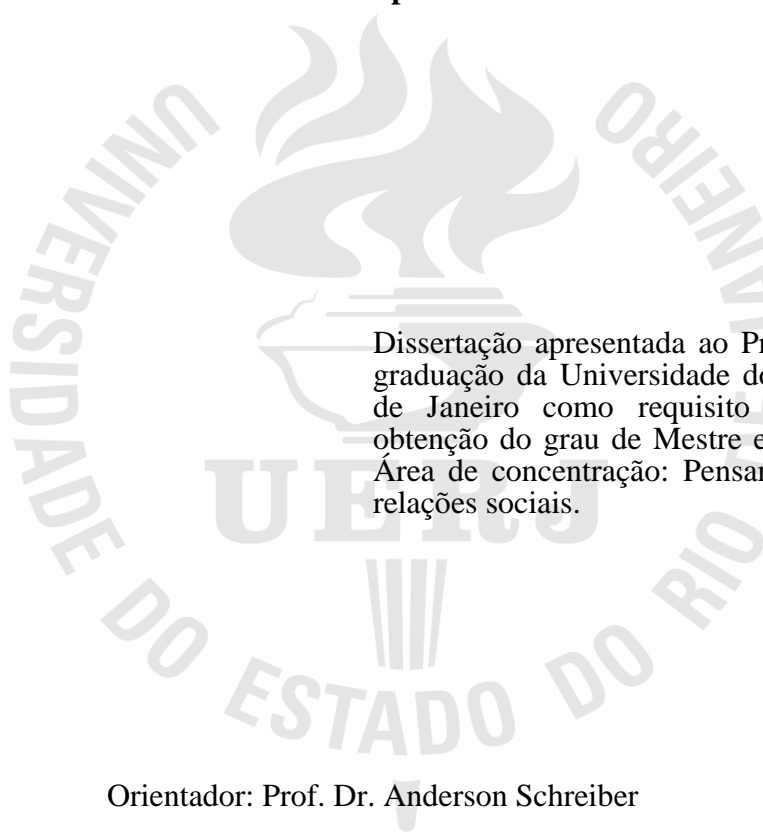
**A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil:
fundamento e parâmetros**

Rio de Janeiro

2016

Bruno Terra de Moraes

**A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil:
fundamento e parâmetros**



Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Civil. Área de concentração: Pensamento jurídico e relações sociais.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M827

Moraes, Bruno Terra de.

A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil:
fundamento e parâmetro / Bruno Terra de Moraes. - 2016.

237 f.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Schreiber.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Responsabilidade civil -Teses. 2.Boa-fé (Direito) - Teses. 3.Danos
(Direito)- Teses. 4.- Teses. I. Schreiber, Anderson. Universidade do Estado
do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Bruno Terra de Moraes

**A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil:
fundamento e parâmetros**

Dissertação apresentada, ao Programa de Pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Civil. Área de concentração: : Pensamento jurídico e relações sociais.

Aprovada em 15 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Anderson Schreiber (orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Marcelo Junqueira Calixto

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2016

RESUMO

MORAES, Bruno Terra. *A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamento e parâmetros*. 237f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2016.

Vive-se em uma sociedade de risco, na qual não só é verificado um aumento das hipóteses de lesão, como, também, se faz necessário ao ordenamento jurídico responder a este desafio à altura. Verifica-se que o Direito Civil possui um papel relevante nesta questão. De modo a alcançar os resultados desejados, deve-se recorrer a uma moderna visão do Direito Civil, segundo a qual ocorre um influxo direto das normas constitucionais nas relações privadas. Sendo o princípio da solidariedade um dos objetivos da República, segundo o art. 3.º da CRFB/88, em seu inciso I, isto se reflete nas relações obrigacionais. Desse modo, todos os atos realizados pelas partes no âmbito de uma relação desta natureza devem sê-lo visando à aproximação do desfecho desejado. Em decorrência disso, todos os atos das partes devem ser dirigidos ao adimplemento ou, em caso de este não ocorrer, devem agir no sentido de que as consequências danosas deste inadimplemento sejam reduzidas ao mínimo. É nesse contexto que emerge o *duty to mitigate the loss*, instituto jurídico com origem no direito anglo-saxônico, que vem sendo invocado em diversos casos pelos tribunais brasileiros, aqui conhecido como o dever de mitigar o próprio dano. Percebe-se, contudo, que o referido instituto vem sendo aplicado, em muitos casos, sem a devida técnica. Tendo-se em vista as significativas diferenças observadas entre o ordenamento de origem, anglo-saxão, e o ordenamento brasileiro, necessário se faz que sejam examinados o fundamento e os parâmetros para a aplicação do dever de mitigar no Brasil. Demonstrar-se-á que não se trata de uma mera tradução da denominação estrangeira, mas, sim, de instituto brasileiro, com fundamentos e parâmetros próprios, apenas inspirado no instituto estrangeiro. Será demonstrado, ainda, como o dever de mitigar se relaciona com outros institutos do direito brasileiro. Com isso, pretende-se fornecer subsídios para a adequada aplicação do instituto.

Palavras-chave: Princípio da Solidariedade. Direito civil constitucional. Dever da vítima de mitigar o próprio dano. Responsabilidade civil. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

MORAES, Bruno Terra. *The application of the duty of the victim to mitigate the own loss in Brazil: principles and parameters.* 237f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2016.

We live in a risky society where not only have been observed an increase in the cases of injury as well it is necessary, also, for the legal system to respond properly to this challenge. It is verified that the Civil Law has an important role in this matter. In order to achieve the desired results, we must resort to a modern view of the Civil Law, according to which there is a direct influx of constitutional rules in the private relations. The principle of solidarity is one of the goals of the Republic, according to article 3rd, I, of the Constitution of 1988, and this reflects in the obligation relations. Thus, all acts performed by the parties in a relationship of this nature should be so in order to approximate the desired outcome. As a result, all the acts of the parties should be guided to the full performance or, in case it does not occur, the parties should act in the sense that the harmful consequences of the default are reduced to a minimum. In this context emerges the duty to mitigate the loss, legal institution originated in the Anglo-Saxon law, which has been invoked in several cases by Brazilian courts. It is noted, however, that the institute has been applied in many cases without proper technique. In view of the significant differences between the original legal system, Anglo-Saxon, and the Brazilian legal system, it is necessary to lay down the basis and the parameters for the application of the duty to mitigate in Brazil. It will be demonstrated that it is not a mere translation of foreign denomination, but a Brazilian institute, with own basis and parameters, only inspired by the foreign institute. It will be also demonstrated how the duty to mitigate is related to other institutes of the Brazilian law. In this way, the intention is to provide subsidies for the proper application of the institute.

Keywords: Principle of Solidarity. Constitutional civil law. Duty of the victim to mitigate the own loss. Civil responsibility. Objective good faith.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	O DUTY TO MITIGATE THE LOSS	12
1.1	Breves noções do <i>duty to mitigate the loss</i> no direito anglo-saxão	12
1.1.1	<u><i>Darbishire v. Warran</i> (1963)</u>	21
1.1.2	<u>Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd (1925)</u>	23
1.1.3	<u><i>S. J. Groves & Sons Company, Appellant, v. Warner Company</i> (1978)</u>	27
1.1.4	<u>Breves comentários acerca das decisões acima analisadas</u>	31
1.2	O tratamento conferido ao <i>duty to mitigate the loss</i> por doutrina e jurisprudência brasileiras	35
1.2.1	<u>A análise da incorporação do <i>duty to mitigate the loss</i> na doutrina</u>	36
1.2.2	<u>Da análise da incorporação do <i>duty to mitigate the loss</i> na jurisprudência</u>	42
2	O FUNDAMENTO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO NO DIREITO BRASILEIRO	47
2.1	A relação obrigacional, a boa-fé objetiva e o dever de mitigar o próprio dano	47
2.1.1	<u>A boa-fé objetiva como limitadora do exercício abusivo de direitos e o dever de mitigar</u>	57
2.1.2	<u>A boa-fé objetiva como criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal e o dever de mitigar</u>	65
2.1.3	<u>A inexistência de fundamento do dever de mitigar na causalidade</u>	70
2.1.4	<u>O dever de mitigar como um autêntico <i>dever</i></u>	76
2.1.5	<u>Da aplicabilidade do dever de mitigar nas relações obrigacionais decorrentes de ilícito extracontratual</u>	823
2.2	O cumprimento das condições necessárias à incorporação do dever de mitigar o próprio dano	90
3	EFEITOS DA APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO	100
3.1	A conduta que se espera da vítima em um sistema no qual vigora o dever de mitigar	100
3.1.1	<u>A medida razoável</u>	101
3.1.2	<u>A partir de que momento se espera seja adotada a conduta razoável</u>	106

3.2	Efeitos decorrentes do cumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar	112
3.3	Efeitos decorrentes do descumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar	114
3.3.1	<u>Análise do nexa de causalidade entre a conduta da vítima e a exasperação de seu prejuízo</u>	115
3.3.2	<u>Do nexa de causalidade entre ato omissivo e o resultado</u>	122
3.3.3	<u>O dever de mitigar e o princípio da reparação integral</u>	127
4	QUESTÕES PONTUAIS ACERCA DO DEVER DE MITIGAR	136
4.1	O dever de mitigar e a cláusula penal	136
4.2	O dever de mitigar e a responsabilidade objetiva	142
4.3	O dever de mitigar na relação não paritária	146
4.4	O dever de mitigar e a proibição do comportamento contraditório	149
4.5	O dever de mitigar e a <i>tu quoque</i>	154
4.6	O dever de mitigar e a <i>suppressio</i>	158
4.7	O dever de mitigar e a perda de uma chance	162
4.8	O dever de mitigar e o exercício tardio do direito de ação	166
4.9	O dever de mitigar no âmbito de um processo judicial	172
4.10	O dever de mitigar e a internet	175
5	ANÁLISE JURIPRUDENCIAL ACERCA DO DEVER DE MITIGAR	182
5.1	Considerações gerais	182
5.2	O Recurso Especial 758518/PR: a utilização do dever de mitigar em caso de exercício tardio do direito de ação	182
5.3	O Recurso Especial 1.325.862/PR: a utilização do dever de mitigar em relação a dano surgido no âmbito de um processo judicial	186
5.4	A apelação cível n.º 0014885-23.2010.4.05.8300/PE: a violação do dever de mitigar anterior à própria produção do dano	190
5.5	A apelação cível n.º 0079794-48.2012.8.19.0001: falta de insistência no requerimento de tutela antecipada como violação ao dever de mitigar	192
5.6	As apelações cíveis n.º 0220694-81.2012.8.19.0001/RJ e 0006606-20.2009.8.19.0068/RJ: a indevida aplicação, em caso de dano alheio, do dever de mitigar o próprio dano	194
5.7	O Agravo de Instrumento 2174067-22.2014.8.26.0000/SP: a aplicação descontextualizada do dever de mitigar	198

5.8	A Apelação 1000124-72.2014.8.26.0002/SP: exemplo de cumprimento parcial do dever de mitigar com a demonstração criteriosa dos parâmetros de sua aplicação	199
5.9	A Apelação 0017716-65.2009.8.26.0506/SP: redução do valor total das <i>astreintes</i> com base no dever de mitigar	202
5.10	A Apelação 0208219-57.2013.8.21.7000/RS: reconhecimento da violação do dever de mitigação por ato comissivo do credor	204
5.11	A Apelação Cível 70025609579/RS: indeferimento, <i>in totum</i>, do requerimento de indenização por lucros cessantes, com base na violação do dever de mitigar.....	206
5.12	A Apelação Cível 1.0701.07.183692-1/001/MG: reconhecimento de que somente devem ser indenizadas as despesas razoáveis realizadas com vistas à mitigação dos danos	208
	CONCLUSÃO	211
	REFERÊNCIAS	225

INTRODUÇÃO

Inicia-se o presente estudo com as seguintes indagações: ao sofrer um dano, é permitido à vítima permanecer inerte, aceitando, passivamente, o seu agravamento? É permitido que, após deixar que o dano se agrave, pleiteie a vítima a reparação relativa ao dano originário acrescida da reparação referente ao seu agravamento? O ordenamento jurídico confere uma espécie de *cheque em branco* à vítima para que essa, com sua inação, deixe que ocorra o agravamento dos danos sofridos, para, após, pleitear a reparação respectiva?

Essas são perguntas de grande relevância, mormente diante do fato de que se observa um expressivo incremento das hipóteses de danos ressarcíveis¹, além de se viver em uma sociedade de risco. Nessa, não só é verificado o aumento das hipóteses de lesão como também verifica-se a organização da sociedade para responder a essas hipóteses.² O direito civil tem um papel relevante nisso.

Retornando-se às perguntas inicialmente postas, deve-se, para respondê-las, recorrer à visão moderna do direito civil, segundo a qual nas relações privadas ocorre um influxo direto das normas constitucionais, o que acarreta a necessidade do estudo de novos conceitos e teorias que estejam em sintonia com tais ditames. A Constituição deixa de ser considerada, tão somente, uma carta política, passando a ser entendida como norma ocupante do ápice do ordenamento jurídico, de modo a, fazendo espriar suas normas e princípios sobre as relações privadas, aplicar-se diretamente a essas.³

¹ A esse respeito, tome-se as lições de Anderson Schreiber: “É evidente que, como resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da reparação – ou, em outras palavras, da relativa perda de importância da culpa e do nexos causal como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos –, um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário”. (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.83).

² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.321.

³ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.12.

Ante esse fenômeno, denominado *eficácia normativa da Constituição*⁴, o direito civil deve ser estudado sob a óptica da dignidade da pessoa humana, sendo a proteção à pessoa humana a príncipe finalidade do ordenamento, e o princípio da solidariedade social uma de suas decorrências lógicas, alçado à condição de objetivo fundamental da República, conforme o art. 3.º, inciso I da CRFB/88.

No que tange ao direito das obrigações, na esteira do princípio da solidariedade, tem-se por prevalente na moderna doutrina civilista a ideia de que a relação obrigacional consiste em um processo, tendente à consecução de um fim, sendo este o adimplemento, com a satisfação do interesse do credor.⁵ Portanto, todos os atos realizados no âmbito de uma relação obrigacional devem sê-lo visando à aproximação das partes do desfecho desejado, isto é, o adimplemento da obrigação tal como foi contraída. Qualquer desfecho distinto será, portanto, algo patológico, a ser evitado pelo ordenamento jurídico.

Segundo Clóvis do Couto e Silva:

Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.⁶

Se todos os atos dos contratantes devem ser dirigidos ao adimplemento da obrigação tal como avençada, devem ser evitadas situações que afastem os contratantes do desfecho originariamente previsto no negócio jurídico. Com isso, mesmo em caso de quebra do contrato, a vítima do descumprimento deve empregar as medidas necessárias a que os danos daí decorrentes não se avolumem.

Situação semelhante ocorre na seara das relações extracontratuais, quando uma das partes, por causar dano à outra, passa a ser responsável por repará-lo. Nesse caso, devem ser evitadas situações que acarretem a exasperação dos danos decorrentes da conduta danosa. A vítima dos danos não está livre desse dever.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.6.

⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.20.

⁶ *Ibid.*, p.20-21.

Daí a recorrente utilização em nossos tribunais do *dever da vítima de mitigar o próprio dano*, objeto de estudo precursor de Véra Maria Jacob de Fradera, inspirado no *duty to mitigate the loss*, do direito anglo-saxão.⁷ Por meio do referido instituto, o direito brasileiro vem retorquindo com um *não* a cada uma das três perguntas realizadas no início do presente trabalho. Os tribunais brasileiros vêm entendendo haver, assim, um padrão de conduta imposto às partes das relações obrigacionais no sentido de mitigar o próprio dano.

Após muitas decisões judiciais nas quais o dever de mitigar foi invocado⁸ nota-se que, não raro, a sua aplicação vem sendo realizada sem o devido critério. Conforme será demonstrado, as situações de mau emprego do instituto são as mais variadas possíveis, sendo algumas delas a má compreensão do seu significado, a aplicação em situações inadequadas, a conferência de efeitos inexistentes e a aplicação sem a devida fundamentação.

Nesse cenário, o objetivo do presente trabalho será o de fornecer parâmetros adequados para a utilização do dever de mitigar.

Para tanto, o primeiro aspecto a ser analisado é uma breve passagem pelo sentido que o *duty to mitigate the loss* possui no direito anglo-saxão, recorrendo-se à jurisprudência e à doutrina desse sistema. Somente após esse passo será possível investigar as adaptações pelas quais o instituto deverá passar antes de ser aqui incorporado.

Diante da diversidade entre o ordenamento brasileiro e o sistema no qual surgiu a inspiração para o dever de mitigar, será feito o estudo acerca do fundamento do referido instituto em nosso direito. Somente a partir daí será possível esquadrihar os parâmetros para a sua aplicação e

⁷ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.19, p.112, 2004.

⁸ V.g.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 758.518/PR. Relator: Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS). Julgamento: 17/06/2010. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: REPDJe 01/07/2010; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC* 70046205951. Relator: Des. Denise Oliveira Cezar. Julgamento: 23/02/2012. Órgão Julgador: 22.^a Câmara Cível. Publicação: DJ 29/02/2012; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC* 70030102719. Relator: Des. Desa Liege Puricelli Pires. Julgamento: 18/03/2010. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC* 70030102719. Relator: Des. Desa Liege Puricelli Pires. Julgamento: 18/03/2010. Órgão Julgador: 6.^a Câmara Cível. Publicação: DJ 01/04/2012; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC* 70037440682. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 30/09/2012. Órgão Julgador: 12.^a Câmara Cível. Publicação: DJ: 07/07/2010; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC* 0140179-93.2011.8.19.0001. Relator: Des. Rogério Oliveira de Souza. Julgamento: 28/08/2012. Órgão Julgador: 9.^a Câmara Cível. Publicação: 03/09/2012; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC* 0302424-56.2008.8.19.0001. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgamento: 28/02/2012. Órgão Julgador: 18.^a Câmara Cível. Publicação: 02/03/2012.

os efeitos dessa decorrentes, de modo a fazer com que o instituto em questão possua uma identidade própria, em consonância com os princípios e valores que regem o direito brasileiro.

Importante será, ainda, verificar como o dever de mitigar se relaciona com outros institutos do direito brasileiro. Analisar-se-á, portanto, a sua interação em nosso ordenamento.

Por fim, imprescindível o estudo jurisprudencial, com a análise crítica do emprego, na prática, do dever de mitigar no Brasil.

Pretende-se, com isso, contribuir para que se confira uma aplicação mais racional do dever de mitigar o próprio dano.

1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS

1.1 Breves noções do *duty to mitigate the loss* no direito anglo-saxão

O *duty to mitigate the loss* provém do direito anglo-saxão^{9,10}, possuindo origem pretoriana.¹¹ Inicialmente, passou-se a reconhecer a necessidade de se descontar da indenização o valor correspondente ao dano evitado pela vítima.¹² Cita-se como exemplo de aplicação do *duty*, já no início do século passado, a decisão prolatada pela Câmara dos Lordes, no Reino Unido, no caso *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co., Ltd. v. Underground Rys. Co. of London, Ltd.*, de 1912.

No referido caso, o autor adquiriu turbinas junto ao réu. O comprador, ao tentar utilizá-las, verificou que estavam com defeito. Ato contínuo, agindo para mitigar o próprio dano, o autor adquiriu turbinas substitutas que, na prática, se mostraram até mais eficientes do que seriam as turbinas originais caso estivessem funcionando a contento. Decidindo o caso, a Câmara dos Lordes determinou que essa circunstância, isto é, a de que os autores mitigaram o dano com a obtenção do benefício correspondente, deveria ser levada em consideração para fins de se calcular a indenização.¹³

⁹ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.19, p.112, 2004.

¹⁰ Optou-se no presente trabalho por realizar a análise do *duty to mitigate* na *common law* enfatizando-se fontes que centram sua análise nos direitos norte-americano e britânico, sem excluir, contudo, aquelas provenientes de outros países. A opção pela ênfase naqueles ocorre, basicamente, pelas seguintes razões: a) necessidade de se limitar o espectro de análise, já que são diversos e heterogêneos os países nos quais se utiliza o sistema da *common law*; b) influência que o direito inglês exerceu sobre os demais países adeptos da *common law*, isto é, “a história do direito inglês é o tronco comum a partir do qual evoluíram os restantes direitos da *common law*”. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.137); e c) influência que o direito norte-americano exerce no mundo, em virtude da posição de proeminência ocupada pelos Estados Unidos.

¹¹ WEIR, Tony. *An introduction to tort law*. 2.ed. Oxford: Oxford, 2006. p.128.

¹² LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.20.

¹³ Confira-se o trecho a seguir: “*The plaintiffs purchased turbines from the defendants. They proved defective, and the plaintiffs sought damages. In the meantime they purchased replacements, more effective than the original specifications. In the result the railway company obtained benefits over and above their contractual entitlement. Additional benefits obtained as a result of taking reasonable steps to mitigate loss were to be*

Posteriormente, o que antes era reconhecido como o direito ao decote da indenização do valor relativo ao dano mitigado, “gradativamente tornou-se uma limitação, com a consequência de não ser incluído na indenização o dano que poderia ter sido evitado se o credor tivesse agido diligentemente nesse sentido”.¹⁴

Considerando-se, pois, o *duty to mitigate the loss* no âmbito da *common law*, deve-se analisar, de início, o que significa esse conceito. Pode-se dizer que ele exprime as seguintes ideias que, como se verificará mais adiante, também se aplicam ao direito brasileiro: a) o demandante não pode ser ressarcido por danos que, razoavelmente, poderia evitar; b) o demandante será ressarcido pelas despesas que teve ao realizar os atos tendentes à mitigação dos danos; e c) a fixação da indenização da vítima deverá levar em consideração o resultado das providências adotadas para fins de mitigação dos danos. Isso implica dizer que tanto não serão abrangidos os valores referentes aos danos evitados como deverão ser levados em consideração eventuais ganhos decorrentes da tentativa de mitigação.^{15,16}

Quanto ao primeiro aspecto, indicado na alínea a), a verificação acerca do que são os esforços razoáveis de mitigação é, sobretudo, uma questão de fato, devendo ser analisado o caso concreto, não sendo exigida, por exemplo, como meio de mitigar danos, a realização de

brought into account in the calculation of damages. It was necessary to balance loss against gain when the amount of the damages was being calculated. The House distinguished cases in which the plaintiff had received benefits which ‘did not arise out of the transactions the subject-matter of the contract.’ These were res inter alios acta. But where - ‘the person whose contract was broken took a reasonable and prudent course quite naturally arising out of the circumstances in which he was placed by the breach’ it was necessary to look at any additional benefits which he thereby acquired and to ‘balance loss and gain’. (BRITISH Westinghouse Electric and Manufacturing Co -V- Underground Electric Railways CO (London) Limited; HL 1912. *Swarb.Co.Uk*, 2015. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/british-westinghouse-electric-and-manufacturing-co-v-underground-electric-railways-co-london-limited-hl-1912/>>. Acesso em: 25 ago. 2015).

¹⁴ LOPES, , Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.20-21.

¹⁵ BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of comercial common sense. *Advocate’s Quartely*, v.13, p.274 e 303, 1991-1992.

¹⁶ No mesmo sentido segue Yehuda Adar: “*The doctrine of mitigation, known also as the ‘avoidable consequences’ doctrine, is an established principle in the common law of dammages. The doctrine is comprised of three differents rules. The first rule states that a defendand is not liable towards a plaintiff for any loss resulting from the defendand’s wrong (be it a tort or a brach of contract) if the plaintiff could and should have avoided the loss. The second rule, which is a corollary to the first, recognizes a plaitiff’s right to demand reimbursement for any reasonable cost incurred while attempting to mitigate (whether or not such attempt was successful). Under the third rule, if the plaintiff succeeds in mitigating a certain loss, then the damages should be reduce accordingly*”. (ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation os damages: two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, v.31, p.792, 2013. Disponível em: <<http://weblaw.haifa.ac.il/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=yYirPc/9FL>>. Acesso em: 09 jul. 2015).

providências muito arriscadas ou penosas.¹⁷ Essa definição do que é razoável e do que não é passa, portanto, por uma análise casuística realizada pelos Tribunais. Como exemplo, cita-se o caso de uma mulher que resulta grávida após uma cirurgia de esterilização malfeita. Não se espera que dela se exija a realização de um aborto, para fins de mitigar os danos acarretados pela cirurgia malsucedida.¹⁸

Ainda quanto à análise da razoabilidade das medidas tendentes a mitigar o dano, no caso *Darbishire v Warran*, de 1963, julgado no âmbito das cortes britânicas, foi decidido que o demandante, proprietário de um carro pelo qual tinha grande estima, não poderia ser indenizado pela totalidade dos valores que despendeu em reparos de danos causados ao veículo pelo réu. No caso específico, o valor dos reparos acabou sendo muito superior ao próprio valor de mercado que o carro possuía antes do surgimento dos danos. Assim, em lugar de gastar com o reparo das avarias um valor superior ao valor do veículo, deveria ter mitigado seus danos, com a compra de um outro veículo no mercado.¹⁹

No que se refere ao aspecto descrito na alínea b), caso o demandante se esforce em mitigar o próprio prejuízo e, via de consequência, arque com despesas para isso, deve ser, por elas, ressarcido, independentemente do sucesso da tentativa, desde que essa tenha sido razoável. Retome-se o exemplo do já citado caso *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co., Ltd. v. Underground Rys. Co. of London, Ltd.*, de 1912. Nele, o autor, que comprou da ré turbinas que, posteriormente, verificou-se estarem defeituosas, mitigou adequadamente os seus danos ao adquirir novas turbinas de terceiros, pondo-as para operar, substituindo as primeiras. As despesas nas quais incorreu o autor para a mitigação do dano devem ser ressarcidas.

E, em caso de sucesso do demandante na tentativa de mitigar os próprios danos, conforme indicado na alínea c), supra, a indenização por ele recebida não abrangerá o

¹⁷ “[...] *But the courts will not ask the claimant to undergo a surgical operation that involves a substantial risk; nor will a mother’s wrongful birth claim be affected by her failure to have an abortion (as a way of mitigating the loss). What is ‘reasonable’ will, obviously, depend largely upon the circumstances of each case; and most authorities leave it to the defendant to prove that the claimant has failed to mitigate her loss*”. (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin’s tort law*. 7.ed. Oxford: Oxford, 2012. p.826).

¹⁸ WEIR, Tony. *An introduction to tort law*. 2.ed. Oxford: Oxford, 2006. p.128.

¹⁹ DARBISHIRE v WARRAN. Julgado pela *Royal Courts of Justice*, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

montante relativo ao que foi mitigado. Vale dizer: naquilo que foi mitigado, não há dano a ser ressarcido.²⁰ O demandante somente é ressarcido por aqueles danos efetivamente sofridos.

Porém, não é somente essa a circunstância que deve ser levada em consideração. Isso porque, em caso de obtenção de algum benefício decorrente da adoção dos atos necessários à mitigação, esse aspecto também deverá ser levado em consideração na fixação da indenização. Retome-se, uma vez mais, o exemplo do caso *British Westinghouse Electric & Manufacturing Co., Ltd. v. Underground Rys. Co. of London, Ltd.* Nele, conforme já mencionado no presente estudo, o órgão julgador determinou que fossem levados em consideração, para fins de fixação do montante indenizatório, os benefícios que o autor obteve com a compra de turbinas substitutas, que se mostraram mais eficientes que as turbinas do modelo anterior.

Do que se verificou até aqui, cabe analisar o real caráter da mitigação no direito anglo-saxão. Vale dizer: o denominado *duty to mitigate* é, de fato, um *dever*?

Para responder a tal pergunta, deve-se notar que no âmbito da *common law* a aderência das partes à obrigação parece decorrer, sobretudo, da possibilidade de se indenizar a parte contrária pelos danos decorrentes do inadimplemento.²¹ O entendimento segundo o qual uma obrigação deve ser cumprida resulta mais das possíveis consequências deletérias do inadimplemento do que de uma valoração, pelo ordenamento, dessa conduta.²²

²⁰ Há autores que sustentam que, na *common law*, o *duty to mitigate the loss* se liga ao denominado Princípio da Compensação. Esta relação é assim explicada por Simon Deakin, Angus Johnston e Basil Markesinis: “*The principle of compensation means that the claimant can claim damages only for losses he has actually sustained. So, damages for lost income resulting from a tortiously inflicted injury which resulted in the claimant losing his job will be reduced by any amount earned from alternative employment. If the claimant’s loss could have been minimised by accepting an alternative employment, then he will, normally, be expected to do this; and he must also undergo ‘reasonable’ medical treatment, made necessary by his injuries, if this likely to improve his employment chances or decrease his loss*”. (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin’s tort law*. 7.ed. Oxford: Oxford, 2012. p.826).

²¹ “*The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else. If you commit a tort, you are liable to pay a compensatory sum. If you commit a contract, you are liable to pay a compensatory sum unless the promised event comes to pass, and that is all the difference*” (HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law*. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm>. Acesso em: 28 maio 2015).

²² A ideia de se conferir ao credor de um contrato, no âmbito da *common law*, o poder de exigir o seu cumprimento, parece passar, sobretudo, por questões de ordem econômica. Isto é, procura-se nas razões econômico-financeiras o fundamento para se conferir, ao beneficiário de uma prestação, o poder de exigí-la, como se infere do trecho a seguir transcrito: “[...] *the promisee might want the right require performance, or sum reflecting the value to him of performance, in order to lock in favorable bargain. He might want to do so for three reasons, each of which the law should respect. First, he might regard the performance he is to receive as unique, as one he is not likely to receive elsewhere at the same price. Second, even if the performance is not unique, he might*

Nesse contexto das relações jurídicas é que são identificadas regras que visam à maximização dos lucros decorrentes da celebração de contratos, bem como à redução de custos do seu descumprimento. Nesse sentido:

*The economic approach to contract law aims to indentify and justify rules that minimize the joint costs, or equivalently, maximize the joint profits of contracting. All contract law rules create incentives; the economic approach focuses on the question of what incentives these rules do and should create. Such an analysis requires an understanding of why contracts fail and what steps both contracting parties can take to facilitate successful contracts and prevent or reduce the costs of failed contracts.*²³

Em abono do que se disse acima, no entender de alguns autores, ao contrário do que se verifica no direito brasileiro, na *common law* não se verifica a centralidade do dever das partes de agirem com boa-fé ao celebrarem negócios jurídicos, existindo tradicionais categorias jurídicas no âmbito da *common law* que disciplinam os efeitos do descumprimento da obrigação, cuja aplicação tornaria sem utilidade um possível dever de se agir com boa-fé.^{24,25,26}

wish to lock in a price for fear of receiving a less favourable price if he waits or shops around. Third, there might be some uncertainty about the characteristics of the performance in the minds of the parties. The parties might wish to agree on a price that discounts the uncertainty”. (GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p.296).

²³ COHEN, George M. The fault lines in contract damages. *Virginia Law Review*, v.80, n.6, p.1233, 1994.

²⁴ James Gordley assim afirma: “[...] *That was the origin of the doctrine, now accepted in many civil law jurisdictions, that the parties to a contract have a duty to negotiate in good faith, which is distinct from contract, tort or unjust enrichment. I believe that these statements are misleading. In my view, Allan Farnsworth showed why in an article in 1987. He claimed that American law does not need to recognize a duty to negotiate in good faith because the cases which warrant relief can be subsumed under the tradicional categories of promise, tort and unjust enrichment”.* (GORDLEY, op. cit., p.297).

²⁵ Há quem até admita a exigência de uma conduta concordante com a boa-fé no âmbito da *common-law*, mas desprovida de qualquer aspecto moral. Por exemplo, para Richard Posner “*the duty of good Faith – the common law version of which can, as we shall see, be explained in nonmoral terms – in civil law expands to include ‘[b]ad (sic) faith bargaining’, which may not have a pragmatic, nonmoral, justification”.* (POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, v.107, p.1351-1352, 2009. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=m7fhhhC5S/&dl>>. Acesso em: 11 jun. 2015).

²⁶ Vale mencionar o posicionamento de Willian Tetley, para quem a boa-fé deveria permear qualquer relação contratual, mesmo no âmbito da *common law*. Assim afirma o referido jurista: “*It is thesis of this article that all contracts, including arbitration and chartering, should be entered into and performed in good Faith”.* (TETLEY, William. Good faith in contract: particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v.35, n.4, p561, 2004. Disponível em: <heinonline.org>. Acesso em: 12 jun. 2015). O autor, porém, reconhece que, a despeito de seu posicionamento, a exigência de que os contratantes ajam com boa-fé ainda não prevalece na Inglaterra e nos Estados Unidos. É o que se extrai do seguinte trecho: “*That ‘good faith’ is not deemed essencial in the negotiation and performance of contracts under English common law is also a cause of ‘one-to-one’ charterparty decisions and of the unfortunate lack of uniformity of charterparty jurisprudence. [...] Although with regard to good faith American common law is more*

Há, no âmbito da *common law*, uma preocupação relevante com as providências que as partes podem tomar no sentido de se conduzir à redução dos custos decorrentes do não cumprimento de contratos. Ocorre que a definição de tais providências não se dá, em regra, no âmbito da imposição, por parte da lei, de determinadas condutas – por exemplo, a imposição de que se aja conforme a boa-fé objetiva –, mas sim, a partir do estabelecimento de regras relativas aos danos decorrentes do descumprimento da obrigação, isto é, acerca da maneira pela qual se dará a distribuição da responsabilidade pela reparação desses danos. Será em virtude dessas regras que as partes se sentirão incentivadas a adotar aquelas providências. Nesse sentido:

*Contract damage rules affect the incentives of the parties to take these actions. Other things equal, a higher damage measure will lead the promisor to take more precautions and mitigation steps. A lower damage measure will have the opposite effect. Thus, the fundamental problem for the economic approach to contract damages is to identify how to reduce the costs associated with the apparently inevitable tradeoff between optimal promisor conduct and optimal promisee conduct.*²⁷

Assim, deve-se chegar a um equilíbrio dessa distribuição, a fim de que ambas as partes se sintam incentivadas a adotar as medidas que visem à melhor eficiência do contrato. E um dos remédios a serem utilizados para fins de se atingir essa redução de custos é a mitigação dos danos, conforme se infere do trecho a seguir: *“Steps taken to reduce the potential loss after regret contingency occurs are acts of mitigation. Promissor mitigation includes repairing or replacing defective performance as well as refraining from promisee mitigation includes fiding substitute contracting”*.²⁸

Há, portanto, a preocupação de melhorar a eficiência das relações jurídicas não por meio da imposição de condutas, mas sim por meio da definição das consequências dos atos das partes, que induzirão determinados tipos de comportamento.

developed than English common law, the notion of good faith has yet to be thought of as a general principle governing all elements of contractual relations, as it is in the civil law traditions”. (p.609-610).

²⁷ COHEN, George M. The fault lines in contract damages. *Virginia Law Review*, v.80, n.6, p.1235, 1994.

²⁸ *Ibid.*, p.1234-1235.

O *duty to mitigate*, no sistema anglo-saxônio, parece atuar menos no âmbito da reprovabilidade da conduta e mais no âmbito das suas consequências. Uma vez não mitigado o dano, a consequência será impedir que a parte seja reparada pelos danos não evitados.^{29,30}

Ainda caminhando no sentido da ideia de que a análise do resultado é mais relevante que a valoração da conduta na *common law*, há quem diga que o fundamento do *duty to mitigate* no referido sistema é o nexo de causalidade. Dessa forma, entender-se-ia como causado pelo próprio credor o dano que, podendo sê-lo, não foi evitado.³¹ Sob o ponto de vista da causalidade, também se empresta maior peso aos efeitos da conduta, e não à conduta em si.

No âmbito da *common law*, embora o nexo causal (*causation*) não seja o fundamento normalmente utilizado nos Tribunais norte-americanos, nas cortes inglesas ele é bastante invocado como suporte para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Assim, por essa óptica, a omissão do autor em mitigar o próprio prejuízo acabaria por se tornar um fator que interrompe a cadeia causal originária, de modo que os danos, daí decorrentes, não seriam considerados como tendo origem na conduta do réu, mas sim na conduta do próprio autor. Não havendo, pois, nexo causal entre a conduta do réu e os danos não mitigados, o autor, por esses danos, não seria indenizado.³²

Em razão das premissas postas, permite-se entender que o *duty to mitigate*, no âmbito da *common law*, seria, sobretudo, uma “regra de apuração das perdas e danos indenizáveis”³³, negligenciando-se, até mesmo, uma análise mais aprofundada acerca do seu fundamento. E ainda quando se busca um fundamento para o *duty to mitigate*, ele não reside em uma valoração da conduta da parte, residindo em etapa posterior, respeitante ao resultado da conduta.

²⁹ E a razão para isso parece ser, sobretudo, econômica, uma vez que não evitar o dano equivale à conduta menos eficiente. Daí serem relevantes as noções de *perda de valor e custo evitados*, termos que espelham uma noção essencialmente econômica. (FARNSWORTH, E. Allan. Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*, n.7, v.70, p.1184, 1970, tratando-se de tradução livre dos termos *loss in value e cost avoided*).

³⁰ Nota-se uma “*tendência para o pragmatismo e o empirismo*” na *common law*, compatível com o fato de o direito no referido sistema ganhar visibilidade no momento da resolução do caso concreto. (ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.146-147).

³¹ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.22.

³² ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, v.31, p.826-827, 2013. Disponível em: <<http://weblaw.haifa.ac.il/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=yYirPc/9FL>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

³³ LOPES, op. cit., p.21.

Vale notar que a elaboração do *duty* se deu no campo, sobretudo, judicial, não legislativo. No Reino Unido vige o *1945 Act*³⁴, que dispõe sobre as situações de *contributory negligence*, isto é, aquelas nas quais a vítima contribui para a causação de seus próprios danos, mas que não parece fundamentar a aplicação do *duty*. Em que pese as situações de *contributory negligence* possuírem algumas características comuns ao *duty to mitigate the loss*, com ele não se confundem. Isso porque, quando se está na discussão atinente ao *contributory negligence*, o que se verifica é que haverá a partição da responsabilidade pelo dano. Assim, apenas parte do dano não será coberto pelo agente, já que a parte descoberta se deveu à proporção da contribuição da própria vítima para a causação do dano. Segundo Tony Wier, “*damages for an injury are to be reduced to the extent that the claimant’s fault contributes to it*”.³⁵ Há, aí, um mesmo dano, a respeito do qual a responsabilidade foi partida entre agente e vítima.

Já no *duty to mitigate*, a situação se desenrola de maneira distinta. Afinal, a vítima se verá desprovida da indenização relativa à totalidade daqueles danos que, podendo evitar, não evitou. Nesse caso, portanto, trata-se de dois danos distintos: um causado pelo agente e outro causado pela vítima. Quanto ao primeiro dano, o agente responderá; quanto ao segundo, não.³⁶ Portanto, o *duty to mitigate* e o *contributory negligence* parecem tratar de hipóteses distintas³⁷, não se fundamentando aquele no *1945 Act*.

Verificados os fundamentos do *duty to mitigate* no direito anglo-saxão, necessário se faz analisar como essa questão vem à tona no caso concreto. Nesse sentido, é reconhecido pelos doutrinadores da *common law* a dificuldade em se definir, em abstrato, quando um

³⁴ Item 1 do 1945 Act: “*Where any person suffers damage as the result partly of his own fault and partly of the fault of any other person or persons, a claim in respect of that damage shall not be defeated by reason of the fault of the person suffering the damage, but the damages recoverable in respect thereof shall be reduced to such extent as the court thinks just and equitable having regard to the claimant’s share in the responsibility for the damage [...]*”. (LAW REFORM (Contributory Negligence) Act 1945. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/section/1>>. Acesso em: 1.º set. 2015).

³⁵ WEIR, Tony. *An introduction to tort law*. 2.ed. Oxford: Oxford, 2006. p.123.

³⁶ Depreende-se isso da seguinte afirmação: “*The plaintiff will not recover for those losses which can be avoided by taking reasonable steps. The plaintiff is expected to conduct himself as though there is no claim in which to expect recovery losses*”. (BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocate’s Quartely*, v.13, p.274, 1991-1992).

³⁷ Segundo Tony Weir, “*The 1945 Act is concerned with the effect of the claimant having made a causal contribution to the initial harm, but there is another principle, of judicial origin, whereby the damages which may be claimed for the consequences of the initial harm may be reduced. The principle is that you cannot claim compensation for items of damage you could reasonable have avoided [...]*”. (WEIR, op. cit., p.128).

determinado tribunal entenderá ter sido violado ou não o *duty to mitigate*. Afinal, trata-se de questão fática, analisada de forma casuística. Nesse sentido:

*Beyond these general observations, there are few conclusions which can be derived from the jurisprudence on mitigation. It is difficult to predict or advise clients in advance how the court will consider defence contentions concerning mitigation. [...] mitigation issues are highly fact specific. In the broad range of economic behaviour, it is unusual to find two closely similar mitigation problems.*³⁸

Portanto, é reconhecido haver, no âmbito da *common law*, muita dificuldade em se fazer uma previsão de como determinado tribunal julgará cada conduta. Porém, tratar-se de questão de fato não parece ser a única razão pela qual não se tem uma previsibilidade acerca de como determinado tribunal julgará determinado caso. Isso porque, a despeito da larga invocação judicial do *duty to mitigate the loss*, há quem reconheça que ele vem sendo aplicado com fundamentação deficiente. Vale dizer: há a sua aplicação, o resultado decorrente daí é atingido, mas não se demonstra adequadamente o iter lógico percorrido pelo juiz ao aplicar o *duty to mitigate*. Confere-se, assim, um peso relevante ao resultado, deixando-se rarefeita a fundamentação. Confira-se:

*[...] mitigation theory is not well-defined in the cases. The basic rules have been expressed, but little judicial consideration has been given to the underlying reasons. For these reasons mitigation decisions tend to be outcome orientated. The reasons for decision follow the result, with the typical judgment describing only a conclusion as to what was or was not reasonable in the circumstances. It is an all-or-nothing approach.*³⁹

Essa observação, assim, deixa transparecer a ideia de que a despeito de restarem relativamente consolidados os lineamentos básicos do *duty to mitigate the loss*, a falta de detalhamento da fundamentação nos julgados que o aplicam resulta na dificuldade de se estabelecer parâmetros que confeririam maior previsibilidade à aplicação daquele dever.

Ainda assim, vale a pena uma breve análise jurisprudencial, para observar algumas situações nas quais se admite a aplicação do *duty to mitigate* no direito anglo-saxão.

³⁸ BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of comercial common sense. *Advocate's Quartely*, v.13, p.275, 1991-1992.

³⁹ *Ibid.*, p.275-276.

1.1.1 Darbishire v. Warran (1963)

O caso *Darbishire v. Warran*, julgado pela Royal Courts of Justice em 30 de julho de 1963, guarda uma interessante peculiaridade. Se, em geral, os casos de aplicação do *duty to mitigate the loss* se referem a situações nas quais a vítima do dano se queda inerte diante da necessidade de mitigar os danos por ela sofridos, no presente caso a situação é um pouco distinta. Afinal, em lugar de quedar-se inerte, a vítima agiu, mas, no entender da corte, agiu mal. Isso porque, ao reparar os danos, realizou opção antieconômica.

Explica-se.

No referido caso, discutiu-se a situação de um demandante que teve o seu carro, pelo qual tinha grande estima, avariado pelo réu em razão de uma colisão. Vale informar que o automóvel em questão era mantido em ótimo estado de conservação pelo proprietário, o que muito o orgulhava, mesmo após, aproximadamente, 12 (doze) anos de sua fabricação.⁴⁰

O preço de mercado do carro, antes da colisão, era de £ 85. Por sua vez, o custo dos reparos foi avaliado em £ 192. A companhia de seguros desaconselhou o conserto do veículo, em razão do diminuto valor de mercado do automóvel em face do valor previsto para os reparos. Partindo da premissa de que o valor de mercado do veículo era £ 85, sendo que, segundo as normas do contrato firmado com o proprietário, esse ficava responsável pelo pagamento de £ 5, a companhia de seguros pagou £ 80 ao autor.

Mesmo contra o parecer da companhia de seguros, que desaconselhava a realização dos reparos por ser antieconômica, o dono do automóvel, em razão de sua enorme estima pelo veículo, resolveu seguir em frente com o conserto, despendendo as £ 192, pois, em virtude de seu apego ao carro, entendeu que valia a pena o gasto. O proprietário considerou que, conjugando as necessidades dele com a de sua família, não conseguiria adquirir outro carro por menos de £ 192 que o satisfizesse.

Feitos os reparos, o proprietário do carro cobrou do réu, em juízo, os seguintes valores: a) £ 192 dos reparos; b) subtraiu do referido valor o montante de £ 80 recebido da companhia de seguros; e c) adicionou o valor relativo ao aluguel de um carro para o período em que o seu automóvel permaneceu em reparo.

⁴⁰ DARBISHIRE v WARRAN. Julgado pela *Royal Courts of Justice*, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

O juízo de primeira instância julgou procedente a demanda, concedendo as verbas nos seguintes termos: a) determinou a indenização relativa aos reparos em £ 100 (lembrando-se que, das £ 192 iniciais, já haviam sido subtraídas as £ 80 recebidos do seguro); b) concedeu £ 25, a título dos valores despendidos com o aluguel do carro reserva para o período de reparo; c) concedeu £ 5 relativos à taxa cobrada pela companhia seguradora. Assim, a indenização totalizou £ 130.

Insatisfeito, o réu recorreu. Na instância superior foi prolatada a decisão reformando a anterior. Para tanto, utilizou-se o argumento de que, no caso, a vítima não está, necessariamente, adstrita a mitigar os danos da forma menos custosa. Se ela desejar, pode lançar mão das formas mais gravosas. O que, contudo, ela não pode fazer é cobrar do agente uma soma superior à que razoavelmente seria necessária para mitigar o prejuízo. Portanto, ao indivíduo é assegurado o direito de realizar extravagâncias, mas não às custas da parte contrária.⁴¹

Mencionou-se, ainda, ser primordial a consideração econômica das providências adotadas pela vítima ao pretender mitigar o seu dano, não devendo haver a reparação correspondente ao que for antieconômico.⁴²

Para fins de fixar o valor da indenização, segundo prevaleceu no julgamento, deve-se entender que, na realidade, em razão dos valores envolvidos, não teria ocorrido um reparo propriamente dito, mas sim uma autêntica reconstrução, em razão de uma perda total. Portanto, o parâmetro que deve ser utilizado é o valor de mercado do veículo.⁴³

Como resultado desse raciocínio, o valor a ser conferido ao autor deve se limitar aos gastos com o carro reserva e, ainda, ao valor relativo à taxa de £ 5, levando-se em consideração que ele já havia recebido £ 80 da companhia seguradora, totalizando-se, pois, as £ 85 do valor de mercado do veículo.

⁴¹ Nas palavras de Lord Justice Pearson: *“For the purposes of the present case it is important to appreciate the true nature of the so-called ‘duty to mitigate the loss’ or ‘duty to minimise the damage’. The plaintiff is not under any actual obligation to adopt the cheaper method; if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant”*. (DARBISHIRE v WARRAN. Julgado pela Royal Courts of Justice, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015).

⁴² DARBISHIRE v WARRAN, op. cit.

Portanto, no caso em análise, a solução perpassou, sobretudo, por uma análise econômica da opção realizada pelo autor, ao qual foi vedada a concessão de indenização que excedia os gastos razoáveis necessários à mitigação de seu dano.

1.1.2 Banco de Portugal vc. *Waterlow & Sons Ltd* (1925)

Trata-se o *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd* de um caso extremamente rumoroso julgado pela Câmara dos Lordes, que envolveu a discussão acerca de uma fraude da qual foi vítima o Banco de Portugal.⁴⁴ A sua importância para o presente estudo, evidentemente, não reside no impacto causado pela decisão à época. O relevante, no referido caso, é a consagração do prestígio às providências tomadas pela vítima no sentido de mitigar os seus prejuízos, desde que razoáveis, ainda que se pudesse vislumbrar, conforme sustentado pelo réu, providências mais eficazes que a adotada, para que houvesse tal mitigação.

No referido caso, a empresa *Waterlow & Sons Ltd*, sediada em Londres, era uma das maiores gráficas de moeda e selos postais do mundo e, em 1922, celebrou contrato com o Banco de Portugal – que exercia a função de Banco Central de Portugal – para a emissão de moeda no montante de 600.000 cédulas com o valor de face de 500 escudos. Tais notas foram impressas, sendo entregues entre 1923 e 1924, e sendo postas, quase em sua totalidade, em circulação.

Em 1925, a empresa *Waterlow*, descumprindo o contrato, imprime mais 580.000 cédulas de 500 escudos, sem qualquer autorização do Banco de Portugal. Para piorar a situação, entrega tais notas a um indivíduo chamado Marang van Ysselvere, membro de uma quadrilha de fraudadores que introduziu essas cédulas em Portugal, pondo-as em circulação em grande parte. Para isso, os fraudadores criaram um pequeno banco, denominado *Banco Angola e Metrópole*. Apenas informa-se que as cédulas ilegalmente impressas eram cópias quase perfeitas em relação às cédulas oficiais, de modo que a diferença somente poderia ser detectada por meio de dados exclusivamente possuídos pela *Waterlow*.

⁴³ Nas palavras de Lord Justice Harman: “*In my judgment the defence succeeds: this was not an irreplaceable article and therefore as the cost of repairs greatly exceeded the value, the car should be treated as a constructive total loss and the measure of damage is its value*”. (DARBISHIRE v WARRAN, op. cit.).

⁴⁴ BANCO de Portugal vc. *Waterlow & Sons Ltd*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/1.html>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

Pois bem: o Banco Angola e Metrópole comeou a realizar operaoes em larga escala até que, em novembro de 1925, passou a levantar suspeitas nas autoridades portuguesas. Em razão disso, o Ministro das Finanas da época decidiu iniciar investigaoes que culminaram em uma busca nas instalaoes do Banco Angola e Metrópole. No local os policiais encontraram uma enorme quantidade de notas e, comparando os números de série, chegaram à conclusão de que se tratavam de notas falsas. Foi configurada, assim, a prova do crime de falsificao.

Diante da constatao do crime, a diretoria do Banco de Portugal se reuniu e, já no dia seguinte   apreensão realizada pela polícia, decidiu recolher todas as notas em circulao com as características das notas falsas – a existência da efígie de Vasco da Gama –, sendo elas realmente falsas ou não. E isso sem que se soubesse como havia sido perpetrada a fraude e nem a sua magnitude.

No dia seguinte   reunião em que isso foi decidido, tal deliberao foi publicada em diversos jornais portugueses, com a informao de que as cédulas seriam trocadas por outras, com caraterísticas distintas.

O resultado disso foi que nos dias seguintes ocorreu uma enorme corrida aos Bancos, redundando-se na troca de milhares de notas com as caraterísticas exteriores das falsas, fossem elas, de fato, falsas ou oficiais. No final do dito procedimento, foi constatado que o Banco de Portugal havia trocado, ao todo, 799.190, sendo que, destas, 209.718 foram impressas sem a autorizao do Banco, sendo, pois, consideradas falsas.

O total de dinheiro em circulao em Portugal era de aproximadamente 1.700.000.000,00 (um bilhão e setecentos milhões) de Escudos, sendo que o valor do dinheiro indevidamente posto em circulao pela quadrilha foi de mais 100.000.000 (cem milhões) de Escudos.

Em sua atividade regular, naquela ocasião o Banco de Portugal havia autorizado a impressão do equivalente a 195.630.000,00 Escudos, baseados em um lastro em ouro de suas reservas. Desse valor, 65.000.000,00 já haviam sido impressos até 7 de dezembro de 1925, data em que foi divulgada publicamente a notícia de que o Banco realizaria a troca das notas. Quanto aos aproximadamente 131.000.000,00 Escudos restantes, estes constituíam reservas estratégicas, a respeito dos quais o Banco poderia solicitar a impressão correspondente, quando assim achasse conveniente. Com a indevida colocao em circulao de 104.859.000,00 Escudos e a troca acima noticiada, as reservas não impressas do Banco foram consideravelmente reduzidas.

Alegando ter sofrido enormes danos, o Banco de Portugal ingressou em juízo contra a empresa *Waterlow*, pleiteando indenizao sob a alegao de violao do contrato, pelo fato de a referida empresa ter emitido, sem autorizao – autorizao essa expressamente exigida

no contrato –, 580.000 cédulas de 500 Escudos, entregando-as a Marang, membro da quadrilha de falsários.

O valor alegado como prejuízo pelo Banco de Portugal, originariamente, foi o de £ 1.115.613,00, sendo que o próprio Banco alegou ter tido um crédito de £ 488.430,00, recebidos por ocasião da liquidação do Banco Angola e Metrópole. A indenização pleiteada, por fim, resultou então em £ 610.392,00.

Quanto à empresa *Waterlow*, ela se defendeu, alegando, basicamente, os seguintes pontos principais: a) que não houve violação contratual, negando que o contrato firmado em 1922 tivesse os termos alegados pelo Banco e tidos por violados; b) que não violou quaisquer termos expressos ou implícitos do contrato; e c) que o Banco não sofreu qualquer prejuízo.

Sucessivamente, alegou que: a) se é que houve danos ao Banco, tais danos teriam sido causados, apenas, pela providência adotada pela instituição financeira de, voluntariamente, retirar de circulação todas as cédulas de 500 Escudos com a efígie de Vasco da Gama trocando-as por outras cédulas, embora fosse possível realizar a distinção entre as notas falsas e as notas oficiais; b) o Banco não estava obrigado a pagar as notas falsas e, se o fez, assumiu as consequências de tal ato; e, por fim, c) se houve danos, eles foram causados por negligência do próprio Banco ou, pelo menos, com a contribuição desse.

Em primeira instância, entendeu-se que, de fato, a atitude do Banco de recolher as notas com as características das falsas foi correta. Entretanto, considerou-se que a partir do dia 16 de dezembro o Banco já teria condições de distinguir as notas autorizadas das não autorizadas. Logo, a partir de então, o Banco não estaria obrigado a reembolsar quem apresentasse uma cédula falsa e, o fazendo, o seria por sua própria conta. Assim, foi decidido que, a partir daquela data, a *Waterlow* não mais deveria responder pelos prejuízos do Banco com a devolução das notas falsas.

Na Corte de apelação, em que ocorreu o julgamento anterior ao definitivo, as linhas gerais do julgamento de primeira instância foram mantidas, salvo em relação à data a partir da qual foi entendido que o Banco de Portugal poderia distinguir as notas autorizadas das não autorizadas. Enquanto na primeira instância definiu-se como tal a data de 16 de dezembro, a Corte de apelação entendeu ser a data de 10 de dezembro, reduzindo a indenização concedida.

Recorrida a decisão da Corte de apelação, a Câmara dos Lordes, por maioria, entendeu que o Banco de Portugal tinha razão em seu pleito. Algumas razões dos votos são interessantes com vistas a demonstrar o sentido da aplicação, no caso, do *duty to mitigate de loss*.

A primeira, referente à observação do voto do *Lord Chancellor*⁴⁵ de então, vai no sentido da correção da providência do Banco de Portugal de tirar de circulação todas as cédulas de 500 Escudos com a efígie de Vasco da Gama, honrando o seu valor de face, fossem elas oficiais ou falsas. Isso porque, caso não se fizesse isso, a incerteza gerada pela circulação de notas falsas e verdadeiras, sem que isso pudesse ser percebido pelo público, poderia causar um imenso dano à posição da moeda portuguesa no mercado internacional. Afinal, seria difícil vislumbrar que alguém se sentisse à vontade em transacionar com a referida moeda, sabendo que poderia quer adquirir, quer repassar cédulas falsas. Essa incerteza poderia causar, portanto, uma paralisação nas atividades com a moeda portuguesa, de maneira a conduzir a um engessamento das atividades comerciais.

Nas palavras do *Lord Chancellor*:

*I think the market for Portuguese currency abroad would have been suppressed at once, no bank would have been willing to sell Escudos when they knew the Escudos were paid in paper of doubtful value and of discussed value, so the Foreign Exchanges of the country probably also would have been stopped.*⁴⁶

Portanto, o referido julgador entendeu terem sido razoáveis os esforços do banco português para evitar seus prejuízos, de modo a se eliminar dúvidas em relação à procedência das cédulas em circulação.

Interessante, ainda, foi o voto de Lord Macmillan, no qual foram prestigiadas as atitudes tomadas pelo Banco de Portugal. Parte relevante do seu voto foi no sentido de afirmar que, após passada a situação emergencial, é fácil criticar-se as providências adotadas pela vítima para mitigar os seus danos, propondo algo que, em tese, seria menos oneroso. Segundo ele, a lei se contenta com que a vítima, estando em uma situação de dificuldade, adote as providências razoáveis para mitigar os danos por ela sofridos.

Considerou-se que o prejudicado não perderá o direito de ser ressarcido apenas porque a parte que violou o contrato entendeu haver medidas mais eficazes que as adotadas. Portanto, sendo razoáveis as medidas adotadas, ainda que não as mais eficazes, estará cumprido o *duty to mitigate the loss*.

⁴⁵ Para mais informações acerca da função do *Lord Chancellor* remeta-se ao endereço eletrônico <http://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>.

⁴⁶ BANCO de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/1.html>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

Nas palavras de Lord Macmillan:

I confess I am not disposed to regard with much sympathy the criticism which Messrs. Waterlow & Sons have directed at the Bank's action. Where the sufferer from a breach of contract finds himself in consequence of that breach placed in a position of embarrassment the measures which he may be driven to adopt in order to extricate himself ought not to be weighed in nice scales at the instance of the party whose breach of contract has occasioned the difficulty. It is often easy after an emergency has passed to criticise the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency. The law is satisfied if the party placed in a difficult situation by reason of the breach of a duty owed to him has acted reasonably in the adoption of remedial measures and he will not be held disentitled to recover the cost of such measures merely because the party in breach can suggest that other measures less burdensome to him might have been taken.⁴⁷

Reconheceu-se, ali, que a análise acerca da razoabilidade da medida tendente à redução dos danos deve ser feita à luz das circunstâncias do momento em que ela ocorreu. Sendo assim, no caso em questão, reconheceu-se a violação de contrato por parte da empresa *Waterlow & Sons Ltd*, causando-se danos ao Banco de Portugal, entendendo como razoáveis as providências por este adotadas para fins de mitigação dos próprios danos.

1.1.3 *S. J. Groves & Sons Company, Appellant, v. Warner Company (1978)*

O caso *S. J. Groves & Sons Company, Appellant, v. Warner Company* foi julgado em 17 de abril de 1978 pela U.S. Court of Appeals for the Third Circuit. A importância do referido caso reside no fato de que ele traz um relevante critério para a distribuição de responsabilidades entre o credor e o réu em situações nas quais se invoca o *duty to mitigate the loss*.

A empresa *American Bridge Company* foi contratada pelo Departamento de Transportes da Pennsylvania para realizar a construção de uma ponte sobre o Rio Schuylkill, na cidade de Philadelphia. Para fins de realizar o trabalho de colocação dos decks de concreto e dos parapeitos, foi subcontratada a empresa *S. J. Groves & Sons Company* que, por sua vez,

⁴⁷ BANCO de Portugal vc. *Waterlow & Sons Ltd*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/1.html>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

contratou a empresa *Warner Company* para o fornecimento de concreto pronto.⁴⁸ O contrato entre essas empresas foi firmado em março de 1970 e a primeira entrega de concreto ocorreu em julho do mesmo ano.

O progresso dos trabalhos da empresa *S. J. Groves* foi prejudicado em razão de três longas greves, que levaram a previsão de término dos trabalhos de julho de 1972 para outubro do referido ano. Atrasos existiram, ainda, em razão da rejeição de algumas cargas de concreto que apresentaram composição fora das especificações exigidas pelo Estado, embora tais rejeições estivessem em quantidade admissível em projetos como o que estava em curso.

Ocorre que, além disso, passou a haver outros embaraços ao desenvolvimento do projeto, particularmente em razão de falhas da empresa *Warner* em realizar as entregas de acordo com as instruções da empresa *Groves*. Em decorrência disso, o trabalho de concreção dos decks, previsto para ser realizado pela manhã, passou a se estender para a tarde e noite, o que acabou gerando gastos com horas extras dos empregados da *Groves*.

Preocupada com tal situação, a *Groves*, por volta do início de 1971, passou a cogitar assegurar novos fornecedores de concreto, já que seria muito custoso construir uma planta de fabricação de concreto em local próximo à construção. A empresa, porém, não encontrou alternativas viáveis, já que a única outra possível fornecedora, a empresa *Trap Rock*, não estava, naquela época, certificada para trabalhar para o Estado e, ainda, seu preço era mais alto que o da empresa *Warner*. Além disso, a capacidade de produção da empresa *Trap Rock* era limitada em razão da quantidade de caminhões disponíveis.

Quanto à *Warner*, ela continuou assegurando que as entregas seriam regularizadas. Entretanto, o seu serviço não melhorou e, em 21 de junho de 1972, o Departamento de Transportes da Pennsylvania determinou que todo o trabalho de construção da ponte fosse interrompido até que a qualidade do serviço da *Warner* fosse discutida em uma conferência, que teve lugar no dia seguinte, 22 de junho. Com base nas novas promessas realizadas pela *Warner* de que melhoraria o seu serviço, as obras foram retomadas em 26 de junho. Dessa data até 20 de julho, o serviço de entregas da *Warner* melhorou significativamente. Nos meses seguintes, porém, até outubro de 1972, o serviço da empresa voltou a ser imprevisível e irregular.

Antes disso, contudo, alguns fatos relevantes ocorreram. Em 14 de junho de 1972, a *Groves* novamente procurou a empresa *Trap Rock* para que esta passasse a fornecer o

⁴⁸ S. J. GROVES & Sons Company, Appellant, v. Warner Company. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/576/524/254816/>>. Acesso em: 02 set. 2015.

concreto. Esta afirmou que poderia realizar o serviço, porém manteve o seu preço em patamar superior ao da *Warner*. Em 11 de julho de 1972, a empresa *Trap Rock*, enfim, foi credenciada pelo Estado e, no dia seguinte, aceitou realizar o trabalho de entrega de concreto pelo mesmo preço cobrado pela *Warner*. No entanto, a *Groves* decidiu manter a *Warner* como a sua fornecedora única.

Terminada a obra, a *Groves* ingressou em juízo em face da *Warner*, pleiteando o ressarcimento dos danos acarretados pelo mau serviço prestado ao longo de quase todo o tempo de vigência do contrato, em especial aqueles relativos às horas extras pagas em razão da irregularidade das entregas realizadas pela *Warner*.

A demanda, junto ao juiz distrital, foi julgada parcialmente procedente. Isso porque, a despeito de ter sido considerado que a *Warner* atuara de má-fé, ela não deveria arcar com os danos relativos à totalidade do período de vigência do contrato. Afinal, a partir de 12 de julho de 1972, quando a *Trap Rock*, enfim, foi credenciada pelo Estado, passou a não haver qualquer impedimento de que a *Groves* a contratasse como fornecedora suplementar de concreto. Vale dizer, o juízo distrital entendeu que o *duty to mitigate* somente teria sido cumprido em caso de a *Groves* contratar a *Trap Rock* para suprir as falhas da *Warner*. Segundo o juízo distrital, em 15 de junho de 1972 a *Groves* já não tinha qualquer expectativa razoável de que a performance da *Warner* melhoraria em níveis totalmente satisfatórios. Assim, não havia outra alternativa viável à empresa senão contratar a *Trap Rock* tão logo ela estivesse credenciada, isto é, a partir de 12 de julho de 1972.⁴⁹ Como consequência, somente foi concedida indenização relativa ao período anterior a 12 de julho de 1972, não quanto ao período posterior.

Inconformada, a *Groves* recorreu à corte de apelação que, por sua vez, reformou a decisão do juízo distrital.

Inicialmente, foi entendido pela corte de apelação que o juízo distrital deixou de analisar diversas e relevantes questões acerca da opção realizada pela demandante. Em primeiro lugar, ainda que a empresa *Trap Rock*, na condição de fornecedora suplementar, conseguisse

⁴⁹ Confira-se do seguinte trecho: “*The district judge found that Warner had acted in bad faith by deliberately overcommitting its ability to manufacture and deliver enough concrete, providing an inadequate number of trucks to service Grove’s project, and following a policy of providing delivery at only 75 percent of the ordered rate. On the basis, the court stripped Warner of the protection offered by the no-claim-for-delay clause in its contract and awarded damages. In the court’s view, on June 15, 1972 Groves had no reasonable expectation that Warner’s performance would improve to ‘totally satisfaction levels’ and by July 11, 1972, ‘there were no practical impediments to employing Trap Rock as a supplemental supplier’. The court therefore concluded that ‘as of July 12, 1972, Groves had an obligation to utilize Trap Rock as a supplemental supplier in order to mitigate any possible ‘delay damages’ resulting from Warner’s service’*”.

realizar os fornecimentos conforme agendados, não haveria qualquer garantia de que a *Warner* fosse fazer o mesmo. Assim, o problema se manteria, bem como o problema de qualidade do concreto por ela fornecido. Por outro lado, a existência de dois fornecedores atuando separadamente poderia causar ainda mais problemas do que aqueles até então existentes. Além disso, consta que parte do material bruto para que a *Trap Rock* realizasse a produção do concreto era fornecida pela própria *Warner*. Havia, então, o fundado temor de que a *Warner* poderia deixar de ser cooperativa nesse fornecimento, caso a *Groves* contratasse a *Trap Rock*.⁵⁰

Por fim, e este foi um ponto relevante da decisão, foi considerado que, no caso em questão, a providência de se contratar a Empresa *Trap Rock* como fornecedora suplementar estava à disposição tanto da fornecedora do serviço quanto da tomadora do serviço. Vale dizer: da mesma forma que a *Groves*, percebendo que não estava recebendo um serviço a contento, poderia contratar a *Trap Rock* a partir de seu credenciamento, a *Warner* também poderia fazê-lo ao tomar consciência de que não tinha condições de prestar o serviço tal como contratado. Poderia, portanto, contratar mais caminhões e mais concreto, se necessário, para ajustar as entregas. Era, pois, uma medida que estava ao alcance de ambas. Ambas as partes tiveram oportunidades iguais de agir para mitigar os danos.

Dessa forma, segundo o julgado, isto é, se ambos os contratantes tinham as mesmas condições de mitigar o dano, mas não o fizeram, quem viola o contrato não está em posição de suscitar a falha da outra parte em mitigá-lo. A *Warner* não pode alegar uma falha da outra parte em mitigar se ela própria incorreu nessa falha. Concluiu-se ali, portanto, que não deve ser aplicado o *duty to mitigate the loss* favoravelmente ao devedor se ele tem as mesmas oportunidades que o credor de mitigar o dano.

Inclusive, no caso em questão, observou-se que a impossibilidade de utilização do *duty to mitigate* em detrimento do credor adviria, também, do fato de que o devedor violou o contrato agindo com má-fé. Ou seja, utilizou-se argumento não usual no direito anglo-saxão no que diz respeito a essa matéria, isto é, a realização de conduta em desconformidade com a boa-fé.

Diante disso, como resultado do julgamento, a decisão do juízo distrital foi reformada, de modo que a indenização não ficou restrita ao período anterior a 12 de julho de 1972, sendo estendida para além da referida data.

⁵⁰ S. J. GROVES & Sons Company, Appellant, v. Warner Company. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/576/524/254816/>>. Acesso em: 02 set. 2015.

1.1.4 Breves comentários acerca das decisões acima analisadas

As decisões acima mencionadas, por certo, não são passíveis de sintetizar a totalidade das discussões que o *duty to mitigate the loss* provoca, mas delas é possível extrair algumas diretrizes acerca de como o *duty* é aplicado no direito anglo-saxão.

De início, cumpre mencionar o caráter extremamente cambiante das opiniões relativas aos mesmos fatos. Em todos os casos acima analisados, a decisão de última instância reformou decisões anteriores. Vale dizer: em nenhum dos casos a decisão prolatada em primeira instância foi mantida até a última instância. Juízos distintos julgaram o mesmo caso de maneiras distintas. No caso *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd*, inclusive, a decisão final se deu por maioria.

No primeiro caso acima analisado, qual seja, o *Darbishire v. Warran*, as instâncias anteriores de julgamento entenderam que a vítima cumpre o dever de mitigar ainda que a sua opção seja, clara e evidentemente, antieconômica. No caso em questão, restou expresso no relatório do caso que a própria companhia seguradora desaconselhou a realização dos reparos. A opção da vítima, mesmo sendo, de plano, desarrazoada do ponto de vista econômico, foi prestigiada pelas instâncias anteriores de julgamento.

Já no âmbito da *Royal Courts of Justice*, entendeu-se de forma distinta. Nela, foi considerado que a análise econômica da opção adotada pela vítima é essencial. Não basta a vítima ter agido no sentido da mitigação dos danos, mas sim é necessário que ela aja razoavelmente. Assim, a questão do cumprimento ou não do *duty*, segundo o entendimento ali esposado, não é, apenas, uma questão de inércia ou omissão. O descumprimento do *duty* pode ocorrer ainda que haja um ato comissivo da vítima, porém antieconômico.

Para a instância superior, não bastou, portanto, sair-se de uma condição inercial, ainda que o resultado final material da conduta – conserto do carro deixando-o na mesma condição em que se encontrava antes do evento danoso – tenha sido satisfatório. Relevante, também, foi o custo de tal resultado.

De qualquer modo, deve-se notar a preocupação do julgador da instância superior em deixar claro que, desde o início, a vítima já sabia que a sua conduta de, a qualquer preço, querer sanar os danos do carro, era antieconômica, de modo a reforçar a ideia de que o demandante não estava diante de duas alternativas razoáveis. Não: ele estava diante de duas hipóteses, sendo que uma razoável e a outra claramente não razoável. Essa consideração não

foi realizada pelo juízo de primeira instância, o que demonstra a diferença de critérios que pode haver entre dois órgãos julgadores distintos.

No que se refere ao segundo caso, isto é, *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd*, em todas as instâncias foi feita uma análise acerca da conduta do Banco de Portugal em retirar de circulação todas as cédulas de 500 Escudos com a efígie de Vasco da Gama, fossem elas, de fato, falsas ou não.

Entretanto, as instâncias inferiores enxergaram um ponto de virada na razoabilidade, qual seja, o momento em que o Banco passou a ter o conhecimento da técnica de diferenciar as cédulas boas das más. Isso porque, nas instâncias inferiores, entendeu-se que não seria razoável o Banco honrar o valor de face das notas falsas. Se são falsas, as notas nada valem e, por isso, não devem ser honradas, daí o estabelecimento de uma data, a partir da qual a reparação não mais seria cabível em relação ao reembolso das notas não autorizadas.

Já no âmbito do julgamento na Câmara dos Lordes, a solução foi distinta. Para ela, não houve aquele ponto de virada. Entendeu-se, ainda que por maioria, que era razoável o reembolso mesmo em relação às cédulas falsas, mormente em razão da insegurança no mercado que poderia causar a negativa em honrar tais cédulas.

Admitiu-se, por outro lado, que até poderia ser razoável, também, a opção do Banco caso decidisse não honrar as cédulas falsas. Ou seja, reconheceu que há situações nas quais há mais de uma opção razoável ainda que, ao final, uma seja mais eficiente que as outras. E nesses casos de dupla razoabilidade, mesmo se adotada aquela que, em tese, não é a mais eficiente, não terá havido a violação do *duty to mitigate the loss*.

Portanto, no referido caso, houve divergências de opinião em relação à razoabilidade ou não de um mesmo ato, bem como se deixou claro que, em havendo duas situações em tese razoáveis, deve ser prestigiada a opção realizada pela parte, ainda que a outra seja mais eficiente.

Já no último julgado acima analisado, qual seja, o *S. J. Groves & Sons Company, Appellant, v. Warner Company*, o juízo de primeira instância ao apontar, expressamente, qual opção deveria adotar o credor, em lugar da que este adotou, o fez sem os devidos cuidados segundo a corte de apelação, já que não levou em consideração as circunstâncias do caso. Assim, demonstrou-se que, quando o juízo realiza a sua “opção” de conduta razoável, deve analisar todos os aspectos do caso e, de forma minuciosa, deve enfrentar todas as inúmeras questões que surgiram em caso de sua adoção, o que nem sempre é feito.

Nesse mesmo caso, o juízo de primeira instância, ao dizer qual conduta deveria ter sido adotada pelo credor, não levou em consideração quais seriam as providências passíveis de serem tomadas pelo réu. Vale dizer: o juízo de primeira instância enfocou nas

possibilidades de conduta do demandante, deixando de analisar as possibilidades de conduta do réu. Decidiu-se que não devem ser olvidadas a conduta e as possibilidades de conduta daquele que, inicialmente, agiu causando um dano. Daí ter sido considerado, na corte de apelação, que se ambos, autor e réu, se encontravam equidistantes da conduta de mitigação, não poderia ser imputado ao demandante o descumprimento do *duty to mitigate the loss*. Resta saber se essa premissa é aplicável em nosso sistema, o que mais adiante será analisado.⁵¹

Aliás, não se ignore o fato de que a empresa demandante, *S. J. Groves*, apesar de todas as falhas incorridas pela demandada, *Warner*, agiu no sentido de, mitigando as consequências de tais falhas, terminar a obra em prazo previsto.⁵² Ou seja, a própria conduta da empresa em cumprir o prazo já denota a atitude no sentido de mitigar os danos.

Portanto, da análise dos julgados acima, pode-se perceber que, no âmbito da *common law*, quanto ao *duty to mitigate the loss* há uma carência de parâmetros para a sua aplicação, o que cria um campo fértil a que órgãos jurisdicionais distintos julguem o mesmo caso, ou casos semelhantes, de forma distinta. Não obstante, a análise dos casos em questão indica determinados caminhos a seguir quanto ao tema. Ao lado disso, cabe indagar se as soluções dadas naqueles julgados são aplicáveis em nosso ordenamento, o que será analisado em momento oportuno.

Cabe, ainda, fazer a análise dos casos mencionados à luz da tripartição, já mencionada neste trabalho, referente aos efeitos da aplicação do *duty to mitigate the loss*.⁵³

Quanto ao primeiro efeito, qual seja, o de que a vítima não deve ser ressarcida pelo valor relativo aos danos que, razoavelmente, poderia evitar, observa-se que nos casos *Darbishire v. Warran* e *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd.* foi reconhecida a realização de atos tendentes a mitigar o dano sofrido, logo, passíveis de ser ressarcidos.

Já quanto ao caso *S. J. Groves & Sons Company v. Warner Company*, a situação foi um pouco distinta, tendo-se em vista que a empresa *S. J. Groves*, na realidade, não realizou a

⁵¹ Vide item 4.5.

⁵² “*Claims for loss of productivity not resulting in overtime were denied because, despite its problems, Groves did complete the work it had scheduled on each day*”. (S. J. GROVES & Sons Company, Appellant, v. Warner Company. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/576/524/254816/>>. Acesso em: 02 set. 2015).

⁵³ A saber: a) o demandante não pode ser ressarcido por danos que, razoavelmente, poderia evitar; b) o demandante será ressarcido pelas despesas que teve ao realizar os atos tendentes à mitigação dos danos; e c) a fixação da indenização da vítima deverá levar em consideração o resultado das providências adotadas para fins de mitigação dos danos.

contratação de terceira empresa para que fossem regularizadas as entregas do material necessário ao desempenho de sua atividade. Logo, sob esse aspecto, verificou-se uma omissão da empresa autora. Não obstante, foi reconhecido que tal omissão não fugiu à razoabilidade, de modo que não se configurou o descumprimento do dever de mitigar. Considerou-se, assim, que os danos sofridos pela empresa prejudicada foram inevitáveis, fazendo-se jus, por conseguinte, à indenização relativa à integralidade dos danos alegados.

No que se refere ao segundo efeito, qual seja, a necessidade de ressarcimento em relação às despesas efetuadas para mitigar o dano, no caso *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd* foi reconhecida a necessidade de ressarcimento da integralidade dos danos pleiteados pelo *Banco de Portugal*.

Quanto ao caso *S. J. Groves & Sons Company v. Warner Company*, a empresa *S. J. Groves*, visando à mitigação dos efeitos decorrentes da irregularidade nas entregas realizadas pela *Warner*, acabou tendo que despender valores a título de horas extras dos seus funcionários. Tais valores, como se viu, foram pleiteados pela empresa, tendo sido reconhecida a necessidade de indenizá-los.

Já o caso *Darbishire v. Warran* traz um dado interessante. Afinal, como já se mencionou no presente trabalho, ao realizar o ato tendente a mitigar o dano, a vítima acabou por gastar valor superior ao razoável, isto é, despendeu valores superiores ao próprio valor de mercado do veículo avariado. Considerou-se que o valor excedente teria extrapolado a razoabilidade, não sendo devido, pois, o seu ressarcimento. Com isso, foi estabelecido um limite para o ressarcimento, qual seja, a razoabilidade dos gastos realizados para fins de mitigar os danos.

No que diz respeito ao terceiro efeito da aplicação do *duty to mitigate the loss*, isto é, a necessidade de que a fixação da indenização da vítima leve em consideração o resultado das providências adotadas para fins de mitigação dos danos, há dois aspectos a serem considerados. Quanto à não inclusão na indenização do montante relativo aos danos evitados, isso, na realidade, se verificou nos três casos, já que as indenizações somente se referiram aos prejuízos efetivamente sofridos.

Quanto à necessidade de se levar em consideração, também, eventuais benefícios experimentados com as providências tendentes a mitigar os danos, o julgamento do caso *Banco de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd*. levou essa circunstância em consideração. Isso porque, ao ser fixada a indenização, dela foi descontado o valor de £ 488.430,00, recebidos por ocasião da liquidação do Banco Angola e Metrópole. Ou seja, dentre os atos tendentes à mitigação dos danos acarretados pela fraude perpetrada, houve a liquidação do Banco Angola e Metrópole, que teve papel central na operação fraudulenta. Dessa liquidação, resultou um

crédito de £ 488.430,00, consequentemente descontados do prejuízo inicialmente alegado de £ 1.115.613,00, resultando-se, ao fim, em indenização no montante de £ 610.392,00.

Do aqui exposto, verifica-se que, em que pese os casos selecionados para análise responderem por uma parcela mínima daqueles nos quais foi invocado o *duty to mitigate the loss*, são bons exemplos de aplicação dos efeitos centrais do instituto.

1.2 O tratamento conferido ao *duty to mitigate the loss* por doutrina e jurisprudência brasileiras

Duas realidades distintas são encontradas quando analisados os tratamentos que a doutrina e a jurisprudência conferem ao *duty to mitigate the loss*. Isso porque, no que se refere à primeira, não são muitos os doutrinadores que se dedicaram ao estudo do tema aqui em nosso país.

E não é só isso. Além de haver poucos que se dedicam ao tema, alguns não tiveram a intenção de, propriamente, estudar o tema a fundo, conferindo-se parâmetros aos aplicadores do direito para a sua aplicação, mas apenas a de noticiar a existência do *duty to mitigate the loss* e a sua provável compatibilidade com o ordenamento pátrio, como se verá adiante. E a escassez de aprofundamento, na doutrina, acerca do tema – salvo honrosas exceções –, faz com que não estejam amadurecidos, ainda, os parâmetros para a aplicação do *duty to mitigate* no Brasil.

No que se refere à jurisprudência, a simples existência de julgados no Superior Tribunal de Justiça quanto ao tema faz com que os tribunais regionais e estaduais se espelhem no tribunal superior para fins de entenderem pela possibilidade, em tese, de aplicação do dever de mitigar no Brasil. Por outro lado, contudo, como a discussão do tema no Superior Tribunal de Justiça é escassa, a par de se entender possível a aplicação, não se tem parâmetros de como o dever de mitigar será aplicado. Vale dizer: se a existência de discussão nos tribunais superiores confere uma segurança acerca de sua aplicabilidade no Brasil, o fato de serem poucos ali os processos a tratar do tema faz com que não se confira uma uniformidade à maneira pela qual o dever de mitigar deve ser aplicado. Se há uma certa tranquilidade na jurisprudência acerca da sua aplicabilidade, não há parâmetros acerca de *como* será aplicado.

Poucos, ainda, são os casos nos quais ele é discutido no âmbito dos tribunais regionais federais, o que também acaba por dificultar a unificação da forma como as sessões judiciais vinculadas a cada tribunal regional federal aplicarão o dever de mitigar.

Em termos quantitativos, realidade distinta é verificada nos tribunais estaduais, onde há uma profusão de processos nos quais o dever de mitigar é discutido. Ocorre que, em razão do, em geral, pouco aprofundamento da doutrina quanto ao tema, os julgadores muitas vezes não dispõem das balizas para a sua aplicação adequada, inviabilizando-se, via de consequência, uma uniformidade mínima na utilização do instituto. Ou seja, o referido mecanismo é utilizado por já haver precedente no STJ e, ainda, o Enunciado 169 do CNJ, mas sem uma sistematização. Não há, assim, uma previsibilidade acerca dos casos nos quais os tribunais entenderão aplicável ou não o dever de mitigar.

Vale destacar, ainda, que não raro a aplicação do dever de mitigar ocorre sem o necessário cuidado. Isto é, por vezes, não se analisam a fundo todas as circunstâncias que envolvem o caso, o que pode levar à sua má aplicação.

São essas questões que serão vistas mais adiante, por meio de uma análise crítica de como ele vem sendo aplicado no Brasil e de quais os parâmetros para a sua aplicação.

1.2.1 A análise da incorporação do *duty to mitigate the loss* na doutrina

Ao haver a importação de um instituto de origem estrangeira, há de ser realizada uma análise de sua compatibilidade com o ordenamento de destino, bem como a verificação de sua utilidade no novo sistema. Somente por meio de tal crivo será viável concluir pela pertinência da incorporação do instituto estrangeiro.

No que se refere ao *duty to mitigate the loss*, aqui no Brasil ele foi incorporado com a denominação de *dever da vítima (ou do credor) de mitigar o próprio dano (ou prejuízo)*.⁵⁴ Trata-se não de uma simples tradução do termo anglo-saxão, mas sim de uma nova denominação que espelha a ressignificação recebida pelo instituto no nosso ordenamento.⁵⁵

⁵⁴ No presente trabalho, optar-se-á pela utilização do termo *dano* em lugar de *prejuízo*, já que a existência do dano é que fundamenta a responsabilidade civil. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, “o dano, como se sabe, é o fundamento unitário da responsabilidade civil, a própria razão de ser do dever de indenizar”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.324). Por outro lado, optar-se-á pela utilização do termo *vítima* em lugar de *credor*, em razão de ser um termo que melhor se adequa às situações de danos ocorridos nas relações extracontratuais.

⁵⁵ KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.219, 2012.

É necessário, assim, verificar o que se entende por *dever do credor de mitigar o próprio dano* no Brasil. Antes, porém, cabe analisar o conceito conferido ao *duty to mitigate the loss* na Convenção de Viena de 1980⁵⁶, relativa à Venda Internacional de Mercadorias, em seu art. 77, que assim preceitua:

A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.⁵⁷

Nota-se que, no âmbito do direito internacional, ao ser utilizado o vocábulo *deve*, consagrou-se ali o caráter do *duty to mitigate* como um *dever* do credor. Vale dizer: a referida convenção impõe ao credor a mitigação dos danos por ele sofridos.

O referido dispositivo fez despertar a curiosidade de Véra Maria Jacob de Fradera, o que a levou a realizar estudo pioneiro no Brasil a respeito do tema, no ano de 2004.⁵⁸ Vale notar que o referido estudo, mais do que aprofundar o tema da incorporação do *duty to mitigate* ao ordenamento brasileiro, apenas cogita a possibilidade de sua incorporação. Isso pode ser verificado a partir da análise do trecho a seguir transcrito:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa do contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, *todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação*. [...] De vez que o direito brasileiro vem sendo, há longos anos, bastante influenciado pela doutrina e jurisprudência alemãs, a consequência lógica, ainda mais em sendo o Código Civil muito recente, seria a de ter incorporado o comportamento em análise.⁵⁹

⁵⁶ O texto da Convenção de Viena de 1980 foi aprovado pelo Senado Federal por meio do Decreto Legislativo n.º 538/2012.

⁵⁷ Tradução extraída do endereço eletrônico <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>, Acesso em: 22 nov. 2012.

⁵⁸ Ver FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.19, p.109-119, 2004.

⁵⁹ *Ibid.*, p.116.

A utilização da expressão *poderia ser considerado* denota que, no momento da confecção do referido estudo, ainda não se havia chegado a uma conclusão acerca da sua incorporação ao ordenamento pátrio.

Em reforço à afirmação acima, a conclusão do referido trabalho não deixa dúvidas de que, até aquele momento, não se tinha uma certeza sobre a incorporação ao direito brasileiro do dever de mitigar:

Esperemos, pois, que, a exemplo do ocorrido no passado e sob o império do Código de 1916, a Doutrina e a Jurisprudência nacionais, mediante o auxílio do direito comparado, e com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, reconheçam a existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu prejuízo.⁶⁰

A utilização, no trecho transcrito, do termo *esperemos* também traduz mais uma expectativa, e menos uma certeza, acerca da existência de um dever de comportamento a ser aplicado no Brasil.

De qualquer modo, aventados como possíveis fundamentos para a incorporação do referido dever, foram elencados: a) o princípio da boa-fé objetiva; b) o *venire contra factum proprium*; e c) o abuso de direito.⁶¹

Em relação ao tema, poucos meses após a confecção de seu estudo pioneiro, Véra Maria Jacob de Fradera propôs edição de enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que foi aprovado nos seguintes termos:

Enunciado 169. Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.⁶²

Seguiram-se, no Brasil, outros, porém não numerosos, estudiosos do tema. Dois deles, Paulo Nalin e Hugo Sirena, em estudo conjunto, assim definiram o *duty to mitigate the loss*:

⁶⁰ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.19, p.119, 2004.

⁶¹ *Ibid.*, p.116-117.

⁶² Como fundamento para a aprovação da sua proposta de enunciado, a autora se utilizou das ideias expostas no texto *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*, como pode ser verificado no endereço eletrônico <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.

[...] o princípio do *duty to mitigate the loss* pode ser compreendido, como a própria denominação sugere, pela ideia do dever de mitigar o próprio prejuízo. Em outras palavras, consolida-se na concepção de que as partes contratantes devem tomar todas as medidas possíveis (e necessárias) para que o dano causado na relação obrigacional não seja agravado. Deste modo, ‘a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame necessário (*sic*) e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade [...]’⁶³

De acordo com o trecho acima, o *duty to mitigate the loss* estaria ligado à noção dos deveres de cooperação e lealdade, deveres impostos pela boa-fé objetiva.⁶⁴ E, denominando-o *princípio*, afirmam que o seu fundamento, para fins de incorporação no nosso sistema, é a boa-fé objetiva⁶⁵, embora fazendo a ressalva de que aqui não há a sua previsão expressa, mas reconhecendo uma “inegável compatibilidade entre seus contornos conceituais e as diretrizes que regem o direito brasileiro”.⁶⁶ Como consequência dessa compatibilidade, mencionam que independentemente de ratificação da Convenção de Viena pelo Estado Brasileiro, o *duty to mitigate the loss* já seria digno de adoção em nosso país, entendendo ser um mecanismo indispensável ao desenvolvimento das relações contratuais.⁶⁷

Alessandra Tufvesson, ao estudar a participação da vítima na quantificação da indenização na responsabilidade civil extracontratual, admite que esse é um campo no qual o *duty to mitigate the loss* é invocável⁶⁸, não se restringindo a sua aplicação, pois, às situações de descumprimento de obrigações contratuais.

⁶³ NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do *duty to mitigate the loss*. *Revista Jurídica*, São Paulo, n.422, p.37, 2012. Releva notar a utilização no referido estudo do vocábulo *necessário*. Parece, contudo, que este termo constou do referido trecho como resultado de erro material, uma vez que mais coerente com o sentido do texto é o termo *desnecessário*.

⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.90.

⁶⁵ “Assume-se, nessa passagem, ao menos em vista pretendida aproximação do princípio em cena ao sistemas legal brasileiro, o seu fundamento com base no princípio da boa-fé objetiva, cujo entendimento não é absoluto na doutrina estrangeira”. (NALIN; SIRENA, op. cit., p.37).

⁶⁶ *Ibid.*, p.39.

⁶⁷ *Ibid.*, p.45.

⁶⁸ Como exemplo de aplicação do *duty to mitigate* a autora menciona os casos de lesão corporal, no qual a vítima não realiza o tratamento prescrito, que minimizaria os danos sofridos. (PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista da EMERJ*, v.11, n.44, p.139, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edições/revista44>. Acesso em: 14 maio 2013).

Como fundamento do dever, também partilha da posição de que o *duty to mitigate the loss* está ligado ao dever de boa-fé⁶⁹, acrescentando que a não mitigação constitui culpa, que tem como efeito o rompimento do nexa causal entre a ação inicial do agente e o agravamento do dano.⁷⁰

O dever de mitigar também não é estranho a Flávio Tartuce. Em estudo sobre o tema, no qual propõe uma abordagem preliminar a respeito, ele apresenta a tese de que o descumprimento do referido dever configura uma quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé, configurando-se, pois, geração de responsabilidade objetiva daquele que não mitigou.⁷¹

Em estudo posterior, Flávio Tartuce manteve o posicionamento de que o dever de mitigar se fundamenta na boa-fé objetiva, apresentando, ainda, os arts. 768⁷², 769⁷³ e 771⁷⁴ do Código Civil, que disciplinam o contrato de seguros, como exemplos positivados do referido dever.⁷⁵

Em obra de fôlego sobre o tema da mitigação dos danos, Christian Sahb Batista Lopes, tal como os demais doutrinadores acima mencionados, entende que a mitigação se fundamenta na boa-fé objetiva, afirmando que “a boa-fé impõe o reconhecimento da norma de mitigação [...]”.⁷⁶

Em que pese entender ser a mitigação de danos baseada na boa-fé objetiva, o referido autor, ao tratar de sua natureza jurídica, afirma que aquela, a rigor, não se trata de um dever,

⁶⁹ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista da EMERJ*, v.11, n.44, p.135-136, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44>. Acesso em: 14 maio 2013.

⁷⁰ *Ibid.*, p.139.

⁷¹ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem*. p.4. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalpage=2>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁷² “Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.

⁷³ “Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que o saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”.

⁷⁴ “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”.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011. p.304-305.

⁷⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.164.

por não haver em relação a ela um direito subjetivo contraposto. Para Christian Sahb Batista Lopes, a mitigação se trataria, portanto, de um ônus jurídico.⁷⁷

Já para Daniel Pires Novais Dias, não há como se entender recepcionado no ordenamento brasileiro o *duty to mitigate the loss*.⁷⁸ Afinal, entende o referido autor não haver uma lacuna no direito brasileiro que justifique a incorporação do referido dever, sendo tal incorporação, portanto, desnecessária. Para tanto, afirma o seguinte:

Enfim, da análise desenvolvida com os artigos 402, 403 e 945 do Código Civil de 2002, conclui-se que as situações em que o credor inadimplido, ou a vítima de dano extracontratual, permanece inerte em face da produção ou agravamento do próprio dano, encontram regulação no Código Civil, não havendo que se falar em lacuna em relação a elas. A recepção de uma regulação estrangeira como o *duty to mitigate the loss*, ou mesmo qualquer outra, resulta desnecessária.⁷⁹

Para o referido autor, a mitigação do dano consistiria em *encargo de evitar o próprio dano*, e não dever.⁸⁰ Isso porque, para ele, a conduta de mitigar não seria exigível pela outra parte, ressaltando o fato de que não há qualquer norma que impeça a parte de causar danos a si própria.⁸¹

⁷⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.196.

⁷⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.9, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

⁷⁹ *Ibid.*, p.24.

⁸⁰ Confira-se do seguinte trecho “[...] o encargo reflete a necessidade de adoção de uma conduta para aquisição ou conservação de uma determinada vantagem jurídica pelo agente, mas sem que a sua inobservância lese outra pessoa ou faça surgir qualquer obrigação de indenizar.

[...]

Transpondo para a situação do comportamento da vítima em face do próprio dano: ao não adequar sua conduta de modo a evitar o próprio dano ou o seu agravamento, isto é, ao não observar o encargo de afastamento do dano ou minimização de sua extensão, a vítima perderia, total ou parcialmente, o direito à indenização pelo respectivo dano que poderia ter evitado sofrer”. (*Ibid.*, p.33-34).

⁸¹ Confira-se do seguinte trecho: “não há que se falar em dever genérico ou mesmo acessório de evitar danos a si porque esta conduta por parte do lesado não é exigível: primeiro que ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável, e, segundo, que a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer. É exatamente isso que reflete a figura do encargo aplicado à situação da parte prejudicada diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo”. (*Ibid.*, p.35-36).

Fazendo um apanhado do que se disse, parece ser majoritariamente aceita pelos doutrinadores brasileiros a existência de um dever de mitigar o dano com base na boa-fé objetiva, o que, inclusive, se refletiu na aprovação do Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, diretamente relacionado com o art. 422 do Código Civil.

1.2.2 Da análise da incorporação do *duty to mitigate the loss* na jurisprudência

Visto o posicionamento da doutrina acerca do tema, necessária se faz, neste momento, a verificação de como o dever de mitigar vem sendo aplicado na prática.

Iniciando-se a análise pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se que lá não foram encontrados resultados em busca acerca do tema.⁸²

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foram encontrados sete processos relativos ao tema.⁸³ Dos sete, em quatro constou-se a aplicação do *duty to mitigate* por parte da relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em sede de *habeas corpus*. Desses quatro, em três (HCs 137.549-RJ, 131.830-SP e 171.753-GO) o *duty to mitigate* foi aplicado em relação à questão processual, e não quanto à questão de direito material, para fins de subsidiar indeferimento de requerimento de nulidade da ação penal. Ali, fundamentou-se o indeferimento no sentido de que os pacientes não atuaram conforme a boa-fé processual no âmbito da ação penal em que teriam ocorrido os supostos atos coatores impugnados. Como exemplo, cita-se trecho do voto prolatado pela Exma. Relatora:

[...] o caso em foco possui certa peculiaridade que afasta o reconhecimento da sanção de nulidade. Como o próprio Tribunal local reconheceu, até o oferecimento das alegações finais, poderia ter a Defesa insistido na colheita do depoimento da testemunha Michele César Amador, que teria mudado para o exterior. No entanto, após a formal desistência do *Parquet*, as alegações finais foram formuladas, não

⁸² Os termos de pesquisa utilizados no site www.stf.jus.br foram “*duty e mitigate*” e “dever e credor e mitigar”, utilizando-se o campo *pesquisa livre*, tendo sido encontrada uma decisão monocrática com esses últimos termos, relativa ao ARE 882958/RJ, que, porém, não trata do assunto em comento. Ambas as buscas foram realizadas em 16/07/2015.

⁸³ Os termos de pesquisa utilizados na consulta processual junto ao site www.stj.jus.br foram “*duty e mitigate*”, utilizando-se o campo *pesquisa livre*. Já com a utilização dos termos “dever e credor e mitigar”, o resultado foi de um único processo, que já havia constado do resultado relativo àqueles primeiros termos. Ambas as consultas foram realizadas na data de 16/07/2015.

sendo apontada, em sede preliminar, a suposta eiva, dando a entender que teria ocorrido aquiescência.

Neste cenário, é possível invocar outro subprincípio da boa-fé objetiva, *duty to mitigate the loss*. [...]

Desta forma, creio que serôdia insurgência somente após a realização de diversos atos processuais, como o interrogatório, alegações finais e sentença, evidencia a consolidação da situação, cristalizando a tácita aceitação da ausência de oitiva da testemunha.

Não deveria a parte insistir em marcha processual que crê írrita, sob pena de investir tempo e recursos de modo infrutífero.⁸⁴

No processo restante relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura (HC 266.426-SC), o *duty to mitigate* foi utilizado para fins de subsidiar a concessão da ordem, ingressando-se, no referido caso, já na questão de direito material ali posta em discussão. Na situação em comento, os pacientes agiram no sentido de sanar uma irregularidade, tipificada como crime, que haviam cometido. No momento em que se iniciaram as providências para tanto, despertou-se a atenção do órgão ministerial, que ingressou com a ação penal. Na decisão do Superior Tribunal de Justiça concessiva da ordem, foi reconhecido o esforço dos pacientes em sanar a irregularidade por eles cometida. Assim, entendeu-se que teriam agido conforme o *duty to mitigate the loss*, determinando-se o trancamento da ação penal originária.⁸⁵

Houve, ainda, mais um *habeas corpus* no qual a Min. Maria Thereza de Assis Moura invocou o *duty to mitigate the loss* para negar a concessão da ordem, ocorrendo, contudo, que no referido caso ela restou vencida.⁸⁶

Já saindo da seara do direito penal, verifica-se que de todos os acórdãos encontrados no Superior Tribunal de Justiça nos quais se invoca o *duty to mitigate the loss*, o mais antigo foi aquele prolatado no Recurso Especial n.º 758.518-PR, de que foi relator o Ministro Vasco Della Giustina. O caso em questão se referiu a um contrato de compra e venda de um imóvel, no âmbito do qual o comprador deixou de efetuar, em 1994, o pagamento das prestações decorrentes do negócio jurídico, abandonando o imóvel em 2001, sendo que somente em 2002 o vendedor ingressou com a demanda por meio da qual pretendeu defender o seu patrimônio. Entendeu-se que, como decorrência da boa-fé objetiva, as partes devem exercer seus direitos de modo ágil, sendo

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 171.753-GO*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 04/04/2013. Órgão Julgador: 6.ª Turma. Publicação: DJe 16/04/2013.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 266.426-SC*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 07/05/2013. Órgão Julgador: 6.ª Turma. Publicação: DJe 14/05/2013.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 255.744-PR*. Relator: Assusete Magalhães. Julgamento: 06/12/2012. Órgão Julgador: 6.ª Turma. Publicação: DJe 07/08/2013.

esse um preceito ético, de modo a “não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais”⁸⁷, excluindo-se do ressarcimento, ao fim, a privação do uso por um ano.

Por fim, o *duty to mitigate the loss* foi invocado no julgamento do REsp. 1.325.862-PR, do qual foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão. No caso em questão, entendeu-se que a parte que pleiteou indenização por danos morais poderia ter mitigado os efeitos do fato que teria ensejado o dano alegado, mas não o fez. Assim, foi indeferida a indenização pleiteada.⁸⁸

Eis, então, os casos encontrados no STJ – pouco numerosos, é bem verdade – nos quais se julga utilizando-se a aplicação do *duty to mitigate de loss*. Importante notar que, tal como ocorre com a maioria dos doutrinadores que tratam do tema em nosso país, no Superior Tribunal de Justiça o *duty to mitigate* é fundamentado na boa-fé objetiva.

Portanto, a existência de julgados, em tribunais superiores, nos quais se aplica o *duty to mitigate*, demonstra que foi reconhecida a sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

No âmbito dos tribunais regionais federais, foram encontrados apenas cinco precedentes na 5.^a Região, três na 3.^a Região e um na 2.^a Região⁸⁹ nos quais se invoca o *duty to mitigate*, quer se reconhecendo a sua aplicabilidade no caso concreto, quer se reconhecendo a sua inaplicabilidade.

Se no âmbito do STJ e nos tribunais regionais a utilização do *duty to mitigate the loss* parece ser rarefeita, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro o cenário é distinto, havendo uma significativa quantidade de decisões nas quais o referido tema é invocado.⁹⁰ De qualquer modo, impende ser feita uma análise mais minuciosa desses casos, não se atendo, somente, ao número final de processos nos quais o *duty to mitigate* é aplicado. Isso porque as situações se repetem, isto é, consta a utilização do dever de mitigar em situações muitíssimo

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 758.518-PR. Relator: Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJ/RS). Julgamento: 17/06/2010. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJe: 28/06/2010.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.325.862-PR. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe.: 10/12/2013.

⁸⁹ Os termos de pesquisa utilizados no site www.cjf.jus.br foram *duty* e *mitigate* e “dever e credor e mitigar”, em 16/07/2015, utilizando-se o campo *pesquisa livre* e o link *jurisprudência unificada*.

⁹⁰ Em pesquisa no site <http://www.tjrj.jus.br>, utilizando-se os termos *duty* e *mitigate*, no período compreendido entre 2012 e 2015, foram encontrados 75 (setenta e cinco) resultados em 05/09/2015.

semelhantes.⁹¹ Esses casos de repetição, no entanto, não desnaturam o fato de que a aplicação do *duty to mitigate the loss* é bastante frequente no âmbito do TJ-RJ.

Dos julgados encontrados no TJ-RJ⁹², cerca de 80% associam o dever de mitigar à boa-fé objetiva. Logo, a sua inobservância significa nos referidos julgados o descumprimento de um dever acessório dela decorrente.

Em relação aos demais julgados que aplicam o *duty to mitigate*, mas não o associam, expressamente, à boa-fé objetiva, não há, propriamente, a rejeição dessa associação. Apenas não se manifesta nos referidos julgados uma intenção de se conferir um sustentáculo teórico ao *duty to mitigate*.

No tocante às matérias no âmbito das quais se verifica a aplicação do *duty to mitigate the loss*, a mais frequente é o direito do consumidor, com cerca de 60% dos casos encontrados.

Além de julgados que versam sobre a discussão de direito material, há, também, aqueles nos quais são discutidas questões de direito processual, particularmente no que se refere a *astreintes*, como se verifica do processo 0066943-09.2014.8.19.0000⁹³, utilizando-se o dever de mitigar como fundamento para a redução do valor total da multa a ser executada.

Quanto à ocorrência de processos nos quais o *duty to mitigate the loss* é invocado, a quantidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também é bastante significativa.^{94,95}

⁹¹ Como exemplo, podem-se citar oito julgados, todos referentes à revisão do cobrado a título de *astreintes*, por alegada inércia do seu credor, a saber: a) agravo de instrumento 0066943-09.2014.8.19.0000; b) agravo de instrumento 0022467-80.2014.8.19.0000; c) apelação 0000693-84.2011.8.19.0004, d) agravo de instrumento 0064484-05.2012.8.19.0000; e) 0091622-09.2010.8.19.0002; f) agravo de instrumento 0047559-65.2011.8.19.0000; g) agravo de instrumento 0064769-32.2011.8.19.0000; e h) agravo de instrumento 0007557-19.2012.8.19.0000.

⁹² Em virtude da questão geográfica, optou-se pela realização de uma análise mais detida dos julgados encontrados no TJ-RJ.

⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 00669430920148190000 RJ 0066943-09.2014.8.19.0000*. Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zefiro. Julgamento: 05/03/2015. Órgão Julgador: 13.^a Câmara Cível. Publicação: 09/03/2015.

⁹⁴ Em pesquisa no site <https://esaj.tjsp.jus.br>, utilizando-se os termos *duty* e *mitigate*, no período compreendido entre 2012 e 2015, foram encontrados 92 (noventa e dois) resultados em 08/09/2015, fazendo-se a pesquisa pelo campo específico “ementa”.

⁹⁵ Um dado observado no TJ-RJ e que se repete no TJ-SP é a existência de diversos processos que versam sobre o mesmo assunto. Um exemplo disso é a situação discutida na apelação cível 0001605-36.2011.8.26.0344. A Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo CDHU celebrou promessa de compra e venda de moradia popular, ocorrendo, contudo, que o comprador somente tomou as providências judiciais relativas à resolução contratual e reintegração de posse muito tempo após o início o inadimplemento.

Portanto, da quantidade de julgados dos tribunais brasileiros nos quais se analisa a aplicabilidade do *duty to mitigate the loss*, afirma-se a sua importância no nosso ordenamento.

Basta ver que o inadimplemento foi iniciado em maio de 2003, enquanto a demanda somente foi ajuizada em 2011. No caso em questão, não foi reconhecida a alegação de violação do *duty to mitigate* para beneficiar a parte inadimplente. Isso porque, entendeu-se que o empreendimento era de cunho social, de modo que o retardamento teve o condão de “possibilitar ao credor mais tempo para sanar a dívida e preservar sua moradia”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 0001605-36.2011.8.26.0344. Relator: Des. Alcides. Julgamento: 15/05/2012. Órgão Julgador: 1.^a Câmara de Direito Privado. Data de registro: 18/05/2012.)

2 O FUNDAMENTO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A relação obrigacional, a boa-fé objetiva e o dever de mitigar o próprio dano

De plano, deve-se deixar claro que, em nosso entendimento, o fundamento do dever de mitigar o próprio dano no país é a boa-fé objetiva, que informa a conduta das partes da relação obrigacional.

Necessário se faz demonstrar a evolução do entendimento referente à relação obrigacional através dos anos – particularmente ao longo dos séculos XX e XXI –, o que levou à emergência da boa-fé objetiva como um dos princípios mais relevantes a ela aplicados. E isso porque, ainda sob a influência do positivismo jurídico, nos primórdios do século passado prevalecia a ideia de que a relação jurídica obrigacional seria plenamente gerada pela vontade das partes.⁹⁶ Portanto, o princípio da autonomia da vontade era alçado ao ápice dos princípios aplicáveis às relações obrigacionais.⁹⁷ Tal concepção era consentânea com a noção de Estado liberal, então prevalente, segundo a qual havia uma separação rigorosa entre Estado e sociedade, emprestando-se, por conseguinte, enorme relevo à vontade das partes.⁹⁸

Note-se que tanto o constitucionalismo quanto a codificação surgiram no âmbito do Estado liberal, no contexto do individualismo jurídico então verificado. Paulo Lobo afirma, em relação ao constitucionalismo e à codificação:

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.11.

⁹⁷ Segundo Caio Mário, “a temática relativa aos contratos, à responsabilidade civil e às obrigações deles decorrentes, insere-se no contexto da autonomia privada – e, em particular, numa de suas vertentes mais importantes: a liberdade negocial. No curso da história da civilização humana houve relação próxima entre a autonomia privada e as noções de sujeito de direito (e não de pessoa humana) e propriedade (e não de situações não proprietárias), ensejando a construção do conceito moderno de negócio jurídico, como efeito da vontade livre, de maneira a romper com os valores econômicos da fase do feudalismo e permitir a passagem para o capitalismo. [...] O período áureo do voluntarismo clássico permitiu atribuir à vontade do indivíduo o papel de fonte exclusiva da criação do Direito, olvidando que as normas jurídicas e as soluções por ela apresentadas devem ser essencialmente determinadas pelo fim prático e social das instituições”. (Ibid., p.13).

⁹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.25.

que cada um cumpriu papel determinado: o constitucionalismo, o de limitar profundamente o Estado e o poder político; a codificação, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo da atividade econômica. Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle público.⁹⁹

Sob a égide da visão voluntarista da relação obrigacional, “definia-se a tutela da obrigação a partir de uma análise estritamente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê)”.¹⁰⁰ Daí tradicionalmente conceituar-se a relação obrigacional a partir dos seus elementos constitutivos. Como exemplo, pode se tomar a definição segundo a qual obrigação é o liame jurídico no âmbito do qual “uma pessoa denominada sujeito passivo ou devedor está adstrita a uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa que se diz sujeito ativo ou credor, a qual adquire a faculdade de exigir o seu cumprimento”.¹⁰¹ Tal conceito reflete de forma fidedigna a visão tradicional que se tinha da obrigação, isto é, sob uma “perspectiva estática, simplificada e puramente estrutural”.¹⁰² Atentou-se aí para os elementos integrantes da relação obrigacional, quais sejam: o elemento subjetivo, composto pelo credor e pelo devedor; o elemento objetivo, que é a prestação; e o vínculo jurídico¹⁰³, sendo este consistente no poder que possui o credor de impor ao outro a realização da prestação. No conceito transcrito supra, esse elemento melhor se traduz na possibilidade de *exigência* do cumprimento.^{104,105}

⁹⁹ LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.14-15.

¹⁰⁰ KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, v.1, n.2, p.1, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renteria-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.5.

¹⁰² KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.221, 2012.

¹⁰³ PEREIRA, op. cit., p.15.

¹⁰⁴ PEREIRA, op. cit., p.25.

¹⁰⁵ Remete-se à observação de Sérgio Savi sobre a teoria tradicional da obrigação, segundo a qual “na visão clássica a obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato dever de exigir a prestação, no simples vínculo de débito e crédito”. (SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.457).

Com a evolução acarretada pela moderna visão da relação obrigacional, passou-se da perspectiva estática para uma perspectiva dinâmica da obrigação, consentânea com a concepção funcional. Passa-se, assim, dessa visão estática e simplificada para uma visão complexificada da obrigação.¹⁰⁶

Isso quer dizer que a relação obrigacional:

[...] deve ser observada sob o aspecto dinâmico e funcional, ou seja, como um processo, um conjunto de atos e atividades que se movimentam em direção a um determinado fim econômico e social. O direito contemporâneo, atento a este aspecto dinâmico da obrigação, reconhece que, mais que garantir a vinculação aos termos expressos de um dado negócio jurídico, mostra-se importante assegurar às partes a obtenção do fim econômico e social, razão e justificativa da relação obrigacional.¹⁰⁷

Portanto, ao se estudar a relação obrigacional, deve-se atentar para a sua finalidade. Parte-se, assim, do pressuposto de que a relação obrigacional não possui um fim em si mesma, sendo vocacionada à consecução de uma finalidade que lhe é transcendente, sendo esta a satisfação de um interesse, isto é, a satisfação das partes.¹⁰⁸

Analisando-se um contexto no qual se privilegia a finalidade da obrigação, em detrimento de sua estrutura, perde espaço a tradicional visão estática da relação obrigacional. Isso porque, sob o vetusto ponto de vista, parte-se da caracterização da relação obrigacional dos elementos que a compõem. Logo, no que se refere ao seu elemento objetivo, sempre se falava *da prestação*, no singular, como se a obrigação encerrasse uma relação jurídica que envolvesse apenas a prestação principal. Sob essa perspectiva, a satisfação da obrigação se daria com o advento da prestação principal. Vale dizer: realizada a prestação principal (de dar, fazer e não fazer), cumprida estaria a obrigação.

Analisando-se a obrigação, porém, sob o ponto de vista da sua finalidade, inevitável será incorrer-se na sua perspectiva dinâmica. Dessa forma, se a finalidade da relação obrigacional é a satisfação das partes, todos os atos tendentes a alcançar tal satisfação devem ser considerados como integrantes da obrigação.

¹⁰⁶ KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.221, 2012.

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.17.

¹⁰⁸ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.158.

Nota-se que não mais se afigura exata a noção de que o objetivo da relação obrigacional é a *satisfação do credor*. Isso porque o adequado desfecho da relação obrigacional não é aquele no qual somente o credor é satisfeito, mas sim aquele no qual ambas as partes se satisfazem. Se ambas as partes devem ser satisfeitas, percebe-se que o fluxo das prestações inseridas na relação obrigacional possui mão dupla, de modo que tanto o devedor da obrigação principal como o próprio credor devem praticar os atos tendentes à satisfação da obrigação. Nesse sentido, ensina Clóvis do Couto e Silva:

Os atos praticados pelo devedor, assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.¹⁰⁹

Pode-se afirmar, por conseguinte, que se o fluxo de prestações no âmbito de uma obrigação é bilateral, não há como se tachar de *devedor* ou *credor* somente uma das partes da relação. Essa posição variará de acordo com a prestação considerada, isto é, qualquer das partes da relação obrigacional pode ocupar a posição de prestadora ou receptora da prestação. Esse é um dos aspectos do dinamismo que caracteriza a moderna visão da relação obrigacional.

Mas esse aspecto dinâmico aí não se esgota. Isso porque se, como visto, todos os atos tendentes à satisfação das partes integram a relação obrigacional, torna-se impossível a definição, de antemão, de quais são esses atos. Se, no que se refere à prestação principal, essa já se encontra definida no nascedouro da relação obrigacional, o mesmo não vale para os demais atos que envolvem a busca pela satisfação das partes. Somente no decorrer da relação obrigacional, com o surgimento das circunstâncias peculiares ao caso, é que será possível verificar quais atos serão exigíveis das partes para que elas mesmas, partes, se vejam satisfeitas. Daí a noção, também sob esse aspecto, do dinamismo da relação obrigacional.

Mitigando a importância da noção, embora reconhecendo alguma utilidade nela, assim ensina Inocêncio Galvão Telles acerca da obrigação como processo:

Há algum tempo os autores vêm pondo em evidência que a relação obrigacional, vista como relação complexa nos termos acabados de referir, e quando dotada de existência duradoura, se apresenta de algum modo como um organismo possuidor de dinâmica própria evolutiva, pois se vai desenvolvendo até à consecução da sua meta

¹⁰⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.21.

final, seguindo no tempo uma progressão que legitimará rotulá-la de processo. Não vemos que esta ideia seja, em si, de excepcional fecundidade, mas ajuda, como imagem, a compreender a natureza intrínseca das situações consideradas.¹¹⁰

A analogia do desenvolvimento da relação obrigacional com um organismo é bastante ilustrativa, na medida em que, tal como ocorre com um organismo, a evolução de uma obrigação se dá de maneira única. Se cada organismo vivo é único, também o é a relação obrigacional, eis que nunca serão verificadas duas relações obrigacionais absolutamente iguais. Cada uma terá o seu ciclo evolutivo próprio, de modo que as ações a serem levadas a cabo por uma das partes, para a satisfação de ambas, serão definidas caso a caso.

É esse contexto dinâmico que torna viável o estudo acerca da incorporação, em nosso ordenamento, do dever do credor de mitigar o próprio dano, a ser aplicado às relações obrigacionais. A complexidade da relação obrigacional, que gera a bilateralidade do fluxo de prestações no âmbito de uma relação obrigacional, faz com que mesmo o credor da prestação principal se encontre em posição de realizar uma prestação em favor do devedor. Nesse sentido:

[...] não é só o devedor que está numa situação subjetiva de dever em relação ao credor. Principalmente em razão da incidência do princípio da boa-fé objetiva, que faz da relação obrigacional uma relação de cooperação, o credor também estará sempre em uma situação de dever em relação ao devedor, dever este que variará de acordo com o caso concreto e a natureza da obrigação.¹¹¹

É de se supor, assim, que ambas as partes devem agir para que se atinja a finalidade da relação obrigacional, que é a satisfação deles próprios. No caso de a relação obrigacional decorrer da celebração de um contrato, as partes devem velar para que aquilo que foi prometido no negócio jurídico celebrado seja, efetivamente, por elas obtido. Deve-se perseguir, dessa forma, a efetividade da relação obrigacional. Não à toa que, no ordenamento jurídico brasileiro, seja conferida primazia à tutela específica da obrigação, somente sendo cabível a conversão em

¹¹⁰ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.18-19.

¹¹¹ SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.471-472.

perdas e danos em último caso.¹¹² O que decorre daí é que os atos dos contratantes devem ser dirigidos ao adimplemento da obrigação tal como contraída pelas partes.

Se todos os atos dos contratantes devem ser dirigidos ao adimplemento da obrigação tal como avençada, devem ser evitadas situações que afastem os contratantes do desfecho originariamente previsto no negócio jurídico. É nesse contexto que se insere a análise do conceito do *duty to mitigate the loss*, de modo a fazer com que os contratantes se conservem, tanto quanto possível, mais próximos do que foi contratado, com a mitigação das perdas, mesmo por parte do prejudicado, em caso de inadimplemento.

Se o que foi dito acima se refere à relação obrigacional decorrente de um negócio jurídico, a lógica também vale para as situações em que a relação obrigacional decorre de um ato ilícito não antecedido de um negócio jurídico¹¹³, conforme os arts. 186¹¹⁴ e 927¹¹⁵ do Código Civil. Portanto, mesmo nas relações obrigacionais com origem extracontratual, devem as partes militar para que a reparação seja possível por meio da maneira menos gravosa. Seja qual for a

¹¹² De acordo com Gustavo Tepedino, “portanto, a pretensão creditória, constituindo-se em interesse merecedor de tutela, deve ser satisfeita, atribuindo-se ao credor exatamente aquilo que lhe foi contratualmente prometido, em homenagem à efetividade da relação obrigacional. Na impossibilidade da prestação in natura, procura-se o resultado prático equivalente e, somente em último caso, a reparação por perdas e danos. Pode-se afirmar, assim, que no sistema atual a regra é a tutela específica, a execução in natura, salvo se esta tutela se tornar impossível”. (TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações. In: *Relações obrigacionais e contratos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. v.2. p.143).

¹¹³ Interessante acompanhar a divergência doutrinária acerca das fontes das relações obrigacionais. Segundo Caio Mário, “dizemos, pois, haver duas fontes para as obrigações. A primeira é a vontade humana, que as cria espontaneamente, por uma ação ou omissão oriunda do querer do agente, efetuado na conformidade do ordenamento jurídico. A segunda, é a lei, que estabelece obrigação para o indivíduo, em face de comportamento seu, independentemente de manifestação volitiva”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.4. p.36-37). Já para Paulo Lobo, “fontes das obrigações são apenas os fatos jurídicos lícitos ou ilícitos. Os fatos jurídicos em sentido amplo classificam-se em fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos) e podem todos ser lícitos e ilícitos. Dos fatos ilícitos, assim considerados pelo direito, dimana sempre obrigação de reparar”. (LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.47). Fernando Noronha parece caminhar no mesmo sentido de Paulo Lobo, na medida em que afirma que “atualmente, com a superação das teses individualístico-liberais que sacralizavam a vontade, o papel desta na constituição de obrigações vem sendo reduzido às devidas proporções, ao mesmo tempo que se reconhece que a lei apenas pode permitir a criação de direitos de crédito, mas nunca cria-los diretamente. Neste sentido, pode-se afirmar que a vontade sozinha não cria nenhuma obrigação e que a lei sozinha também não é fonte de qualquer obrigação”. (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.365). Adota-se aqui a corrente segundo a qual o que cria a obrigação é o fato, quer sendo ele lícito – a celebração de um negócio jurídico, por exemplo – quer sendo ele ilícito – como a geração de um dano por meio da prática de um fato ilícito extracontratual.

¹¹⁴ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹¹⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

origem da obrigação, as partes devem agir para que os custos da reparação se afastem o mínimo em relação aos custos surgidos no momento do nascimento da obrigação.

Daí se afirmar que “o próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada deve ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional”.¹¹⁶ As partes devem, por conseguinte, se manter, tanto quanto possível, próximas da situação verificada no momento do surgimento da obrigação.

Isso levou a que fosse modificada a concepção existente relativa à relação obrigacional, mitigando-se a força da autonomia da vontade. A esse respeito, ensina Caio Mario:

[...] o direito obrigacional moderno, especialmente em meados do século XX e início deste século XXI, já inova sobre as concepções dominantes anteriormente encaminhando-se no sentido de soffrear a autonomia da vontade, que no século XIX tão longe fora, e, com o dirigismo, assegurar a predominância do princípio da ordem pública. Cresce a intervenção do Estado em detrimento da liberdade de ação do indivíduo.¹¹⁷

O que daí se observa é que se, antes, o que ditava a relação obrigacional era quase exclusivamente a vontade das partes, a partir de meados do século XX passou a haver uma significativa intervenção estatal nas referidas relações. Percebeu-se que, na realidade, não se vislumbra uma separação rígida entre Estado e sociedade, havendo uma influência mútua entre ambas as esferas.¹¹⁸

E quanto a esse ponto, vale ressaltar que a noção de falta de uma divisão rígida entre Estado e sociedade vai de acordo com a ideia de ordenamento jurídico, o qual, para ser entendido como tal, deve ser uno.¹¹⁹ Afasta-se, assim, a ideia de visão do ordenamento jurídico como uma estrutura polissistêmica. Passa a existir uma rejeição à separação nítida entre direito público e direito privado.¹²⁰

¹¹⁶ SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.102.

¹¹⁷ PEREIRA, , Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.12.

¹¹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.25.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.10.

¹²⁰ Segundo Pietro Perlingieri, “a multiplicidade das regras e dos princípios, o seu diverso grau de relevância normativa, a complexidade da sociedade não requerem um ordenamento jurídico com estrutura polissistêmica, em que as disposições assumem significados segundo o sistema ou subsistemas ao qual pertencem. As normas, ao

A consequência disso é que a relação obrigacional deve não só atender ao interesse das partes, mas também se prestar a satisfazer um interesse social.¹²¹ Já se nota daí uma mitigação do individualismo que até então permeava as relações no âmbito do direito civil.

E essa mitigação do individualismo se tornou ainda mais acentuada com o advento da Constituição de 1988, que consagrou como um dos objetivos da República, em seu art. 3.º, inciso I, a construção de uma sociedade livre e solidária. A solidariedade, portanto, permeia as relações sociais. Aliás, mais do que permeá-las, ela viabiliza a saudável convivência social, podendo ser vista sob diversos aspectos:

[...] como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que ‘faz do outro um outro eu próprio’) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como o resultado de uma consciência moral e de boa-fé [...]¹²²

No mesmo contexto, e como decorrência lógica do princípio da solidariedade, emerge a boa-fé objetiva. Segundo Anderson Schreiber, a boa-fé objetiva:

nasce com o propósito de corrigir os excessos da liberdade individual. Apresentando-se como princípio geral de lealdade recíproca entre os contratantes, erige-se em obstáculo ao exercício da autonomia privada sempre que em violação aos parâmetros de convivência e confiança mútuas, que devem reger um ambiente negocial sadio.¹²³

No que tange ao tema, Francisco Amaral afirma que “o princípio da boa-fé é um princípio ético-jurídico, uma diretiva básica e geral que orienta o intérprete na realização do

contrário, assumem o seu significado na totalidade do ordenamento, visto como unidade, sem que a complexidade do ordenamento seja expressa por incomunicabilidades artificiais entre normas constitucionais e normas ordinárias. Isto, por outro lado, comportaria separações nítidas entre direito constitucional e direito civil, entre direito público e direito privado”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.209-210).

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.17.

¹²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.247.

¹²³ SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.53.

direito”.¹²⁴ Isso quer dizer que a boa-fé objetiva implica, necessariamente, uma valoração da conduta. Ela, portanto, orienta a conduta dos sujeitos.

Ao contrário do ocorrido no direito alemão, no qual a boa-fé objetiva já vinha sendo amplamente desenvolvida a partir de 1896 por ocasião do advento do § 242 do BGB¹²⁵, no Brasil, somente com a instituição do Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90 –, em particular nos seus arts. 4.º, III¹²⁶, e 51, IV¹²⁷, é que aquele princípio passou a ser previsto na legislação.¹²⁸ Até então, o termo *boa-fé* era predominantemente utilizado em seu aspecto subjetivo, o qual possui uma natureza interna, psicológica. Assim ensina Judith Martins Costa:

Sabe-se que o papel dogmático da *boa-fé subjetiva* (ou “boa-fé psicológica”) diz respeito à tutela, em certas situações, do estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito jurídico. A expressão traduz a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica. Diferentemente, a expressão *boa-fé objetiva* exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade, - enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações intersubjetivas regidas pelo Direito.¹²⁹

¹²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.90.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.53.

¹²⁶ “Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

¹²⁷ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;”

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo (Coord.); SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007. v.6. p.530.

A boa-fé subjetiva é, pois, uma crença de que se está agindo conforme o direito.¹³⁰ Essa noção, contudo, passou a não dar mais conta de resolver as questões surgidas no âmbito de uma sociedade de risco.¹³¹ Em havendo o aumento das hipóteses de danos ressarcíveis, necessário se faz o ajuste do aparato jurídico para que se faça frente a essas mudanças¹³², até para fins de tornar mais saudáveis as relações sociais, diminuindo a litigiosidade. Nesse contexto é que emerge a importância da boa-fé objetiva.

Por longos doze anos, desde a edição do Código de Defesa do Consumidor até o advento do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva restou expressamente prevista apenas naquele, o que, contudo, não impediu que, em alguns casos, ela fosse invocada, mesmo em relações não consumeristas.¹³³ É de se registrar a observação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

¹³⁰ Segundo Francisco Amaral, “[...] de natureza subjetiva ou psicológica, a boa-fé é a crença de que se procede com lealdade, com a certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude de um ato ou da situação jurídica. Está de boa fé quem não tem conhecimento da real situação jurídica. É um estado de consciência, uma crença de agir conforme o direito [...]”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.462).

¹³¹ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “na definição de Ulrich Beck, vivemos atualmente em sociedade de risco. O sentido da expressão, porém, não se vincula diretamente às crescentes hipóteses de risco – entendidas, por exemplo, como o aumento real do número de acidentes –, mas às sociedades que se organizam para fazerem frente ao incremento daquelas hipóteses, introduzidas principalmente pelos avanços tecnológicos e pela intensa interferência humana no meio ambiente”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.321).

¹³² Ainda segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “o sentimento de angústia aprofunda-se diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham este progresso. A todo momento, de fato, percebe-se a obsolescência das soluções jurídicas para fazer frente a um novo dado técnico ou a uma nova situação conflituosa”. (Ibid., p.322).

¹³³ Exemplo interessante da aplicação do princípio da boa-fé objetiva antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, em demanda alheia à relação consumerista, é o do julgado do STJ, relativo à discussão iniciada em 1983, cuja ementa foi redigida nos seguintes termos: “Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Condomínio. Área comum. Utilização. Exclusividade. Circunstâncias concretas. Uso prolongado. Autorização dos condôminos. Condições físicas de acesso. Expectativa dos proprietários. Princípio da boa-fé objetiva. - O Recurso Especial carece de prequestionamento quando a questão federal suscitada não foi debatida no acórdão recorrido. - Diante das circunstâncias concretas dos autos, nos quais os proprietários de duas unidades condominiais fazem uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de 30 anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local, e estavam autorizados por Assembléia condominial, tal situação deve ser mantida, por aplicação do princípio da boa-fé objetiva”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 356821-RJ*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23/04/2002. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 05/08/2002 p. 334).

Até janeiro de 2003, o ordenamento positivo brasileiro mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. A jurisprudência, contudo, já estendia a sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável a ser protegida. Continuavam raros os casos de aplicação do instituto a relações contratuais paritárias.¹³⁴

A incorporação da noção de boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se daí, não se encontrava disseminada com a mera previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor.

Essa lacuna veio a ser preenchida com o advento do Código Civil de 2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003. Nele, a boa-fé objetiva é prevista nos artigos 113¹³⁵, 187¹³⁶ e 422¹³⁷.

Ensinam Anderson Schreiber e Gustavo Tepedino que “costuma-se atribuir à boa-fé objetiva uma tríplice função: (i) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; (ii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal; (iii) função interpretativa dos contratos”.¹³⁸ Para o presente trabalho, importante será analisar as funções *restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais* e *criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal*, o que ora se passa a fazer.

Passar-se-á a analisar as funções da boa-fé objetiva relevantes para o presente trabalho.

2.1.1 A boa-fé objetiva como limitadora do exercício abusivo de direitos e o dever de mitigar

Em relação à função da boa-fé objetiva de limitar o exercício abusivo de direitos, indispensável é analisar, de início, o que se entende por abuso de direito.

¹³⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.34-35.

¹³⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

¹³⁶ “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”.

¹³⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

¹³⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.17.

A noção de abuso de direito surge no século XIX^{139,140}, ganhando importância a partir do momento em que se superam o individualismo e o voluntarismo que caracterizavam o direito civil até meados do século XX, passando-se a levar em consideração a repercussão que o exercício de determinado direito tem na esfera jurídica alheia.¹⁴¹ Essa concepção liberal do direito civil pressupunha uma utilização ilimitada do direito pelo seu titular.¹⁴² Com a teoria do abuso do direito, empresta-se limitações à autonomia de vontade¹⁴³, de modo a incorrer em abuso quem se utiliza de determinada posição jurídica com uma finalidade distinta das finalidades econômicas e sociais que lhe são próprias.

¹³⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.260.

¹⁴⁰ Exemplo de invocação do princípio da boa-fé objetiva que remonta a meados do século XIX é o caso Colmar, de 1955, ocorrido na França. Nele, tratava-se de uma grande chaminé construída pelo proprietário de um terreno. Ocorre que tal obra não tinha qualquer utilidade para o proprietário que a construiu, destinando-se, tão somente, a produzir sombra sobre o terreno do vizinho. Esse vizinho recorreu à justiça, invocando a teoria do abuso de direito. O tribunal decidiu que “se é dos princípios que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, todavia o exercício deste direito, como de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo”. (Ibid., p.261).

¹⁴¹ A respeito da emergência do conceito de abuso de direito, assim ensina Fernando Augusto Cunha de Sá: “As raízes do abuso devem-se, multiplamente, tanto ao campo filosófico-político, onde se vinham impondo, contra o individualismo liberalista, correntes de pensamento orientadas para a ideia do social (haja em vista, nomeadamente, todo o movimento socialista dessa época, com fortes reflexos na problemática das relações colectividade-indivíduo, administração pública-particular), como ainda ao fator económico, excepcionalmente importante na segunda metade deste século e, por último, a uma componente de ordem mais propriamente jurídica.

O conflito entre a nascente propriedade industrial, cada vez mais poderosa, e a antiga propriedade fundiária, em progressiva dissolução; a quebra dos vínculos que, no plano jurídico, integravam o indivíduo em várias comunidades e ordenamentos particulares e a proclamação da igualdade de todos perante a lei; o carácter atribuído aos direitos subjectivos concebidos e garantidos como poderes ou prerrogativas absolutas do indivíduo em face do Estado; o jogo espontâneo das leis económicas, que criava uma substancial desigualdade (desmentindo flagrantemente, na prática, aquela proclamação formal), ao permitir a concorrência entre empresários de forma contrária à correcção profissional, a formação de monopólios de facto e certas formas de exercício do poder patronal ou das organizações operárias – são aspectos sintomáticos de todos esses factores referidos”. (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p.50-51).

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.12.

¹⁴³ Vale trazer os ensinamentos de Anderson Schreiber em relação ao papel do abuso de direito como limitador da liberdade individual nas relações privadas: “No Brasil, o abuso do direito teve notável repercussão, servindo de instrumento determinante para o julgamento de inúmeros conflitos deflagrados pelos excessos da liberdade individual nas relações privadas. Hipóteses variadas de exercício malicioso de direitos subjectivos passaram a ser reprimidas por nossas cortes à imagem e semelhança do que ocorreu na França”. (SCHREIBER, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.52).

No Brasil, apenas a partir de meados do século XX é que o abuso do direito começou a ser melhor sistematizado em nosso ordenamento. Segundo Judith Martins-Costa:

Apenas no período de 50 a 70 do séc. XX começam a ser marcados certos elementos de concretização do abuso do direito como *fattispecie* decorrente do exercício anormal ou irregular de um direito já insinuando alguma consideração à finalidade econômica ou social do direito como baliza da licitude [...].¹⁴⁴

Em outros termos, considerações acerca das finalidades econômicas e sociais do direito passaram a ser tomadas em conta para fins de se verificar a licitude ou ilicitude de determinado ato.

Se, naquela época, o abuso de direito era analisado sob o aspecto subjetivo, exigindo-se, para o seu reconhecimento, “intenção emulativa, malícia e culpa”¹⁴⁵, foi apenas no final do século XX, já sob a influência do Código de Defesa do Consumidor, que o abuso de direito passou a ser visto sob o aspecto objetivo¹⁴⁶, abstraindo-se, pois, de considerações acerca da intenção do indivíduo, passando-se a atender para as circunstâncias exteriores do caso.

Finalmente, em 2002, foi editado o Código Civil atual, o qual prevê o abuso de direito em seu art. 187, mesmo sem utilizar, expressamente, a referida expressão.¹⁴⁷ A introdução do referido dispositivo no Código Civil teve o condão de amainar as discussões a respeito, até mesmo, da procedência da teoria do abuso do direito.¹⁴⁸

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007. v.6. p.7-8. Vale transcrever o exemplo dado por Judith Martins-Costa, consistente no RE 29749, cujo relator foi o Ministro Ribeiro da Costa, com julgamento em 08/05/1956, pela 2.^a turma do Supremo Tribunal Federal: “Ementa: A lei, permitindo a purga da mora, quando requerida no prazo para a contestação do pedido de despejo, nem por isso acoberta o abuso de direito, concretizado na conduta do locatário que, reiteradamente, protela o pagamento do aluguel. A emenda da mora é oportunidade que a lei do inquilinato arma em favor do locatário; atenda a uma premência econômica que deve ser rigorosamente justificada, sem abrir ensejo a um privilégio odioso, em detrimento de legítimo interesse do locador em auferir sua renda dentro do prazo contratual”.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p.7.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.9.

¹⁴⁷ Nesse particular, Anderson Schreiber observa, com relação à expressão *abuso de direito* que “bem verdade que tampouco o Código Civil de 1916 a empregava, mas a doutrina era praticamente unânime em reconhecer na alusão ao ‘exercício regular do direito’ como excludente de ilicitude a constatação implícita de que o exercício irregular – dito abusivo – do direito seria ilícito”. (SCHREIBER, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.57).

¹⁴⁸ Segundo Caio Mário, “O problema do abuso de direito provocava a mais viva celeuma entre os escritores modernos, e até a promulgação do Código de 2002 (art. 187) não se podia afirmar a existência de uma solução satisfatória. A controvérsia começava na sustentação da teoria em si mesma, pois se havia autores

Com base no referido dispositivo é que se passa a analisar a licitude do exercício de “*poderes, direitos e situações contratuais*” a partir da forma como estão sendo exercidos.¹⁴⁹

E não poderia ser diferente, na medida em que não se concebe o exercício de determinado direito sem que se leve em consideração o respeito à esfera jurídica alheia. Nesse sentido, Caio Mario explicita a evolução da noção de abuso de direito desde uma visão mais individualista para uma visão na qual não se concebe um exercício regular do direito sem que se leve em consideração a esfera jurídica do outro:

O seu germe prendia-se à noção do exercício dos direitos, que só se constituíam para proporcionar benefícios, vantagens ou utilidades ao respectivo sujeito. Consequentemente à ideia do direito estaria imediatamente vinculado ao correspondente desfrute, situado na sua utilização, e, como esta é uma faculdade ou um poder do titular, admitir-se-ia em princípio que poderia ser levada ao último extremo, ainda que tal programa viesse a causar a ruína, a desgraça, a humilhação alheia. [...] Mas, sendo articulado na definição do *ius* o princípio da convivência, uma análise mais detida do fenômeno já impunha conciliar a utilização do direito como respeito à esfera jurídica alheia, e aconselhava fixar-lhe um limite. É precisamente na ideia desta limitação que assenta a doutrina do abuso.¹⁵⁰

Portanto, não se pode perder de vista que o direito regula as relações sociais, de modo que não condiz com os objetivos do ordenamento o exercício do direito que visa à provocação de um mal a outrem.¹⁵¹

Para Teresa Negreiros, a boa-fé objetiva como limitadora de exercício abusivo de direitos impõe uma conduta razoável por parte daqueles que compõem a relação obrigacional.¹⁵² Ainda segundo ela, em estudo referente às relações obrigacionais contratuais:

que defendiam a sua procedência, não faltava quem (Planiol) se insurgisse contra ela, apontando na expressão mesma de sua designação uma *contradictio in adiectio* [contradição em termos], pois que a ideia de abuso já é a negação do direito, enquanto o conceito de direito repele a noção de abuso”. (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1. p.562).

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da supressão. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.536.

¹⁵⁰ PEREIRA, op. cit., p.562.

¹⁵¹ PEREIRA, op. cit., p.563.

¹⁵² NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.232-233.

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nestes casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.¹⁵³

Há, assim, uma valoração da conduta da parte por ocasião do exercício, por ela, de uma posição jurídica. E quando a parte incorre em abuso, o seu comportamento pode, até, ser formalmente lícito. Sua finalidade, contudo, não o será, de maneira a inquiná-lo de ilegalidade. Tratar-se-á de caso de exercício irregular do direito.¹⁵⁴

No caso do dever de mitigar, a hipótese se aplica adequadamente. Isso porque, ao sofrer determinado dano, é compreensível, em um primeiro momento, que a vítima aguarde que a parte contrária adote as medidas necessárias à reparação. Portanto, a parte aguardar a reparação do dano é, ao menos em princípio, o exercício regular de uma posição jurídica.

Há que se ter em vista, contudo, a situação na qual a parte inicialmente prejudicada, embora perceba que os danos a ela causados pela outra parte se avolumam, queda-se inerte, sem agir no sentido de estancá-los, mesmo tendo condições de fazê-lo.

Nesse caso, a situação inicial de aguardar que a outra parte aja no sentido de reparar os danos, que até então era uma conduta regular, deixa de sê-lo. A inércia deixa de ser uma conduta admissível pelo direito.

Quanto à noção de abuso do direito, segundo Caio Mário incorre em abuso do direito o seu titular que “dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio”.¹⁵⁵ A utilização do termo *intenção* revela um elemento psicológico interno. O referido autor, assim, adota uma visão subjetiva do abuso do direito.¹⁵⁶

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.233.

¹⁵⁴ Quanto ao exercício regular do direito em contraposição ao exercício irregular, Clóvis Beviláqua observa que “O exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio. Ainda que alguém se julgue prejudicado com isso, nenhuma reparação lhe deve o titular do direito, desde que se tenha mantido dentro da ordem jurídica. Mas desde que alguém, por culpa ou dolo, ofenda o direito de outrem, rompa com a ordem jurídica, pratica um ato ilícito, deve reparação”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Campinas: Servanda, 2015. p.342).

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1. p.564.

¹⁵⁶ Essa visão subjetiva, que empresta importância ao elemento anímico, parece não se coadunar com o princípio da boa-fé objetiva, que dispensa tal elemento para a sua configuração.

Sob um ponto de vista objetivo, isto é, despido do elemento anímico, psicológico, interno, o abuso do direito seria uma manifestação do exercício anormal do direito, permitindo, segundo informa Francisco Amaral, dois critérios de aferição: “um econômico, que se manifesta no exercício do direito para a ‘satisfação de interesses ilegítimos’, e outro, funcional ou finalista, segundo o qual o direito não se exerce de acordo com a sua função social”.¹⁵⁷

Analisando-se o dever de mitigar sob o viés subjetivo do abuso do direito, que empresta relevância ao elemento anímico, quem não mitiga os danos indubitavelmente não traz qualquer benefício para si e, para além disso, em relação à outra parte, aumenta a insegurança jurídica desse. Isso porque, consequência possível e frequente da não mitigação é a cobrança, em face da outra parte, da indenização pelos danos não mitigados. Quanto mais volumosos os danos não mitigados, mais insegurança jurídica será impingida ao causador originário do dano.

Já sob o ponto de vista objetivo do abuso de direito, quem não mitiga os danos certamente está agindo em prol de interesses ilegítimos, eis que: a) ao permitir que os danos se avolumem, conduz ao aumento da insegurança jurídica da parte contrária, que pode ser demandada por um montante superior ao que seria devido caso houvesse a mitigação; b) em caso de a vítima efetivamente cobrar da outra parte os danos decorrentes da não mitigação, isso será a manifestação de um interesse de inflar, artificialmente, os danos para, posteriormente, obter uma indenização mais elevada.

Releva notar que são conferidas ao credor, em caso de inadimplemento contratual, ou à vítima, em caso de danos contratuais, duas vias, sendo elas a da execução específica da obrigação, de um lado, e a da indenização por perdas e danos, de outro. Entretanto, a escolha arbitrária da via indenizatória, caso não justificada ante os valores civil-constitucionais, poderá levar à configuração do exercício abusivo de um direito, à luz art. 187 do Código Civil.

Nesse sentido, assim afirma Gustavo Tepedino no que tange à primazia da execução específica:

[...] o tecido contratual prestigia a tutela específica das obrigações nele contidas. Referida disciplina contratual encontra-se em consonância com a técnica atual do direito das obrigações consistente em perseguir, sempre que possível, a execução específica das prestações, preterindo-se a conversão em perdas e danos. Observe-se, ao propósito, que, no passado, utilizou-se como um dos critérios distintivos entre prestações de dar e de fazer o fato de as primeiras admitirem execução específica, impossível, por outro lado, no tocante às últimas. O direito civil contemporâneo, todavia, tem como preocupação garantir que a prestação, desde que

¹⁵⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.262.

ainda útil ao credor, seja executada especificamente, de modo que a conversão em perdas e danos reste como alternativa subsidiária. Dito diversamente, o direito privado, no Brasil e alhures, evoluiu no sentido de buscar, sempre que possível, e execução específica, em favor da efetividade da relação obrigacional, em sua perspectiva dinâmica, funcionalizada aos interesses que o vínculo iuris pretende tutelar.^{158,159}

A indenização em perdas e danos deve ser vista, pois, como subsidiária à execução específica.¹⁶⁰

Portanto, mesmo no campo das obrigações patrimoniais, verifica-se uma tendência de privilegiar a execução específica, desaguando-se em uma *desmonetarização* da reparação de danos.¹⁶¹ Dessa forma, as partes não podem agir no sentido de promover, artificialmente, uma indenização pecuniária.

Nessa mesma direção caminham Paulo Nalin e Hugo Sirena, ao afirmarem que:

[...] vetada é a produção de qualquer efeito patrimonial do contrato sem que antes não se assegure a plena consagração existencial dos contratantes. Nessa ordem de ideias, um contratante não pode aniquilar o outro, sob pena de violação ao art. 3.º, incisos I e III da CR. Entretanto, agora, com este novo desdobramento da boa-fé, na perspectiva do *duty to mitigate the loss*, não pode o credor produzir ou incrementar danos à sua própria esfera jurídica, na esperança de recompô-los por meio de uma medida indenizatória por danos materiais em sede de responsabilidade contratual.¹⁶²

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações. In: *Relações obrigacionais e contratos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. v.2. p.142.

¹⁵⁹ Importa notar que o posicionamento segundo o qual deve ser conferida precedência à tutela específica da obrigação não é pacífico na doutrina. Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira diferem a solução conferida às obrigações de fazer/não fazer em relação à obrigação de dar coisa. Enquanto com relação a esta entendem que o credor não pode escolher livremente entre a execução específica da obrigação e a conversão em perdas e danos, com relação àquelas entendem que o credor está livre para optar: “Entendemos que o credor pode optar pela conversão da obrigação em prestação pecuniária mesmo que ainda seja possível o cumprimento de forma específica. Não há nisso qualquer ofensa ao princípio da menor onerosidade possível, tampouco se pode dizer que isso representaria, nos casos em que a obrigação decorre de convenção das partes, uma novação objetiva unilateral.

Com efeito, embora o credor não possa, em regra, exigir do devedor prestação diversa daquela que fora pactuada (interpretação a contrario sensu do art. 313 do CC), pode-se dizer que, ocorrido o inadimplemento, surge para esse credor o direito potestativo de optar entre o seu cumprimento na forma específica ou a sua conversão em pecúnia – é o entendimento que se pode extrair da leitura dos arts. 247, 251 e 389, todos do CC, e do art. 461, § 5.º, do CPC”. (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podium, 2007. v.2. p.328 e 377).

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.346.

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.169.

¹⁶² NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do duty to mitigate the loss. *Revista Jurídica*, São Paulo, n.422, p.40, 2012.

Do trecho acima exposto, podem ser obtidas ao menos duas lições: a primeira, no sentido de que antes da produção do efeito patrimonial deve-se assegurar a satisfação existencial dos contratantes, o que, indubitavelmente, é um típico sintoma da despatrimonialização¹⁶³ do direito civil; a segunda, é a de que a ninguém é dado o direito de agravar os próprios danos com vistas à persecução de ulterior indenização, para repará-los. Em suma, o direito civil moderno não se compadece com a ideia de que tudo deve ser resolvido em perdas e danos.

Quando sobrevém, portanto, um inadimplemento de certa obrigação, a par da responsabilidade do devedor de reparar os danos daí causados – sem se perder, contudo, a noção de primazia da execução específica da obrigação – exsurge para o credor o dever de realizar todos os atos que estiverem ao seu alcance, no sentido de mitigar os efeitos daqueles danos.

Tal dever se revela claro à luz da *desmonetarização* do direito civil – que pode ser considerada consequência da despatrimonialização do direito civil – na medida em que, quanto mais se avultam os danos, mais remota será a possibilidade de haver a execução *in natura* da obrigação, tendendo-se a resolver a questão em perdas e danos. Afinal, por vezes os danos causados são irreversíveis, de modo a tornar inócua a execução *in natura*. Desse modo, deve-se evitar que a situação chegue a esse ponto em que somente será possível uma solução *monetizada* do litígio, em afronta aos paradigmas do direito civil constitucional.

Já no que se refere ao exercício abusivo de um direito como aquele que caminha em desacordo com a função social, não se olvide que, mesmo em se pensando em soluções *monetizadas*, na medida em que os danos se avolumam, maior será o afastamento em relação à sua solvabilidade, levando-se, assim, à crescente possibilidade de não reparação. Ora, se o inadimplemento consiste em patologia da relação obrigacional, o inadimplemento associado à não reparação se revela patologia ainda mais grave.

Acresça-se a ideia de que em caso de maior vulto do dano, ter-se-ão duas possibilidades: se ele for reparado pela parte contrária, o custo social dessa reparação, em razão do maior volume do dano, será mais elevado; se não houver a reparação, isto é, se a própria vítima com ele arcar, o custo social dessa não reparação será igualmente mais elevado.

¹⁶³ Maria Celina Bodin de Moraes, sobre a despatrimonialização do direito civil afirma que: “Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a *summa divisio* e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilística, operando uma espécie de ‘despatrimonialização’ do direito privado, em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.11-12).

Deve ser inibida, portanto, pelo ordenamento, a possibilidade de ocorrência dessa situação, que não deveria interessar nem ao credor, nem ao devedor e, por conseguinte, ao ordenamento como um todo.

Eis, então, como se apresenta o dever de mitigação do próprio dano como uma imposição da vedação do exercício abusivo do direito.

2.1.2 A boa-fé objetiva como criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal e o dever de mitigar

A outra função da boa-fé objetiva relevante para a análise do dever de mitigar os próprios danos é a de criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal. Essa função se encontra espelhada no art. 422 do Código Civil. Segundo Judith Martins-Costa:

Segundo comando do art. 422 do Código Civil, os contraentes estão sujeitos, na conclusão e na execução dos contratos, a observar deveres destinados a implementar uma conduta correta, atenta aos legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a causa, a ambiência e as finalidades do contrato. Esses deveres comparecem em todas as fases pelas quais se desenvolve o processo obrigacional tendo, porém, características peculiares durante a execução, fase em que os deveres anexos, instrumentais e laterais (de proteção), gerados pela boa-fé *in executivis*, estão dirigidos a lograr o correto processamento da relação processual contratual e a evitar danos injustos à contraparte.¹⁶⁴

A função de criação de deveres anexos, pois, impõe ao participante da relação obrigacional a realização de condutas que reflitam uma preocupação com a outra parte e que extrapolem o âmbito das prestações principais. E até pelo fato de não se confundirem com as obrigações principais é que os deveres aí impostos podem dizer respeito ao momento pré-contratual, espalhando-se, ainda, para o momento pós-contratual.¹⁶⁵

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na rescisão de contratos duradouros e na caracterização da supressio. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.535.

¹⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.223.

Insta notar que os deveres anexos, ao contrário das prestações principais, não se encontram previstos no negócio jurídico, já que não decorrerem da autonomia de vontade das partes. Na realidade, sua fonte é o próprio princípio da boa-fé objetiva.¹⁶⁶

Esse aspecto da boa-fé objetiva é, talvez, o que mais a estreme da boa-fé subjetiva. Isso porque, segundo aquela, as partes devem agir recíproca e positivamente no sentido de cooperar para que a relação obrigacional tenha por desfecho a satisfação de quem a integra. E essa satisfação se dá por meio da “consecução da finalidade lícita que, afinal, justificou a formação daquele vínculo e o seu caráter obrigatório”.¹⁶⁷ Essa noção, porém, merece um refinamento. Isso porque não se deve resumir a noção de adimplemento ao cumprimento da prestação principal. Referida noção talvez se encaixasse na tradicional visão estática da relação obrigacional, na qual se entendia que o “adimplemento resumia-se a um ato pontual do devedor”.¹⁶⁸ Entendida a relação, porém, como algo dinâmico, para que, de fato, haja o adimplemento da obrigação, deve-se ir mais longe, de modo que ele somente ocorrerá com a observância dos deveres anexos.^{169,170}

Nesse sentido, as partes devem realizar os atos que as mantenham adstritas, tanto quanto possível, à situação jurídica na qual se colocaram.¹⁷¹

Importante perceber que a busca pela finalidade que justificou a formação do vínculo é inteiramente consentânea com a ideia, que ora se tem, de que a relação obrigacional é “algo

¹⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.19-20.

¹⁶⁷ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.245.

¹⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.103.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p.102.

¹⁷⁰ Reconhecendo que a relação obrigacional se espraia para além da prestação obrigacional, António Menezes Cordeiro afirma que “[...] o cumprimento extingue, em regra, a prestação principal. Mas não põe cobro, necessariamente, ao vínculo obrigacional. Assim, este subsistirá nas relações duradouras e nas relações complexas, que podem subsistir, através dos deveres acessórios (pós-eficácia)”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. Tomo II. p.366).

¹⁷¹ Para António Menezes Cordeiro, “o direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – e nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.646).

que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento”.¹⁷² O inadimplemento será, portanto, um estado patológico da obrigação, já que, na sua ocorrência, a obrigação não atinge a finalidade para a qual foi constituída. Os atos das partes, por conseguinte, devem se voltar, inteiramente, para que o inadimplemento seja evitado. Ocorrendo o inadimplemento, contudo, as partes devem agir para que tal situação se reverta, de modo a aplacar os seus efeitos. A boa-fé objetiva, portanto, impõe que as partes realizem condutas que, em caso de inadimplemento, as reaproximem da situação que seria alcançada com o adimplemento.

Por outro lado, é dever das partes colaborar para a redução dos riscos do inadimplemento e, em havendo inadimplemento, devem agir para que eventual reparação se dê da forma menos traumática possível. Com certeza, em caso de não observância dessa conduta, estar-se-á descumprindo um dever anexo imposto pela boa-fé objetiva. Afinal, quanto mais elevados os danos, mais custosa será a possível reversão da situação.

Em virtude dos custos sociais de reparação e de não reparação de danos de vulto, ensina Anderson Schreiber que:

O que se pretende aqui ressaltar é, na verdade, o crescente reconhecimento pela ordem jurídica de outros instrumentos, diversos da responsabilidade civil, que podem ser opostos aos danos injustos. Neste sentido, fala-se hoje, por exemplo, em *prevenção* e *precaução* de danos, ressaltando-se a importância da eliminação prévia dos riscos de lesão [...].¹⁷³

Em que pese ser preconizada a edição de normas específicas de natureza administrativa e regulatória com a finalidade de prevenção dos riscos acima mencionados, hoje prevalece “a ideia de que tais mecanismos devem centrar-se menos sobre o Poder Público, e mais sobre a sociedade civil, onerando em particular os agentes econômicos potencialmente causadores do dano”.¹⁷⁴

Certamente que a menção a “agentes econômicos” realizada no trecho transcrito acima reflete a necessidade de imposição, aos atores da sociedade civil que exploram atividades econômicas potencialmente causadoras de danos, da utilização dos mecanismos de prevenção.

¹⁷² SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.17.

¹⁷³ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.170.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.171.

Entretanto, não repulsa ao ordenamento jurídico – aliás, ao contrário, com ele se concilia – a ideia de que os mecanismos de prevenção devem ser impostos a todos aqueles que atuem, economicamente ou não, em situações potencialmente lesivas, por mais simples e corriqueiras que elas sejam, exatamente para minimizar os custos sociais tanto da reparação quanto aqueles decorrentes da não reparação dos danos causados.

Nesse sentido, leciona Teresa Ancona Lopez:

Sem dúvidas que, diante destes ‘novos riscos’ vindo do progresso da tecnologia e da ciência na sociedade contemporânea, a ‘sociedade de risco’, a única atitude que poderá evitar os piores danos à coletividade ou aos indivíduos será a atitude da precaução. Somente deverá ser aplicada a responsabilidade compensatória quando a precaução não foi utilizada ou o foi de forma incorreta, levando ao temido dano. Nesse caso, como se trata de danos ‘graves e irreversíveis’, a indenização somente servirá de compensação satisfatória e não poderá repor as coisas ao estado anterior.¹⁷⁵

Ainda que se discorde da afirmação de que a reparação seja devida, somente, em caso da falta de utilização ou da utilização incorreta da precaução, é irreprochável a afirmação de que a atitude que evita os piores danos é a precaução. Igualmente irretorquível é a assertiva de que a indenização nem sempre possui o condão de repor as coisas ao estado anterior. As providências de prevenção é que melhor se coadunam com o princípio da despatrimonialização do direito civil.

Vale trazer à colação, ainda, os ensinamentos de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, que, sustentando a existência de uma responsabilidade civil preventiva, a vincula à boa-fé objetiva nos seguintes termos:

Com efeito, ao se preconizar a viabilidade de uma responsabilidade civil preventiva no âmbito das relações obrigacionais, o princípio da boa-fé e seus correlatos deveres de lealdade, proteção, cooperação e colaboração passam a exercer papel não mais meramente coadjuvante, como lhes é confiado por força da clássica noção da responsabilidade civil repressiva.¹⁷⁶

¹⁷⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.239.

¹⁷⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p.233.

Muito mais eficiente, e socialmente menos custosa, será a responsabilidade civil analisada sob o viés preventivo, eis que visa evitar que os danos se concretizem.¹⁷⁷

O conceito do dever de mitigar vai na mesma orientação, verificando-se, pois, sua afinidade com a tese de que, no sentido de se conduzir a uma sociedade livre, justa e solidária, as partes devem atuar no sentido da prevenção e mitigação de danos, a fim de que: a) a finalidade da obrigação seja atingida com o adimplemento e a satisfação das partes; b) sejam reduzidos os riscos de inadimplemento; c) uma vez inadimplida a obrigação, os seus custos sociais sejam reduzidos ao mínimo necessário; e d) os custos sociais da reparação sejam mantidos no menor nível possível. Indubitavelmente que, assim agindo, a parte estará manifestando o devido respeito à esfera jurídica alheia.

Consequência do quadro até aqui exposto é a noção de que, se a vedação ao abuso de direito preceitua que devem ser inibidos pelo direito quaisquer atos que afastem as partes da possibilidade de cumprimento específico da obrigação, por outro lado a imposição de deveres anexos determina que os atos do credor e do devedor devem estar direcionados ao cumprimento específico da obrigação, por ser esse a “finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”.¹⁷⁸ E se tornado impossível ou inútil o cumprimento específico, as partes devem agir para que a reparação pecuniária seja lograda com o menor valor possível.

O dever de mitigar está, assim, inteiramente consentâneo com a noção dos deveres anexos. Se, por um lado, a boa-fé objetiva como inibidora de exercício abusivo do direito reprova a omissão do credor em mitigar o seu prejuízo, por outro, essa mesma boa-fé objetiva impõe às partes o dever de mitigar o próprio dano. São as duas faces da mesma moeda, sendo uma a vedação da omissão e a outra, a imposição de uma ação. É, assim, o dever de mitigar um dever anexo imposto pela boa-fé objetiva.

Diante disso, poder-se-ia levantar a hipótese de desnecessidade de se sustentar a existência de um dever específico de mitigar se, como visto, ele decorre da boa-fé objetiva. Vale dizer: poder-se-ia questionar a razão de se estabelecer uma modalidade específica de dever que poderia ser absorvida pelo conceito de boa-fé objetiva. Tal questionamento, porém, não procede.

¹⁷⁷ LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.376.

¹⁷⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.20-21.

Isso porque, deve-se atentar para a importância de um movimento que caminhe no sentido da concreção da boa-fé objetiva, mormente por se tratar de princípio, por vezes, superutilizado, o que pode levar ao esvaziamento do conceito.¹⁷⁹

A mitigação, assim, nos casos em que ela se faz necessária, traduz a conduta correta, leal e honesta condizente com a boa-fé.

Importa observar, contudo, que os deveres anexos não são, de antemão, definidos.¹⁸⁰ Isso porque, as condutas como tais devem ser aferidas no caso concreto, a depender das circunstâncias. Em relação ao dever de mitigar, não se foge à regra: abstratamente, observa-se o dever de mitigar. A aferição do que se configura um dever de mitigar, contudo, deve ser feita caso a caso, ainda que alguns parâmetros possam ser estabelecidos para tanto, como se verificará mais à frente.

2.1.3 A inexistência de fundamento do dever de mitigar na causalidade

Ao realizar cuidadoso estudo sobre o *duty to mitigate the loss*, Daniel Pires Novais Dias afirma que o referido instituto nem sequer teria sido incorporado pelo direito brasileiro. Para tanto, apresenta as seguintes razões: a) não haveria lacuna no Código Civil a justificar a referida incorporação¹⁸¹; b) o *duty to mitigate the loss*, no direito anglo-saxão, não seria um *dever*, propriamente dito, mas apenas uma “norma que, conjuntamente com outras, determinam

¹⁷⁹ Importante remeter-se à advertência realizada por Anderson Schreiber – referente à proibição do comportamento contraditório, mas cujo raciocínio pode ser aqui aplicado –, no sentido de que “embora seja amplamente declarada a inadmissibilidade do exercício de um direito em contrariedade à boa-fé objetiva [...] não é menos correto que esta fórmula parece muitas vezes ao magistrado um tanto etérea, um tanto vazia, diante das circunstâncias dramáticas de cada caso concreto. Tal fórmula, sobretudo em um contexto de superutilização da boa-fé, conduz a avaliações excessivamente diferenciadas e a soluções inteiramente divergentes, ainda que as hipóteses fáticas sejam substancialmente semelhantes”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.125-126).

¹⁸⁰ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.249.

¹⁸¹ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.9, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

(sic) o valor da indenização da vítima de um dano contratual ou extracontratual”¹⁸²; e c) o *duty to mitigate the loss* não deveria ser incorporado no Brasil tal como é aplicado no estrangeiro, mas sim seria importante propor-se uma solução adequada ao direito brasileiro para as situações nas quais “o credor mantém-se inerte diante da produção ou agravamento do próprio prejuízo decorrente do inadimplemento do contrato”.¹⁸³

Como síntese dos fundamentos utilizados pelo referido autor para rechaçar a incorporação do *duty to mitigate the loss*, pode-se dizer que, ao que parece, entende que a discussão acerca do *duty* se resolveria na causalidade, isto é, já no momento de se definir a quem atribuir a causa do dano. *Data venia*, esse não parece ser o entendimento mais correto.

A crítica de que o *duty to mitigate the loss* estaria sendo incorporado no Brasil sem a devida verificação acerca do seu significado aqui assumido, na verdade não diz respeito à sua compatibilidade com o nosso ordenamento, mas sim, à maneira como ele vem sendo aplicado. Vale dizer: se o *duty to mitigate* está sendo aplicado sem a necessária adaptação ao nosso ordenamento, trata-se de um problema de má aplicação, e não de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Disso resulta que a natureza jurídica que o *duty to mitigate the loss* possui no direito estrangeiro é importante para fins de verificar se, com as devidas adaptações, poderá ser aplicado aqui no Brasil. Quando se fala em *importação* de um preceito, não há, propriamente, uma importação. Menos que importar, na realidade o ordenamento de destino se inspira no ordenamento de origem para, utilizando-se de algumas ideias emanadas da origem, criar um novo preceito aqui aplicável; tudo isso em razão do trabalho de ressignificação que toda mudança de contexto implica.

Assim, se Daniel Pires Novais Dias argumenta que uma das razões pelas quais o *duty to mitigate* não foi incorporado é a de que ele, no estrangeiro, consiste em um simples mecanismo de limite da indenização¹⁸⁴, na realidade demonstra-se, *data venia*, uma certa incompreensão do caráter e das implicações da importação de um instituto ou conceito jurídico estrangeiro. Isso porque, como demonstrado, a incorporação, necessariamente, se dará com a modificação do

¹⁸² DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.10, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁸³ *Ibid.*, p.13.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.10.

sentido originário do instituto ou conceito, até porque os seus fundamentos serão outros. Repita-se para que fique claro: nenhum instituto jurídico estrangeiro é incorporado em um novo ordenamento sem um trabalho de ressignificação.¹⁸⁵ Assim, se, no que diz respeito ao *duty to mitigate the loss*, a conduta não chega a ser valorada no direito anglo-saxão, aqui o será. Nada mais natural, portanto, que aquilo que não é considerado um *dever* lá fora, aqui o seja.

Outro argumento utilizado pelo autor para fins de rechaçar a tese de sua incorporação ao nosso ordenamento se refere à afirmação de que, no direito positivo, não há lacunas que possibilitariam a incorporação do *duty to mitigate*. De fato, a análise da possível incorporação ao direito brasileiro de um instituto ou conceito jurídico estrangeiro deve passar pela verificação da utilidade da importação. Afinal, de nada serviria a incorporação não fosse pela possibilidade de resolver questões não resolvidas adequadamente pelos institutos e conceitos já existentes em nosso ordenamento. Ocorre que, ao ser realizada a análise acerca de quais dispositivos nativos responderiam ao que o dever de mitigar pretende responder, chegou-se aos artigos 402¹⁸⁶, 403¹⁸⁷ e 945¹⁸⁸ do Código Civil¹⁸⁹. E eles dizem respeito ao nexo de causalidade, ignorando o caráter valorativo que se pretendeu conferir, em nosso direito civil, às condutas, mormente aquelas que contrariam a boa-fé objetiva.

A par disso, o art. 402 se refere aos danos emergentes¹⁹⁰ e aos lucros cessantes¹⁹¹. Argumentou-se que não deveriam ser indenizados os danos não mitigados tendo em vista não

¹⁸⁵ KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.219, 2012.

¹⁸⁶ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

¹⁸⁷ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

¹⁸⁸ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

¹⁸⁹ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.13-25, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

¹⁹⁰ Sobre os danos emergentes, assim afirma José de Aguiar Dias: “incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta”. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p.825).

¹⁹¹ Sobre os lucros cessantes, assim afirma José de Aguiar Dias: “pode suceder, contudo, que esses efeitos [do ato danoso] se produzam em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima”. (DIAS, J. A., loc. cit.).

serem *razoáveis*. Ocorre que a razoabilidade em questão se refere a situações nas quais as partes deixaram de ganhar algo, e não àquelas situações nas quais efetivamente se perdeu. No que se refere aos danos não mitigados, pode haver ambas as situações, isto é, danos emergentes e lucros cessantes. Assim, há casos em que pode haver, na realidade, um decréscimo no patrimônio da vítima.

O termo *razoável*, contido no corpo do art. 402 do Código Civil, se presta a estremar os lucros cessantes dos danos meramente hipotéticos, que não são indenizáveis. A *razoabilidade*, assim, pretende emprestar um grau de probabilidade aceitável para fins de ressarcibilidade do dano.¹⁹² O termo razoabilidade do dano do art. 402 se refere somente às hipóteses de lucro cessante, não respondendo, pois, às hipóteses de danos emergentes decorrentes do descumprimento do dever de mitigar. Daí o fato de o art. 402 do Código Civil não responder, adequadamente, às situações respondidas pelo *duty to mitigate the loss*.

Já o art. 403 do Código Civil se refere ao nexa causal que deve existir entre a inexecução e os danos indenizáveis. O referido dispositivo consagra a teoria da *necessariedade* do nexa causal, segundo a qual “o dano deve ser consequência necessária da conduta”.¹⁹³ Resumindo-se à consideração acerca do nexa causal, o referido dispositivo não responde adequadamente àquilo que o dever de mitigar tem a pretensão de responder.

Em se tratando de responsabilidade civil e atribuição da responsabilidade pela causação do dano, é evidente que a análise do nexa causal é imprescindível. O principal efeito decorrente da aplicação do dever de mitigar, e que mais adiante será analisado com mais vagar, é a não condenação do causador originário do dano ao pagamento da indenização relativa aos danos não mitigados pela vítima. Portanto, descumprindo-se o dever de mitigar, aquele que o descumpre não será aquinhado com a parcela da indenização decorrente da não mitigação.

Por certo, então, que a materialização do dever de mitigar, quando aplicado, redundará em uma aferição de causalidade. Então, ao ser verificada a indenização atribuível ao agente causador originário do dano, faz-se análise acerca de até onde a conduta originária causou o dano. Os danos causados a partir desse limite serão atribuídos à conduta omissiva da vítima do dano que, podendo mitigá-los, não o fez.

¹⁹² SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p.195.

¹⁹³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.377.

Evidentemente que não se cogita de responsabilidade civil sem o elemento causal. Quando se discute o dever de mitigar, é inevitável tocar no assunto relativo ao nexo de causalidade, quer da conduta do causador originário do dano, quer da conduta da vítima.

Segundo Francisco Amaral, a responsabilidade civil, em sentido estrito, designa “o específico dever de indenizar nascido de fato lesivo imputável a determinada pessoa”.¹⁹⁴ Referido conceito contém os elementos essenciais da responsabilidade civil, isto é, o fato lesivo, o dano e o nexo de causalidade.

No mesmo sentido segue Gustavo Tepedino, para quem:

No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem alega [...] ¹⁹⁵

Portanto, é o nexo causal elemento indispensável em se tratando de responsabilidade civil e, por conseguinte, da definição daquele que arcará com a indenização no caso concreto. Sendo assim, ao se falar em dever de mitigar e os seus efeitos, impossível que a discussão não resvale para o nexo causal.

Deve-se indagar, contudo, se o fato de a discussão do dever de mitigar tocar o nexo causal coloca a causalidade como o seu fundamento. Em nossa opinião, a resposta é negativa. A discussão acerca do nexo causal no que tange ao dever de mitigar é a mesma relativa às questões de responsabilidade civil em geral, isto é, a qual ato se atribui a causação de determinado dano. O dever de mitigar não pode ser considerado como uma simples regra de atribuição de responsabilização pelo evento danoso e fixação de indenização. Previamente a essa análise, resta claro que o ordenamento jurídico brasileiro optou por realizar uma valoração da conduta. Ao impor determinado padrão de conduta, a boa-fé objetiva acarreta a reprovabilidade das condutas com ela incompatíveis.

Portanto, antes de se partir para a distribuição das responsabilidades pelos danos causados pela omissão em mitigar os danos, deve-se ter em mente que o ordenamento não prevê um dever genérico de se agir em qualquer situação. Portanto, para que alguém seja civilmente responsável

¹⁹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.602.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.63.

por uma omissão, necessário é que haja um dever específico de agir, imposto pelo ordenamento.¹⁹⁶ E o dever de mitigar é imposto pela boa-fé objetiva, sucedendo daí que a inação será passível de responsabilização.

Portanto, o art. 403 do Código Civil também não possui o condão de responder ao que o dever de mitigar, fundado na boa-fé objetiva, responde.

O mesmo vale para o art. 945 do Código Civil. Ali se trata da situação em que há a culpa concorrente da vítima para o evento danoso. Não há que se confundir o dever de mitigar com a situação prevista no art. 945. Afinal, na culpa concorrente da vítima reparte-se a responsabilidade pela causação do dano. Diante disso, desde o nascimento do dano, a responsabilidade por ele já nasce repartida entre agressor e vítima. Trata-se de um mesmo dano, pelo qual tanto o agressor como a vítima são os responsáveis.

Já no dever de mitigar, a dinâmica é distinta. Isso porque, em um primeiro momento, o dano é causado pelo agressor, e só por ele. Em momento posterior é que há o ponto de virada, a partir do qual deixa de ser razoável a omissão da vítima em mitigar o seu dano. A partir desse momento é que a responsabilidade pelo agravamento do dano será atribuída à vítima.

O que se verifica no dever de mitigar, por conseguinte, é a existência de dois danos: um causado pelo agressor e outro causado pela própria vítima, decorrente do fato de esta não ter se desincumbido do seu dever de mitigar. Diante disso, em virtude da diferença de situações, não há como se conferir ao art. 945 o condão de disciplinar os casos nos quais se aplica o dever de mitigar.

E o art. 945 é, também, dispositivo que dispõe sobre nexos causal, valendo o mesmo raciocínio relativo à responsabilidade civil por omissão esposado com relação ao art. 403: se a omissão da vítima em mitigar o seu dano é considerada causa concorrente do evento danoso, está-se diante, assim, de uma situação em que o agir era esperado pelo ordenamento.¹⁹⁷

Dito isso, comprova-se que os artigos 402, 403 e 945 do Código Civil não são hábeis a suprir uma eventual ausência, no direito brasileiro, do dever de mitigar o próprio prejuízo.

Demonstra-se, pois, que, em que pese a aplicação do dever de mitigar implicar, necessariamente, análise do nexos causal, a causalidade não é o seu fundamento. Somente há

¹⁹⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.176.

¹⁹⁷ CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p.115.

como se imputar a alguém a responsabilidade por omissão se essa omissão contraria um comando prévio, por parte do ordenamento, de agir.

Portanto, corretos estão aqueles que afastam da mera causalidade o fundamento do dever de mitigar no país, atribuindo-o à boa-fé objetiva.

2.1.4 O dever de mitigar como um autêntico *dever*

A primeira decorrência da fundamentação na boa-fé objetiva da mitigação dos próprios danos é o fato de que a mitigação, de fato, é um *dever*. Vale dizer: quando se fala em *dever de mitigar* não se utiliza o termo *dever* de forma meramente retórica. Não: a parte que se encontra na situação que justifica o referido agir está, de fato, premida por um *dever*, este assim entendido como “a situação analítica passiva de base. O dever traduz a incidência de normas de conduta: impositivas ou proibitivas. A pessoa adstrita a um dever encontra-se na necessidade jurídica de praticar ou de não praticar certo facto”.^{198,199}

Note-se que o dever surgido no âmbito de uma relação obrigacional não necessariamente surge em decorrência do exercício da autonomia das partes. Não: ele pode decorrer por imposição do ordenamento, como ocorre no caso dos deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva. No sentido de que deveres podem surgir em decorrência de princípios do ordenamento, ensina Perlingieri:

Hipóteses de dever podem ser encontradas também entre os princípios fundamentais do ordenamento: os deveres inderrogáveis de solidariedade [...], por exemplo, representam típicos deveres jurídicos com conteúdo genérico, ainda que suscetíveis de específica determinação em cada relação.²⁰⁰

¹⁹⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português I: parte geral*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005. Tomo I. p.356.

¹⁹⁹ Vale trazer, ainda, a seguinte definição de *dever jurídico*: “o dever jurídico caracteriza-se por uma determinação geral de observância de certa conduta ou abstenção, imposta pelo ordenamento jurídico em prol da tutela de interesses de outrem, geralmente garantida por meios coercitivos”. (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. p.236).

²⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.696-697.

Precisamente isso ocorre no caso da boa-fé objetiva. Em primeiro lugar, o exemplo de Pietro Perlingieri se aplica ao caso em estudo, já que a solidariedade é um dos fundamentos da boa-fé objetiva. Por outro lado, tal como ressaltado no trecho transcrito, o dever de mitigar possui um conteúdo genérico, já que não é possível, de antemão, elencar as condutas exigíveis para o seu cumprimento, o que não impede que haja parâmetros que indiquem tais condutas. Na realidade, somente à luz do caso concreto é que será possível vislumbrar quais condutas devem ser tomadas para fins de se atender ao dever de mitigar.

E a boa-fé impõe um padrão de conduta. Se é verdade que as partes *devem* agir conforme a boa-fé objetiva, igualmente verdade é o fato de que as partes *devem* mitigar os próprios danos.

A premissa acima, porém, não é pacífica. Christian Sahb Batista Lopes, embora sustente a sua recepção em nosso ordenamento, entende ser o dever de mitigar um ônus jurídico, não um dever. Isso por entender que à mitigação não se contraporia um direito subjetivo, a ser titularizado pela parte que, originariamente, causou os danos.²⁰¹

Em acréscimo, alega que os danos a serem mitigados, quer o credor os mitigue ou não, terão uma repercussão sobre o patrimônio do próprio credor. E isso porque, em caso de o credor não os mitigar, não teria o devedor como exigir do credor uma indenização por perdas e danos pelo descumprimento, por parte deste último, do dever de mitigação.²⁰² Importa ressaltar que o referido autor chega às referidas conclusões mesmo entendendo fundar-se o dever de mitigar na boa-fé objetiva.²⁰³

Concessa maxima venia, assim não nos parece. Isso porque se, conforme o próprio autor em comento entende, o fundamento do dever de mitigar reside na boa-fé objetiva, a mitigação ocorre não no interesse primário próprio, mas sim no interesse de ambas as partes da relação jurídica. Ora, se a boa-fé objetiva possui a função de impor determinado padrão de

²⁰¹ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.194.

²⁰² Ibid., p.195-196.

²⁰³ Segundo o referido autor, “diante do inadimplemento de uma obrigação, o direito brasileiro impõe que o credor adote as medidas que sejam razoáveis para minimizar ou reduzir os danos daí decorrentes. A norma de mitigação, embora não esteja contemplada expressamente no Código Civil, é corolário da boa-fé objetiva, sendo possível encontrar seu fundamento no direito positivo nos arts. 422 e 187”. (Ibid., p.263).

conduta que deve ser “leal, correta e honesta”²⁰⁴, o destinatário dessas qualidades é, em termos imediatos, a outra parte e, em último nível, ambas as partes, já que a conduta conforme a boa-fé serve à higidez da relação jurídica. A lealdade, a correção e a honestidade beneficiam, sobretudo, em um primeiro momento, a parte contrária, e não aquele que assim agiu. E mediatamente, tal conduta beneficia ambas as partes, por tornar mais saudável a relação jurídica. Portanto, a conduta praticada em decorrência da boa-fé objetiva demonstra, em um primeiro momento, mais que um benefício para si próprio, um respeito ao outro.

A boa-fé, como já visto, impõe o dever de cooperação entre as partes de uma relação jurídica. Há na boa-fé objetiva, assim, uma valoração da conduta, que deve ser ética.²⁰⁵ Se assim o é, coopera-se e se é ético para com a outra parte, não para consigo próprio. Logo, o destinatário primeiro dos deveres anexos é a parte com quem se relaciona, e não o próprio sujeito.

O que se verifica daí é que as emanações da boa-fé objetiva, especialmente aquelas relativas aos deveres anexos, sendo um deles o dever de mitigar o próprio dano, têm como beneficiário primário a parte com que se relaciona. Essa circunstância se figura incompatível com a conclusão no sentido de que o dever de mitigar é, na realidade, um ônus.

Isso porque, segundo Pietro Perlingieri:

O ônus é a situação passiva na qual o titular deve comportar-se não no interesse de outrem, mas sim, próprio. O ônus é definido – com expressão de conveniência – como *obbligo* – potestativo, no sentido de que o seu titular pode realizá-lo ou não. Poder-se-ia, justamente, objetar que não é possível falar de *obbligo* ou de dever deixado à discricionariedade do sujeito obrigado, de maneira a faltar em um outro sujeito o direito de exigir o cumprimento. Isso não obstante, a definição utilizada ajuda a compreender que existem situações passivas que não vinculam o sujeito titular, o qual, com base em uma própria avaliação discricionária, poderá exercê-las, ou não.²⁰⁶

Dissecando-se o trecho acima transcrito, a primeira noção relevante que ali se apresenta é a possibilidade de o seu titular optar pela realização ou não do ato definido como ônus, o que é lógico, na medida em que o beneficiado pelo exercício do ônus é o próprio agente.

²⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.249.

²⁰⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.90.

²⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.698.

Outra noção relevante é a de que, em relação ao ônus, não se vislumbra um direito subjetivo contraposto, de modo que não é exigível de ninguém que exerça um ônus. Simplesmente, ninguém possui interesse jurídico de que outro exerça um ônus.

A avaliação do titular do ônus é discricionária, competindo a ele próprio realizar o juízo de conveniência de seu exercício.

Pois bem: as noções acima são incompatíveis com a boa-fé objetiva. Quando se fala em *dever anexo* decorrente da boa-fé objetiva, fala-se em ato que deve ser realizado pela parte. Vale dizer, não há uma opção em agir ou não conforme o dever anexo: a parte deve agir de acordo com a boa-fé objetiva. Ainda que, de antemão, não se saiba ou não se possa enumerar quais são os atos materiais que se compatibilizam com a boa-fé objetiva²⁰⁷, o fato é que, dadas as circunstâncias do caso, a parte terá que avaliar o que se compatibiliza com o referido preceito. Note-se que a redação do art. 422 do Código Civil²⁰⁸ é claríssima no sentido de que ali se exprime uma obrigação, não se compatibilizando com um juízo discricionário da parte. A boa-fé “reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objetivos externos”.²⁰⁹

Da presente discussão emerge outra, qual seja, a respeito da ideia, defendida por alguns, de que não haveria o dever de mitigar porque a ninguém seria proibido causar um dano ao próprio patrimônio. Vale dizer: parte-se da premissa de que não haveria o dever de mitigar porque não haveria um dever genérico, no direito brasileiro, de evitar danos a si próprio.²¹⁰ E isso porque esse aumento dos danos somente diria respeito à esfera jurídica da própria vítima, sem afetar a esfera jurídica do causador originário do dano.

A tese é engenhosa, sedutora até, mas, *data venia*, não prospera. Em primeiro lugar, analisando-se, como já visto, a relação obrigacional como um processo, os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva se espraiam quer para a fase pré-contratual, quer para o

²⁰⁷ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.249.

²⁰⁸ “Art. 422. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

²⁰⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p.649.

²¹⁰ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.26, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

momento posterior ao cumprimento da prestação principal.²¹¹ Nesse passo, da mesma forma, deve-se reconhecer que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva também se espraiam para o momento posterior ao inadimplemento da obrigação principal. Por conseguinte, a conduta da vítima de vir a cobrar do causador originário do dano a reparação pelos danos não mitigados se configura clara violação da boa-fé objetiva.

É o que se extrai das palavras de Paulo Lôbo:

Questão relevante é a dos limites objetivos do princípio da boa-fé nos contratos. A melhor doutrina tem ressaltado que a boa-fé não apenas é aplicável à conduta dos contratantes na execução de suas obrigações, mas aos comportamentos que devem ser adotados antes da celebração (*in contrahendo*) ou após a extinção do contrato (*post pactum finitum*). Para fins do princípio da boa-fé objetiva são alcançados os comportamentos do contratante antes, durante e após o contrato.²¹²

O que se depreende disso é que se, após o inadimplemento contratual, o credor não age para mitigar seus danos, mas mesmo assim vem cobrar indenização por eles, essa atitude, indubitavelmente, violará a boa-fé objetiva. Para que fique mais claro: ainda que se entenda que a não mitigação, por si só, não atinge a esfera jurídica alheia – o que somente se admite para fins de argumentação –, em caso de posterior cobrança pelos danos não mitigados, estar-se-á infringindo a boa-fé objetiva. Todos aqueles atos estão compreendidos na mesma relação jurídica. Não são, portanto, relações jurídicas apartadas. Desse modo, a conduta do sujeito, como um todo considerada, afronta a boa-fé objetiva se, não mitigado o dano, o credor vem, no futuro, cobrar pelos danos evitáveis.

Em relação à responsabilidade civil extracontratual ocorre o mesmo. Visto que a boa-fé objetiva também se espraiam para relações jurídicas outras não originadas de negócios jurídicos, uma vez realizado o ilícito, afronta a boa-fé objetiva a conduta de não mitigar e, posteriormente, cobrar pelos danos não mitigados.²¹³ Aplicam-se, assim, tanto à relação contratual como àquela decorrente de ato ilícito extracontratual, os arts. 187 e 422 do Código Civil, muito embora este último só se referira, expressamente em seu texto, às relações contratuais.

²¹¹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3. p.19.

²¹² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.79.

²¹³ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.440.

Mas deve-se ir além. A ideia de que nas relações em que, em tese, se aplica o dever de mitigar, há uma permissão para que a vítima permita um agravamento dos seus prejuízos não é correta. Isso porque, ainda que, em um primeiro momento, não haja uma interferência efetiva na esfera jurídica da parte contrária, decerto que há uma interferência potencial. Se assim o é, a segurança jurídica da parte contrária se encontra abalada. Em caso de ser abalada esta segurança, surgirá para a parte o interesse de pleitear, inclusive em juízo, seja sanada a insegurança jurídica criada.

Por outro lado, é de se assentar que o ordenamento reconhece às partes o interesse de exigir o cumprimento dos deveres positivos e negativos decorrentes da boa-fé objetiva. Isso porque, em se abarcando o conceito de adimplemento não só o cumprimento das prestações principais, mas também dos deveres anexos²¹⁴, o descumprimento desses lançará ao inadimplemento aqueles que a descumpriram. Logo, se o ordenamento reconhece o interesse, por conseguinte confere o poder ao interessado de exigir o cumprimento de tais deveres.

Quanto à possibilidade de se exigir da parte contrária uma conduta de acordo com a boa-fé objetiva, invocam-se os ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar que, ao tratar das obrigações acessórias que se espraiam para a fase pós-contratual, assim afirmou:

é possível exigir-se das partes, para depois da prestação principal, uma certa conduta, desde que indispensável à fruição da posição jurídica adquirida pelo contrato. É o dever do modelista de não entregar ao concorrente os mesmos modelos com os quais cumprira a sua prestação.²¹⁵

No exemplo dado acima, em caso de o modelista fornecer ao concorrente do seu contratante os mesmos modelos com os quais cumprira a sua obrigação, poderá o prejudicado ingressar em juízo, pleiteando uma tutela inibitória para que o modelista se abstenha de praticar a conduta danosa.

O exemplo em questão se presta a demonstrar que há direito subjetivo de a parte prejudicada pleitear a realização dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

²¹⁴ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.102.

²¹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do dever (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p.248 apud Ibid., p.115.

Transportando-se essa noção para o caso do dever de mitigar, é possível ao causador do dano originário pleitear que a vítima mitigue os danos. Nesse sentido, por exemplo, imagine-se o caso em que o proprietário de um apartamento no município do Rio de Janeiro, que se encontra morando no exterior, recebe a notícia de que foi verificado um vazamento de sua responsabilidade, tendo por origem o seu imóvel e atingindo o imóvel do andar de baixo.

Como ele se encontra no exterior e por lá permanecerá por muito tempo, o proprietário nada pode fazer, de imediato, para estancar o vazamento. Diante disso, ele se comunica com o proprietário do imóvel atingido, para que este adote as providências cabíveis para estancar o vazamento, comprometendo-se a ressarcir a vítima. Note-se que, no caso concreto, o serviço de estancamento do vazamento pode ser realizado a partir do próprio imóvel atingido, sem necessidade de se ingressar no imóvel de cima.

O proprietário atingido, porém, aferrando-se à sua condição de vítima, se nega a adotar qualquer providência para estancar o vazamento que, progredindo rapidamente e de forma preocupante, começa a causar inúmeros estragos no imóvel de baixo.

Sendo informado da negativa do proprietário atingido em realizar as providências tendentes a mitigar o prejuízo, bem como da rápida evolução dos estragos causados pelo vazamento, pode o autor, em tese, ingressar em juízo para que este obrigue o atingido a realizar os atos tendentes a mitigar os seus danos, de maneira a realizar os reparos emergenciais.

Portanto, não procede a ideia de inexistência de direito subjetivo contraposto ao dever de mitigar.

Mas não é só: pode-se retomar, aqui, os ensinamentos de Tereza Ancona Lopez, para quem a responsabilidade civil também se aplica à prevenção de eventos danosos. Ou seja, aplica-se a responsabilidade civil mesmo nas situações de simples ameaça de dano.²¹⁶

Embora admitindo-se a existência de atos antijurídicos que não causam danos, eles não serão passíveis de gerar o dever de indenizar, já que o que se indeniza é o dano, não a antijuridicidade. A existência ou não de dano por ele gerado, contudo, não torna o ato antijurídico indiferente para o direito. Ele ainda permanece reprovável à luz do ordenamento, apenas não gerando o dever de indenizar.

Partindo-se dessas premissas, o ato da vítima de permitir que o próprio patrimônio sofra um decréscimo em um contexto no qual em algum momento, em tese, pode vir à tona uma

²¹⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.139.

discussão acerca do dever de mitigar, é um ato antijurídico. Sempre haverá a potencialidade de se atingir a esfera jurídica alheia, ainda que isso não se materialize. Trata-se de uma situação, assim, contrária ao ordenamento, ainda que o dano, como consequência dela, não se materialize.

2.1.5 Da aplicabilidade do dever de mitigar nas relações obrigacionais decorrentes de ilícito extracontratual

O direito brasileiro distingue a responsabilidade civil contratual da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana. A responsabilidade civil contratual é disciplinada no Código Civil pelos artigos 389 e seguintes, enquanto a responsabilidade civil extracontratual é disciplinada nos arts. 186 e 927 e seguintes e 944.²¹⁷

No que se refere à distinção entre as espécies de responsabilidade civil afirma-se que “a responsabilidade do infrator classifica-se conforme a natureza da violação. Se preexiste vínculo obrigacional, chama-se responsabilidade contratual. Caso contrário, diz-se que é extracontratual ou aquiliana”.²¹⁸ Portanto, segundo sistemática adotada no Código Civil de 2002, conforme a responsabilidade civil surgir no âmbito de uma relação obrigacional já existente ou não, será ela contratual ou será extracontratual.

Entendendo ser justificada a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, António Menezes Cordeiro aponta que a razão para tanto é a diferença de origens, o que levaria a diferentes funções, afirmando que:

a diferença genética projecta-se na diferenciação funcional que já foi apontada:
 - enquanto a responsabilidade obrigacional visa, na sua matriz, assegurar e prolongar a função do contrato, assente na criação e na circulação da riqueza;
 - a responsabilidade aquiliana procura tutelar a função dos direitos subjectivos (máxime, a propriedade), assente na defesa da riqueza já obtida.²¹⁹

²¹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.607.

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.92.

²¹⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. Tomo III. p.391.

Assim, a responsabilidade civil contratual se destinaria a garantir a higidez das relações econômicas viabilizadas pelo estabelecimento de negócios jurídicos. Prosseguindo em seus argumentos no sentido de uma diferenciação essencial entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, afirma o insigne professor português que:

a diferenciação dos regimes aplicáveis a ambas as responsabilidades arranca das clivagens genéticas apontadas. Na responsabilidade obrigacional há sempre que lidar com a fonte original da obrigação em jogo (matricialmente: um contrato) e com o “facto ilícito” do seu incumprimento (matricialmente: a não-execução da prestação principal). Ora, para se chegar a este ponto, há todo um conjunto de passos a dar: a interpelação, a cominação de um prazo admonitório ou o desinteresse objectivo superveniente e, depois, a constituição do dever de indemnizar, a articular com a estrutura sobrevivente da obrigação anterior. O ponto de partida é o da constituição da obrigação.

Já na aquiliana, bastarão o facto e os demais pressupostos. O momento zero é o da perpetração do facto em causa devendo, a partir daí, constituir-se toda uma relação entre o agente e o lesado.²²⁰

O que se infere do trecho transcrito é que ali está inserida a ideia de que, quanto à responsabilidade civil contratual, o fato de se fundar em uma relação jurídica negocial pretérita faz com que desde o momento do inadimplemento até a constituição do dever de indenizar existiria um interregno, contido por diversos atos, o que não ocorreria na responsabilidade civil extracontratual.

Carlos Nelson Konder também entende ser justificada a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual. Para tanto, sustenta que há efeitos que são distintos, conforme se trate de responsabilidade contratual ou extracontratual.²²¹

²²⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. Tomo III. p.391.

²²¹ Confira-se do seguinte trecho: “A vítima na responsabilidade extracontratual tem direito à indenização plena, sem qualquer forma de limitação ou predeterminação contratual, mas por outro lado, o ilícito não interfere, em princípio, nas relações contratuais existentes entre as partes. Já a vítima na responsabilidade contratual, além, do direito à indenização – que pode estar limitada por cláusula penal, limitativa ou mesmo excludente do dever de indenizar – pode ter direito à resolução do contrato, à retificação da prestação, a novo cumprimento ou à redução da contraprestação.

No tocante ao ônus da prova da culpa, em que pese a difusão das hipóteses de responsabilidade objetiva e da distinção entre obrigações de meio e de resultado, além chamada teoria da carga dinâmica da prova, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual ainda pode ser relevante. Na relação contratual ocorre uma inversão, pois uma vez que o contratante promete realizar determinada conduta, sua falta faz presumir o inadimplemento, incumbindo ao devedor provar a ausência de culpa de sua parte. Ao contrário, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, o ônus é da vítima, que deve provar que o ofensor não se comportou de forma diligente, ferindo o princípio do *neminem laedere*.

Havendo mais de um causador do dano, a distinção torna-se relevante também no tocante à solidariedade. Tratando-se de relação contratual, a solidariedade é excepcional, dependendo de previsão de acordo,

Em que pese a opção do legislador por fazer tal distinção, inclusive topográfica, no Código Civil, a diferença de origem das responsabilidades contratual e extracontratual e a diferença de alguns efeitos entre elas, cabe indagar se essa divisão impede que o dever de mitigar também seja aplicado à responsabilidade extracontratual. E a resposta parece ser negativa.

Segundo Silvio de Salvo Venosa: “não existe na realidade uma diferença ontológica, senão meramente didática, entre responsabilidade contratual e aquiliana. Esta dualidade é mais aparente que real. O fato de existirem princípios próprios dos contratos e da responsabilidade fora deles não altera esta afirmação”.²²²

Em relação à dicotomia responsabilidade civil contratual e extracontratual, José de Aguiar Dias defende o posicionamento dos que entendem que a responsabilidade civil deve ser estudada *em plano único*.²²³ Ainda segundo ele, o fato de se defender o estudo unitário da responsabilidade civil “não importa em arrasar as diferenças existentes entre os dois aspectos da responsabilidade. O que se quer significar é que essas diferenças não são fundamentais, não atingem os princípios essenciais da responsabilidade”.²²⁴

Portanto, em que pesem as distinções entre responsabilidade contratual e extracontratual, inclusive em relação à diferença de certos efeitos, naquilo que é essencial o que se aplica à responsabilidade civil contratual também será aplicado à responsabilidade civil extracontratual.

enquanto se a responsabilidade for aquiliana, há regra especial impondo a solidariedade entre os ofensores, de maneira a que ambos podem ser interpelados pela reparação da totalidade do dano.

O termo inicial para a contagem dos efeitos do inadimplemento, especialmente no tocante à atualização monetária da dívida e os juros moratórios, também difere conforme o regime de responsabilidade. Com exceção do regime próprio de indenização por dano moral – atualizada a partir da publicação da decisão que lhe arbitrou – as dívidas contratuais são atualizadas e sofrem a incidência de juros a partir do vencimento ou, se sem prazo ou ilíquidas, atualizadas a partir do ajuizamento da ação e com juros a partir da citação, enquanto as indenizações de fonte extracontratual sofrem a incidência de juros a partir do evento danoso.

Outra repercussão da distinção entre responsabilidade contratual e a extracontratual se dá na esfera processual, no que diz respeito à competência. No litígio fundado em contrato, a competência pode ser determinada por cláusula de eleição de foro, pelo domicílio do réu ou pelo local da obrigação; já na hipótese de responsabilidade extracontratual, para a facilitação para o credor, a competência é do juízo do domicílio da vítima ou do local do dano.

Enfim, o que para alguns é apontado também como um efeito da distinção é o prazo prescricional. O Código de Defesa do Consumidor prevê o prazo quinquenal para a reparação do fato ou do serviço, enquanto o Código Civil, no seu art. 206, § 3.º, V, prevê genericamente o prazo trienal para a pretensão de reparação civil. No entanto, parte da doutrina entende que este prazo aplica-se apenas à pretensão de indenização para responsabilidade extracontratual”. (KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.229-231, 2012).

²²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.4. p.26.

²²³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p.128.

²²⁴ DIAS, J. A., loc. cit.

Nesse sentido, retomando a noção, já analisada, de relação obrigacional vista como um processo, esta “tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”.²²⁵ Isso significa que a relação obrigacional é incompatível com uma ideia estática. E essa noção dinâmica, tal como ocorre no tocante às relações obrigacionais originárias de um negócio jurídico, também ocorrerá nas relações obrigacionais originárias de um ilícito extracontratual. Nestas, naturalmente que o propósito do procedimento tendente à satisfação das partes não será o de realização daquilo que havia sido avençado pelas partes no negócio jurídico, com a consagração da autonomia privada exercida. Será, sim, a satisfação da vítima, com a reparação pelo dano sofrido. Segundo José de Aguiar Dias, a finalidade da responsabilidade civil será a de “restituição do prejudicado à situação anterior, desfazendo, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido [...]”.²²⁶

Mesmo na seara extracontratual, pode haver diversos procedimentos a serem realizados no espaço compreendido entre o ilícito e o momento de se pagar a indenização. De início, não raro as partes controvertem acerca do responsável pelo dano. Ou seja, nem sempre, a partir do fato, tem-se a noção exata de quem é o responsável pelo dano causado.²²⁷ Portanto, se o inadimplemento contratual gera diversos atos que culminarão com uma reparação, isso também ocorrerá no âmbito da responsabilidade civil extracontratual. Por exemplo, mesmo nos casos de responsabilidade civil extracontratual é possível que a vítima notifique a outra parte, quando esta apresenta alguma recalcitrância no que se refere ao seu dever de indenizar.

Não se olvide, ainda, que a responsabilidade civil extracontratual é pródiga em casos nos quais há divergência sobre o valor a ser pago. Por exemplo, em casos de acidente de trânsito do qual resultam danos materiais, pode ocorrer que a vítima, para a realização dos reparos, prefira recorrer a uma oficina de confiança que, porém, cobra mais caro em relação à oficina

²²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.17.

²²⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012. p.18.

²²⁷ Um exemplo, dentre muitos, de discussões nas quais há, por vezes, vivíssima controvérsia referente ao responsável pelo fato, é o caso de acidentes de trânsito. Confira-se a ementa a seguir: “Ação indenizatória. Acidente de trânsito. Ônibus. Ciclista. Diante do conjunto probatório carreado aos autos, em especial a prova testemunhal, o ciclista foi o único responsável pela ocorrência do evento narrado na petição inicial. Ausente um dos pressupostos da responsabilidade civil, a saber, o nexa causal, a pretensão indenizatória é manifestamente improcedente. Sentença que emprestou adequada e justa solução à controvérsia, não merecendo, pois, censura desta Corte de Justiça. Recurso que se nega seguimento (CPC, art. 557, caput)”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação 0019271-11.2010.8.19.0205*. Relator: Des. Sérgio Jerônimo A. Silveira. Julgamento: 14/02/2012. Órgão Julgador: 4.ª Câmara Cível. Publicação: 16/02/2012).

apontada pelo causador do dano. Tratativas podem ser realizadas, até extrajudicialmente, a fim de que se chegue a uma solução aceitável para ambas as partes.

O que se quer demonstrar com os argumentos acima é que tal como existe um iter compreendido entre o inadimplemento contratual e a indenização, na responsabilidade civil extracontratual também poderá haver um iter, contido por diversos atos, entre o momento do fato e o momento do pagamento da reparação, o que reforça o caráter dinâmico, também, da relação obrigacional extracontratual.

Se o objetivo da responsabilidade civil extracontratual é satisfazer a pessoa desfazendo os efeitos do dano sofrido, cabe a pergunta: será que a boa-fé objetiva não impõe que as pessoas colaborem para que esse intento seja atingido, mesmo sem qualquer negócio jurídico prévio? A resposta é sim. De início, cabe trazer à lume as observações realizadas por Anderson Schreiber no que se refere à expansão da boa-fé objetiva para outras relações jurídicas que não as negociais:

É somente em um segundo momento, diante do extraordinário desenvolvimento da boa-fé objetiva nestas situações de tipo negocial, que sua expansão vem se impor, progressivamente, sobre outras espécies de relações jurídicas como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada geral.²²⁸

Logo, a boa-fé objetiva não se aplica, apenas, às relações obrigacionais decorrentes de um negócio jurídico.

Essa incidência, evidentemente, conterà algumas diferenças em relação àquela havida no cumprimento do que foi estabelecido em uma relação contratual. No âmbito de uma relação negocial, o ambiente, normalmente, se torna mais propício à colaboração, já que a relação se estabeleceu como manifestação da vontade das partes. No caso da responsabilidade civil extracontratual não: a relação obrigacional nasceu de um ilícito. Isso não impede que a colaboração se manifeste em alguns aspectos.

O aspecto mais candente é a colaboração para que seja viabilizada uma reparação satisfatória, com os menores custos possíveis. Com isso, uma vez causados os danos, as partes devem laborar, em conjunto, para que esses danos se mantenham no menor patamar possível. Um exemplo para ilustrar: Caio trafegava com o seu carro quando foi abalroado pelo carro de

²²⁸ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.440.

Tício. Nenhum dos dois assumiu a culpa pelo ocorrido. O carro de Caio sofreu avarias que o impediram de rodar. Em relação a Tício, seu carro sofreu, apenas, avarias de pouca monta, que não o impediram de continuar rodando com o carro, sendo consertadas pelo próprio Tício, com o dispêndio de valor diminuto.

Entendendo não ser o culpado pelo acidente, Caio, apesar de constatar que seu automóvel necessitava de reparos sem os quais não poderia rodar, nada fez para consertá-lo. Limitou-se a guardá-lo na sua garagem aguardando o desfecho de demanda judicial por ele movida com fins de obtenção de indenização.

Enquanto a demanda se desenrolava, o carro de Caio, parado e em más condições, foi se deteriorando cada vez mais. Caso Caio tivesse empreendido os esforços necessários para reparar seu veículo logo após o acidente, gastaria um valor “X”. Posteriormente, contudo, com o agravamento das más condições do carro e sua inércia em realizar os reparos, o valor necessário para restabelecer a viabilidade do carro passou a “5X”.

Pois bem: entender inaplicável ao caso o dever de mitigar implica reconhecer que Tício, sendo declarado culpado na demanda judicial, e culpado pelo acidente, deveria arcar com o valor de “5X”. Entendendo-se aplicável o referido dever, pode-se sustentar que Tício, mesmo reconhecida a sua responsabilidade pelo dano inicialmente causado, não deveria arcar com os “4X” acrescidos ao longo do tempo, em razão da inércia de Caio.

O que se observa é que, enquanto na responsabilidade civil contratual as partes devem colaborar a fim de que seja atingido, com sucesso, o resultado previsto e querido por ocasião da celebração do negócio jurídico, quando se fala em responsabilidade civil extracontratual a colaboração deve visar à não exacerbação do dano inicialmente causado. Isto é, em razão do ilícito extracontratual, um determinado dano foi causado. As partes, assim, devem envidar esforços no sentido de fazer com que as consequências do ilícito²²⁹ se mantenham no mínimo possível, de modo a possibilitar que os custos sociais do fato sejam os menores, quer havendo a reparação do dano, com a responsabilização do seu causador, quer não havendo.

Deve-se levar em conta que, se o ato ilícito é algo patológico no sistema, o agravamento do dano é uma exacerbação dessa patologia. E os atos que tendem a conduzir à exacerbação da patologia não podem ser acolhidos pelo direito.

²²⁹ Aí entendendo-se o termo *consequências* em sentido amplo, abrangendo também as decorrências da omissão da vítima em mitigar os danos.

Observa-se que um direito somente deve ser exercido na medida em que há um respeito à esfera jurídica alheia. Inobservado isso, estar-se-á incorrendo em seu exercício irregular.²³⁰ Aferrar-se, assim, à condição de vítima, para nada fazer no sentido de mitigar o próprio prejuízo será, indubitavelmente, incorrer em abuso, na forma do art. 187 do Código Civil, independentemente de se estar no bojo de uma relação obrigacional decorrente de negócio jurídico ou não. Quer em um caso, quer em outro, há que se respeitar a esfera jurídica alheia.

Esse respeito ao outro leva a que tanto no âmbito de uma relação contratual quanto na não contratual as partes ajam de forma proba, leal e honesta. Como visto, se não há, a rigor, diferença ontológica entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual, não há porque limitar à relação contratual a imposição de se agir daquela maneira. Sustenta-se, assim, a aplicação, mesmo às relações extracontratuais, do disposto no art. 422 do Código Civil, mormente em se considerando o iter compreendido entre o momento do nascimento da relação obrigacional decorrente de ilícito extracontratual e o momento em que o dano é reparado.

E ainda que não se entenda aplicável o art. 422 do Código Civil às relações obrigacionais extracontratuais, decerto que o respeito à esfera jurídica alheia é também determinado pelo princípio da solidariedade, insculpido no art. 3.º, III, da Constituição, o qual determina que os “direitos só existem para ser exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos ‘fundamentalmente organizados’ para viver em meio a outros”.²³¹ Assim, inviável analisar as condutas humanas sem considerá-las como passíveis de produzir efeitos na esfera jurídica alheia.²³²

Em decorrência disso, se no exemplo dado Caio tinha condições de arcar com os custos do reparo imediato do seu carro, mas não o fez porque entendeu que Tício foi o causador do dano, e só ele, Tício, devia se movimentar para repará-lo, trata-se de conduta cuja finalidade não se compadece com a boa-fé objetiva.

A inércia que redundava em um crescimento artificial dos danos, a serem posteriormente cobrados, não se compadece com a boa-fé objetiva e com a solidariedade. Portanto, sendo o dever de mitigação uma decorrência dos referidos princípios, impõe-se a sua aplicação aos casos de responsabilidade civil extracontratual.

²³⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1. p.562.

²³¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.249.

²³² *Ibid.*, p.248-249.

2.2 O cumprimento das condições necessárias à incorporação do dever de mitigar o próprio dano

Tendo-se em vista que o *duty to mitigate* tem origem no direito estrangeiro, cabe analisar se, diante do que já se estudou, o referido instituto preenche as condições de compatibilidade com o ordenamento pátrio.

Deve ser observado que, quando um instituto jurídico é concebido, ele o é visando à consecução de uma finalidade. O instituto possui, portanto, uma função no ordenamento. Eis as palavras de Norberto Bobbio:

Parece difícil subtrair o direito, entendido como grande máquina para o exercício da coação, a toda e qualquer interpretação teleológica, se não por outros motivos, porque entre todos os possíveis fins de um grupo social há um que é mínimo, ou comum, para cuja consecução a técnica social específica que é o direito apresenta-se não apenas como preferível, mas, sobretudo, como necessária: a ordem ou a paz social. Se admitimos que o direito pode servir para atingir os mais diversos fins, e, ao mesmo tempo, se admitimos que o fim da ordem só pode ser atingido pelo direito, este não é apenas um meio, mas tem um fim, ou melhor, é um meio específico para um fim específico.²³³

Não há, portanto, como dissociar o direito de um fim específico.²³⁴ Ainda nesse sentido, afirma Norberto Bobbio que “[...] o Estado desenvolve a própria função de condicionar o comportamento alheio para obter certos efeitos desejados ou para impedir certos efeitos indesejados [...]”.²³⁵

Inseparável, pois, o direito do seu elemento teleológico, que corresponde, decerto, ao contexto no qual inserido o instituto jurídico. Não há como se conceber uma norma hígida sem que se perquiria acerca do contexto histórico e territorial no qual inserida. Somente esse contexto é que viabilizará a adequada compreensão da norma e, por conseguinte, a sua adequada aplicação.

²³³ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p.58.

²³⁴ Para Pietro Perlingieri, “Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das ideias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.201).

²³⁵ BOBBIO, op. cit., p.65.

Não é demasiado, pois, afirmar que o instituto jurídico é um produto do seu tempo e do seu lugar. Enquanto ele estiver vigente, e for aplicável, deverá ser analisado à luz dos princípios e valores vigentes na época e no território de aplicação, de modo que tal instituto deverá estar de acordo com as tendências apontadas pela sociedade. Deve ser, portanto, compatível com os valores vigentes.

Por outro lado, quando se está tratando de norma jurídica, deve-se ter a noção de que ela não preexiste ao fato sobre o qual será aplicada, mas sim nasce após a ocorrência desse, por ocasião da realização do trabalho criativo do intérprete. Assim, ao analisar o fato, deve o jurista “considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato”.²³⁶ Supera-se, assim, a teoria da subsunção, segundo a qual se entendia a atividade de aplicação do direito como um silogismo, vale dizer, como se houvesse uma separação entre a criação do direito e a sua aplicação. Segundo a referida teoria, encontrar-se-iam inteiramente apartadas a atividade legislativa – de criação da norma – e a atividade jurisdicional. A aplicação do direito, pois, se daria por meio de um método silogístico, segundo o qual se considera como premissa maior o dispositivo legal e como premissa menor, o fato, cabendo ao juízo o mero encaixe do fato na norma que, entendia-se, era pré-concebida e que consistia no texto positivo.²³⁷

No referido contexto, a atividade interpretativa se resumiria à simples persecução do sentido dos vocábulos, reduzindo-se tal atividade a uma conotação meramente linguística, isto é, esgotando-se na própria palavra.²³⁸

Ocorre, contudo, que não se deve perder de vista o aspecto relacional que permeia a busca pelo sentido do texto. Segundo Pietro Perlingieri, “não existe, pois, um sentido imanente à palavra: este é a relação (e nada mais) entre o texto e um objeto ao qual se refere. A interpretação deve levar em consideração esta referência necessariamente externa ao texto”.²³⁹ Portanto, se o exato sentido do texto não é concebido senão por meio de uma atividade relacional, deve-se perquirir acerca do que se relacionará com o texto em análise. No caso, essa relação se estabelecerá com o ordenamento jurídico em sua totalidade. Segundo Gustavo

²³⁶ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.642.

²³⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.62.

²³⁸ PERLINGIERI, op. cit., p.603.

²³⁹ *Ibid.*, p.604.

Tepedino, “o sistema jurídico, bem ao contrário, há de fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade”.²⁴⁰ Somente a adoção desse método interpretativo, com a conseqüente criação da norma a ser aplicada ao caso concreto, se compatibiliza com a noção de complexidade e unidade do ordenamento.

Tome-se, por ser relevante, a expressão *vetores condicionantes da sociedade*. Ora, se a atividade interpretativa deve levar em consideração os vetores condicionantes *da* sociedade, não se está, aí, tratando de *uma* sociedade, mas sim, *da* sociedade na qual se aplicará a norma em análise.

Frise-se que a norma – não se confundindo essa com o texto legal – “é fruto de sua colocação no âmbito do sistema”.²⁴¹ Vale dizer: não se fala em norma desconsiderada de sua inserção no sistema. A simples menção à *norma* pressupõe a sua inserção no ordenamento. Cai por terra a noção do ordenamento jurídico como simples repositório de normas, prevalecendo a noção de “conjunto de ordenamentos dos casos concretos”.²⁴²

Portanto, se a norma pressupõe o pertencimento a um sistema e sempre visa à consecução de uma finalidade, o ordenamento no qual se insere é o atual. Ou seja, a norma somente será inferida a partir de sua consideração dentro do ordenamento contemporâneo e conterrâneo ao de sua aplicação.

Em relação à sua noção de complexidade, o ordenamento é complexo pelo fato de não se confundir com o direito positivo. Se o contrário ocorresse, isto é, se por *ordenamento* se entendesse aquele conjunto de normas de mesma hierarquia, o ordenamento poderia ser considerado um “universo técnico homogêneo e fechado em si mesmo”. Entretanto, o ordenamento é composto por uma multiplicidade de fontes normativas, de diferentes níveis hierárquicos, apresentando-se, “necessariamente como um sistema heterogêneo e aberto”.²⁴³

Tal complexidade não é incompatível, porém, com a noção de unidade. É o que ensina Perlingieri: “[...] em uma ciência jurídica que é a ciência prática, o ordenamento, por mais

²⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.11.

²⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.617.

²⁴² TEPEDINO, op. cit., p.11.

²⁴³ *Ibid.*, p.9.

complexo que seja, independentemente do tipo de complexidade que o caracterize, só pode ser uno, embora resultante de uma pluralidade de fontes”.²⁴⁴

O que conferirá a unidade ao ordenamento será a centralidade da Constituição, cujos valores e princípios informarão a totalidade do ordenamento.²⁴⁵

Logo, o instituto jurídico analisado à luz de princípios não pertencentes ao momento e ao território em que se realiza a interpretação não redundará em uma norma. Estar-se-á diante de um instituto desconectado do ordenamento e, portanto, o produto daquela interpretação será algo diferente de uma norma, já que não existe norma descontextualizada. A análise descontextualizada do instituto desconsidera que esse possui uma função dentro do ordenamento.²⁴⁶

Exsurge daí a ideia de *historicidade*²⁴⁷ do instituto jurídico, de modo que ele, histórico que é, deve ser analisado dentro do contexto em que aplicado.²⁴⁸

Nesse sentido, caso a aplicação do instituto se dê nos dias atuais, decerto que a sua análise deve se dar a partir do contexto atual, isto é, de acordo com os princípios e valores ora em vigor no ordenamento.

Caso, porém, se pretenda investigar determinado instituto jurídico pertencente a outra época, imprescindível será a tentativa de se perquirir acerca do seu sentido naquele outro contexto. Ora, sabe-se que a retomada, com exatidão, do sentido originário conferido ao instituto jurídico vetusto quase nunca é possível. É quase impossível realizar uma “recuperação integral dos sentidos originários”.²⁴⁹ Entretanto, essa dificuldade de se retomar os sentidos originários do instituto jurídico não autoriza o estudioso a simplesmente ignorar o contexto no

²⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.200-201.

²⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.9-10.

²⁴⁶ PERLINGIERI, op. cit., p.617.

²⁴⁷ “Historicidade: [De *histórico* + *-(i)idade*] S. f. 1. Caráter do que é histórico. 2. *Liter*. Atuação do homem como agente no processo histórico-literário”. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004)

²⁴⁸ Conforme ensina Aline de Miranda Valverde Terra: “Apesar de uma, a realidade varia no tempo e no espaço. Cada sociedade, tomada em certo momento de seu desenvolvimento, dispõe de realidade que lhe é peculiar, e que diverge não apenas da realidade de outras sociedades, mas de sua própria realidade em momento histórico diverso”. (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.6).

²⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p.39.

qual ele foi concebido e aplicado.²⁵⁰ Dar ao instituto jurídico de outra época o significado que ele atualmente possui não levará o intérprete a alcançar a norma jurídica da época. Não: será produzido algo semelhante a um *Frankenstein* jurídico, eis que haverá a conjunção de um antigo instituto jurídico com um significado atual. Ou seja, não se chegará a qualquer resultado válido, já que o produto desse raciocínio levará a algo que, decerto, não era dantes aplicado, bem como não é atualmente aplicado.

Exemplo da maior importância prática pode ser aquele decorrente da invocação de precedentes jurisprudenciais antigos para o embasamento, atual, de determinada tese jurídica: ao se fazer o resgate de tal julgado deve-se analisar o significado que os institutos jurídicos ali mencionados possuíam no momento de sua prolação, sob pena de se chegar a resultado diverso do pretendido.²⁵¹

Assim, a melhor forma de análise do instituto jurídico será de modo a perquirir o seu significado, o que implica a sua contextualização. Para António Manuel Hespanha, o melhor caminho será o de “inventariar as dificuldades metodológicas da interpretação, procurando tomar medidas que garantam o máximo de conhecimento sobre o outro”.²⁵² Ainda nas palavras do referido doutrinador português:

Na história, não nos queremos ver ao espelho, não queremos saber mais do mesmo. Embora nos queiramos entender melhor, queremos fazer isso por meio da observação de outros, agindo e comunicando em contextos diferentes, sendo esta alteridade dos atores e dos contextos que aumenta o nosso conhecimento sobre os homens e as sociedades.²⁵³

²⁵⁰ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p.38.

²⁵¹ Exemplo interessante é aquele referente à responsabilização civil do estabelecimento empresarial pelo furto de automóvel em estacionamento gratuito por ele mantido. O STF esposava a tese de que não poderia haver tal responsabilização, uma vez que o estacionamento gratuito seria “uma comodidade oferecida aos clientes do supermercado, sem qualquer outra obrigação da firma, nem mesmo a de guarda dos veículos ali estacionados”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 114671/RJ*. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 20/10/1987. Órgão Julgador: 2.^a Turma. Publicação: DJ 13/11/1987). Já a tese ora prevalente sobre o tema caminha no sentido da responsabilização do estabelecimento empresarial, já que a comodidade em questão se presta a “fator de cooptação de clientela, dada a comodidade proporcionada aos que se dirigem ao local”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1087661/SC*. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 02/12/2010. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe 01/02/2011). Ou seja, com o passar do tempo foi modificada inteiramente a compreensão relativa ao caráter da manutenção de estacionamento gratuito e da relação fornecedor de serviços-consumidor.

²⁵² HESPANHA, op. cit., p.39.

²⁵³ HESPANHA, loc. cit.

Portanto, não se deve impor ao passado a leitura atual de institutos antigos. E vice-versa. Como já dito anteriormente, o instituto jurídico pertence ao tempo em que é aplicado, razão pela qual somente será válida a sua análise à luz do contexto ao qual pertenceu.

O que até aqui foi tratado faz ressaltar a noção de relatividade dos institutos jurídicos. Isso porque a importância da análise contextualizada de determinado instituto jurídico decorre da noção de que o significado dos institutos varia conforme o contexto em que se insere.²⁵⁴

Exemplo de como um mesmo texto legal pode ser lido de forma inteiramente distinta, conforme for o território considerado, foi o verificado nas Alemanhas Ocidental e Oriental. Como é sabido por todos, derrotada a Alemanha na Segunda Grande Guerra, esse país foi dividido em Alemanha Ocidental – que adotou a economia de mercado – e a Alemanha Oriental – que adotou a economia baseada na coletivização dos meios de produção. Os regimes econômicos adotados em cada lado da fronteira eram antagônicos. Entretanto, em ambos os países foi mantido em vigor o Código Civil Alemão de 1900. O mesmo texto legal foi, por muitos anos – até 1976, quando entrou em vigor o Código Civil da Alemanha Oriental – aplicado em ambos os países, mas com leituras e fundamentos inteiramente díspares. E os fundamentos eram distintos não somente entre si mas, ainda, em relação aos fundamentos da sociedade da época de edição do Código, isto é, de 1900.²⁵⁵ Apenas para citar um exemplo do quão diferentes podem ser as leituras relativas ao mesmo texto, nada é mais distinto do que a noção de propriedade em países capitalistas e socialistas.

Os valores e princípios que informam uma determinada sociedade não são inteiramente compartilhados com outras. Por conseguinte, não há como dissociar o instituto do ordenamento jurídico do qual faz parte, de modo que somente dentro de tal contexto espacial será possível inferir o seu significado.^{256,257}

²⁵⁴ Ensina Pietro Perlingieri que “com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetos diametralmente opostos àqueles originais”. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.141).

²⁵⁵ PERLINGIERI, loc. cit.

²⁵⁶ Nas palavras de Carlos Nelson Konder, “para compreender seu (do instituto) conceito e alcance deve-se ter em mente o todo do qual ele faz parte, analisando-o em relação com os princípios que lhe dão sentido, com os demais institutos com que faz fronteira, com as regras que viabilizam sua aplicação e na forma como são interpretados”. (KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.218, 2012).

O ordenamento é que informa o sentido dos institutos, e não o contrário. Nesse diapasão, não se deve entender que o direito civil, com esteio na tradição, seja considerado um campo alheio às influências da Constituição, com a manutenção do sentido de seus institutos independentemente dos valores e princípios emanados da norma que se encontra no ápice do ordenamento. Não há norma imune às influências da Constituição.

Superou-se, assim, a vetusta noção de que os institutos de direito civil seriam vocacionados à perenidade e à estabilidade por ser o direito civil *neutro* e *não histórico*, ao contrário das Constituições, essas sempre permeáveis às influências políticas e, portanto, instáveis.²⁵⁸ Não mais prevalece a noção do Código Civil “como estrutura estática e atemporal”. Passou-se a assumi-lo como “dado histórico, relativo e funcional”.²⁵⁹ Afinal, na medida em que os institutos jurídicos são concebidos e aplicados visando à consecução de um fim, esse fim será decorrente dos valores e princípios prevalentes na sociedade. Se a Constituição é modificada com alguma frequência, isso ocorre porque a própria sociedade também se modifica. E se assim o é, o restante do ordenamento refletirá tais mudanças.

Exemplo candente da necessidade de se analisar o significado dos institutos jurídicos de acordo com o contexto em que inseridos foi aquele advindo da promulgação da Constituição de 1988. Como se sabe, a Constituição erige como fundamento da República o princípio da

²⁵⁷ Atendo à questão da ressignificação dos institutos jurídicos de acordo com o contexto em que inserido, Carlos Nelson Konder ensina que “[...] a retirada de um instituto de seu ordenamento de origem e sua inserção e aplicação em outro ordenamento não importa apenas no seu reposicionamento, mas implica a redefinição de seu próprio conceito, de seu alcance e de seus efeitos. O transplante de institutos é, frequentemente, menos uma operação de recolocação e mais uma operação de ressignificação. Se, a retirada do instituto de seu ordenamento de origem para analisa-lo de forma autônoma já prejudica sua compreensão, a sua inserção em outro ordenamento é ainda mais dramática. Como o ordenamento jurídico – haja vista o próprio conceito de ordenamento – não prescinde dos imperativos de unidade, harmonia e coerência, a aplicação do intruso, sempre carregado de sinais de nascença – ainda que sutis – pode gerar contradições com os elementos preexistentes no cenário nacional”. (KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.219, 2012).

²⁵⁸ Vale transcrever a lição de Anderson Schreiber: “Por toda a Europa continental, os institutos de direito civil carregavam o prestígio de sua longa tradição histórica, sendo vistos como verdadeiras ‘instituições’, cuja estabilidade era atribuída ora ao gênio dos juristas romanos, ora a um suposto aperfeiçoamento técnico derivado da lenta depuração de seu conteúdo ideológico. O próprio processo de codificação e o exacerbado positivismo jurídico haviam contribuído para essa aparência de neutralidade e abstração, difundindo a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver intacta às revoluções políticas e às diferentes ideologias. Assim, no confronto entre os novos valores constitucionais e as regras milenares do direito civil, a imensa maioria dos juristas preferia ater-se a estas últimas”. (SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.8).

²⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.419.

dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e, como um de seus objetivos, a solidariedade social (art. 3.º, I). Sendo assim, exsurgiu a exigência de que os institutos de direito civil sejam funcionalizados à plena realização de tal dignidade.²⁶⁰ Ou seja, os institutos de direito civil passaram a ser relidos com base nos primordiais valores exprimidos pela Constituição.

A relatividade dos institutos jurídicos não passou despercebida nem mesmo pelos autores clássicos do direito civil brasileiro, ainda que sem a utilização do termo *relatividade*. É o que se extrai, por exemplo, da lição de Caio Mário da Silva Pereira, para quem “a verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, exprimindo-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva todavia conteúdo idêntico ao de suas origens históricas”.²⁶¹

Frise-se que, embora conservando a mesma terminologia, a propriedade, atualmente, não pode ser analisada senão à luz da sua função social, inserida no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXII da CRFB/88), diferentemente da ordem constitucional anterior, por ocasião da qual figurava a função social como princípio atinente à ordem econômica e social.²⁶² Ou seja, ainda que constante da Constituição anterior, a função social não ostentava a primazia à qual foi alçada na atual ordem constitucional. Eis um exemplo candente de como um determinado instituto jurídico pode, ainda que mantendo a sua designação, ganhar significado distinto conforme for o contexto em que inserido e aplicado.

Quando se importa determinado instituto jurídico, pois, deve ser realizada a sua análise à luz dos princípios e valores que regem o sistema que o recebe. Nota-se que, como já ressaltado supra, o significado de uma determinada norma apenas exsurge a partir da ocorrência do fato, cotejando-se este com os dispositivos escritos porventura existentes e, ainda, com a totalidade do ordenamento.

Contrária a essas ideias seria, portanto, a importação acrítica do instituto jurídico. Verifica-se que tal conduta seria, decerto, criar uma espécie de microssistema, de cunho solipsista, já que se levaria em consideração um significado do instituto consentâneo não com o ordenamento

²⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. São Paulo: Atlas, 2013. p.257.

²⁶¹ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.4. p.69.

²⁶² TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.270.

de destino, mas sim com o ordenamento de origem, acarretando-se uma disfunção, por contrariar a noção de unidade do sistema.

Portanto, deve ser estudada a conformação que será conferida ao instituto jurídico no direito brasileiro. Afinal, cá em nosso país, há peculiaridades que fazem com que o seu significado, aqui, seja distinto daquele conferido ao instituto no ordenamento de origem. Segundo Carlos Nelson Konder, “a retirada de um instituto de seu ordenamento de origem e sua inserção e aplicação em outro ordenamento não importa apenas seu reposicionamento, mas implica a redefinição de seu próprio conceito [...]”.²⁶³ Assim, um esforço interpretativo deve ser realizado para fins de manter a lógica unitária do ordenamento. É preciso que o instituto estrangeiro, ao ser incorporado ao sistema jurídico nacional, seja compatibilizado com os princípios inspiradores e caracterizantes do ordenamento.²⁶⁴

Tal é a importância da análise do instituto importado com o ordenamento de destino que, a rigor, nem sequer haveria que se falar, propriamente, em *importação* de um instituto jurídico. Em lugar de se afirmar que determinada norma foi *importada*, talvez o mais correto a dizer seria que o direito brasileiro se *inspirou* em instituto estrangeiro, concebendo, aqui, um novo instituto, já que este deixaria de ter o seu significado concebido à luz do ordenamento de origem, passando a tê-lo à luz do ordenamento de destino. Trata-se, na verdade, de novo instituto jurídico, eis que sua aplicabilidade somente advirá do seu cotejo com a totalidade do ordenamento do lugar em que aplicado, de modo a se investigar a sua compatibilidade com o ordenamento de destino, bem como a sua utilidade no novo contexto.

O *duty to mitigate the loss* possui origem, como visto, no sistema da *common law*, que, conforme já analisado, guarda inúmeras peculiaridades em relação à *civil law*, sistema adotado em nosso ordenamento. Portanto, tal teoria não só é originária de outro país – o que, por si só, já implicaria um contexto distinto –, mas de outro sistema; situação essa que acentua, ainda mais, a distância entre o ordenamento de origem do *duty to mitigate* e o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, não há como defender a sua incorporação sem cotejá-lo com o contexto no qual será aplicado.

²⁶³ KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.219, 2012.

²⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.140.

Diante disso, para que o *duty to mitigate the loss* se transforme em *dever de mitigar o próprio dano*, deve: a) haver fundamento teórico para a existência de um dever de mitigar no direito brasileiro; e b) haver utilidade na sua incorporação em nosso ordenamento.²⁶⁵ Como se demonstrou, ambas as condições foram preenchidas tendo-se em vista a sua fundamentação na boa-fé objetiva, além da inexistência, no direito brasileiro, de outro instituto jurídico que exerça a mesma função.

²⁶⁵ Anderson Schreiber, em estudo relativo ao abuso e à boa-fé objetiva, afirma o seguinte sobre a análise de institutos jurídicos estrangeiros: “À minuciosa abstração opõe-se a já habitual superficialidade com que comentaristas limitam-se a indicar, pontualmente, dispositivos de códigos estrangeiros dedicados ao assunto, sem a necessária investigação da sua aplicação prática, por vezes frontalmente contrária ao texto positivado. Bem longe desses dois extremos se desenvolve a autêntica pesquisa de direito comparado, fundada não na curiosidade meramente estrutural acerca dos institutos jurídicos estrangeiros, mas na sua compreensão funcional, de modo a possibilitar o eventual confronto entre o resultado prático obtido alhures e a conveniência de sua persecução na experiência nacional”. (SCHREIBER, Anderson. *Abuso do direito e boa-fé objetiva*. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.55).

3 EFEITOS DA APLICAÇÃO DO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO

Visto o fundamento do dever de mitigar o próprio dano no direito brasileiro, necessário se faz o estudo dos efeitos práticos gerados com a sua aplicação. E esses efeitos podem ser divididos, basicamente, nos seguintes grupos: a) qual a conduta que se espera, abstratamente, da vítima em um sistema no qual vigora o dever de mitigar; b) quais os efeitos decorrentes do cumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar; e c) quais os efeitos decorrentes do descumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar.

3.1 A conduta que se espera da vítima em um sistema no qual vigora o dever de mitigar

Vigorando em nosso ordenamento o dever de mitigar fundado na boa-fé objetiva, importa analisar, em primeiro lugar, qual a conduta que se espera da vítima em relação aos danos por ela sofridos. A denominação do *dever* já indica o caminho a ser seguido: quem sofre o dano deve agir no sentido de mitigá-lo. Mas agir como? Segundo o art. 77 da Convenção de Viena²⁶⁶, que positivou o dever em questão no direito internacional, a parte prejudicada deve adotar medidas *razoáveis* para fins de mitigar o próprio dano.

No âmbito da doutrina nacional o termo *razoável* também é o parâmetro para se verificar a observância ou não do dever de mitigar.²⁶⁷ Pode-se dizer que é razoável “o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes e dado momento ou lugar”.²⁶⁸

Assim, deve ser estudado o que se entende por *medida razoável*.

²⁶⁶ “Art. 77. A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada”.

²⁶⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.129.

²⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.224.

3.1.1 A medida razoável

A verificação do que é a *medida razoável* dependerá da análise do caso concreto.²⁶⁹ O dever de mitigar decorre da boa-fé objetiva, e os deveres materiais daí decorrentes não são de antemão aferíveis, devendo haver uma verificação caso a caso.²⁷⁰ Entretanto, alguns parâmetros podem ser estabelecidos com vistas a aferir se determinada ação é ou não razoável.

Para fins de se verificar quais medidas são razoáveis, devem ser levados em consideração os seguintes aspectos relativos aos atos que visam à mitigação, cumulativamente: a) possibilidade, dividindo-se essa em possibilidade econômica e possibilidade técnica; b) eficácia em se mitigar²⁷¹; c) eficiência em se mitigar²⁷²; e d) segurança.

Para fins de ilustrar cada um dos aspectos acima elencados, será utilizado o exemplo fático sobre o qual girou a discussão mantida na apelação cível 591028295, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.²⁷³ Independentemente do teor do referido julgado, o exemplo

²⁶⁹ BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocate's Quartely*, v.13, p.275, 1991-1992.

²⁷⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.20.

²⁷¹ No que se refere aos negócios jurídicos, esses são eficazes quando produzem “os efeitos jurídicos normais que os sujeitos pretendem”. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.557). Assim, a ação tendente a mitigar tem que ser, de fato, apta a tanto, sob pena de ser considerada ineficaz.

²⁷² Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.103).

²⁷³ CONTRATO. TRATATIVAS. “CULPA IN CONTRAHENDO”. RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTICIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO A METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, AS INSTÂNCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (12FLS - D.) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 591028295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 06/06/1991. Órgão Julgador: 5.ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia).

fático é interessante porque permite a construção de hipóteses para cada um dos aspectos a serem considerados para a aferição da razoabilidade.

No referido caso, uma empresa de produtos alimentícios forneceu, na época do plantio, sementes de tomates a produtores rurais, manifestando a intenção de adquirir o produto da safra. Por ocasião da colheita, contudo, a empresa, por conveniência própria, resolveu não mais adquiri-lo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu a frustração da expectativa do agricultor em vender a safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de escoamento.²⁷⁴ Diante da atitude da empresa de se negar a adquirir a safra, à luz do dever de mitigar deveria o agricultor adotar as medidas razoáveis com vistas à redução de seu dano como, por exemplo, escoar a produção para outra empresa.

Em relação ao aspecto *possibilidade econômica*, deve ser verificado se, dentre as opções possíveis de escoamento, há alguma com custo viável para aquele que deve mitigar. Os custos não podem exceder as forças do indivíduo. Pode ser que somente haja a possibilidade de escoamento para empresa localizada a grande distância e, tendo-se em vista ser o produto bastante perecível, ser necessário um transporte aéreo com o qual o produtor não seja capaz de arcar. Nessas condições, exigir o dever de mitigar seria desarrazoado.

Em relação ao aspecto *possibilidade técnica*, deve ser verificado se, dentre as opções possíveis de mitigação, existe alguma que esteja dentro das capacidades técnicas do produtor. Nesse sentido, pode ser vislumbrada uma situação na qual uma outra empresa se interesse pela safra rejeitada, porém não de imediato.

Tal situação de não aquisição imediata pode levar a que o produtor, pelo fato de o produto ser bastante perecível, tenha que estocar a safra em silos especiais, para fins de melhor conservação do produto. Pode ser que o pequeno produtor não disponha do aparato técnico necessário para estocar o produto com os devidos cuidados de conservação. Seria desarrazoado, assim, exigir do produtor essa medida, em razão de impossibilidade técnica.

Essa impossibilidade técnica, contudo, pode não ser intransponível. Isso porque pode ser que, ainda no exemplo dado, algum outro agente econômico possua silos adequados disponíveis para locação. Nesse caso, a impossibilidade técnica não deverá servir de escusa para a inércia do produtor.

²⁷⁴ No caso real em questão até foi reconhecida, pelo TJ-RS, a necessidade de redução da indenização devida ao agricultor, já que esse conseguiu escoar parte de sua produção para empresa congênera. Independentemente de ter sido ou não debatido ali, expressamente, o dever de mitigar, o fato é que a solução dada é compatível com a aplicação do referido dever.

Em relação ao aspecto *eficácia*, necessário é que as providências passíveis de ser exigidas do produtor sejam potencialmente hábeis a conduzir ao resultado de mitigar.

Por exemplo, suponha-se a situação na qual, além da empresa que rejeitou a safra, haja na região somente mais uma que poderia, em tese, absorver os produtos. O produtor rural, mesmo sabendo dessa possibilidade, queda-se inerte, perdendo a integralidade da produção. Suscitada a violação do dever de mitigar, o produtor rural impugna essa alegação sob o fundamento de que, na época da quebra da expectativa, a empresa alternativa já estava funcionando com 100% de sua capacidade instalada, de modo que não poderia absorver a safra rejeitada. Ou seja, comprova o produtor que qualquer esforço por ele realizado seria, de toda forma, inútil. Nesse caso, exigir do produtor a realização de providência sabidamente ineficaz não é razoável.

Em relação ao aspecto *eficiência*, necessária se faz a análise da relação custo-benefício da providência a ser adotada quanto aos resultados pretendidos. Vale dizer, os custos da mitigação não podem ser tais que os benefícios daí decorrentes não compensem o esforço realizado.

No exemplo dado, pode ser que a única alternativa para escoar a safra rejeitada seja a da empresa localizada a grande distância, com a necessidade de realização de transporte aéreo. É possível que os custos desse transporte sejam superiores, até mesmo, ao valor da safra que se quer escoar. Nesse caso, ainda que o produtor rural tenha condições econômicas de arcar com o transporte aéreo, não poderá ser dele exigida tal providência, por não ser eficiente. Os benefícios com tal providência são inferiores ao seu custo. Seria, então, uma providência ineficiente.²⁷⁵

Deve ser analisada, ainda, se a medida em tese realizável para fins de mitigar os danos é segura. Isto é, deve ser verificada no caso concreto a relação benefício-riscos. Caminhando, ainda, no âmbito do exemplo dado, pode ser que haja uma empresa interessada em absorver a produção rejeitada de tomates, sendo necessária pela distância, porém, a utilização de hidrovia. No caso hipotético, contudo, somente há na localidade de produção um único navio disponível com capacidade suficiente para transportar a safra, ocorrendo, contudo, que ele se encontra em péssimas condições de conservação, tornando extremamente arriscada a viagem. Nesse

²⁷⁵ No caso *Darbishire v Warran*, analisado no item 1.1.1 do presente trabalho, foi reconhecida a ineficiência da medida adotada pela vítima para mitigar o dano decorrente das avarias sofridas pelo seu automóvel, eis que o valor gasto para tanto acabou sendo muito superior ao valor de mercado do veículo (*DARBISHIRE v WARRAN*. Julgado pela *Royal Courts of Justice*, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.).

caso, exigir do produtor que vá adiante na tentativa de transporte dos frutos, com a utilização do navio precário, não seria razoável, em virtude dos riscos que a operação poderia acarretar.

Há quem diga que não se deve exigir o emprego de “esforços excessivos, o dispêndio de valores elevados, a adoção de medidas significativamente arriscadas ou a conduta que imponha ao credor humilhação”.²⁷⁶ Nota-se que as situações mencionadas no trecho transcrito podem, sem grande esforço, ser encaixadas nos aspectos antes mencionados, que possuem uma maior objetividade. Assim, o esforço excessivo pode ser enquadrado na análise da eficiência, caso se trate de um excessivo esforço financeiro. Pode, também, ser o caso de enquadrá-lo na segurança, caso se trate de uma situação de esforço que possa vir a acarretar prejuízos desproporcionais à parte.

Quanto à alegada impossibilidade de dispêndio de valores elevados, essa deve ser analisada com cautela. Afinal, em se tratando de uma situação que envolva valores elevados e partes economicamente saudáveis, pode ser que mesmo o dispêndio de recursos vultosos seja razoável no caso concreto. A aferição do que é razoável ou não em termos econômicos deve ser analisada não sob o ponto de vista dos valores absolutos, mas sim sob o ponto de vista das condições específicas das partes e à luz da relação custo-benefício, que deve ser eficiente. Ou mesmo pode ser o caso de impossibilidade econômica de se adotar a atitude.

No que diz respeito à impossibilidade de se exigir da parte a adoção de medidas significativamente arriscadas, estas podem ser tratadas sob um ponto de vista da segurança. Vale dizer, não são consideradas medidas razoavelmente exigidas aquelas que conduzem a uma relação benefício-risco desfavorável.

Quanto à impossibilidade de se exigir medidas que levem o credor à humilhação, está-se referindo a violação de um direito da personalidade²⁷⁷, notadamente a honra. Logo, trata-se

²⁷⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.129.

²⁷⁷ Segundo Adriano de Cupis, “existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, as pessoas não existiriam como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da sociedade”. (DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. 2.ed. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008. p.24).

de incursão no campo do ato ilícito, a atrair a incidência do art. 186 do Código Civil²⁷⁸, de modo que não se trata, propriamente, de matéria atinente ao dever de mitigar. Não se trata, aí, de uma questão de bom senso ou senso comum, mas sim, de conduta entendida como um ilícito civil.

Portanto, em virtude de a razoabilidade (da conduta) ser um conceito jurídico indeterminado, dependendo a sua concreção da análise do caso concreto, devem ser conferidos parâmetros os mais objetivos possíveis para fins de se verificar o que atende ou não àquela característica.

Deve-se deixar claro, contudo, que é incompatível com o termo *razoável* uma análise retrospectiva que indique que a conduta da vítima, ao mitigar, não deveria ter sido a “X”, mas sim a “Y”, sem que se tente retomar as condições nas quais as decisões da vítima foram tomadas. Para que fique claro: a decisão da vítima acerca de qual providência adotar é informada pelas circunstâncias do momento relativas a prazo, a pressões, a emoção etc. Logo, nem sempre uma conduta que se mostra razoável no momento em que é adotada será considerada, em momento futuro, a mais adequada.

O que se quer dizer com isso é que o termo *razoabilidade* não se confunde com *a melhor adequação* da conduta.

Assim, ao se analisar uma conduta passada, deve-se tentar reconstituir, tanto quanto possível, as circunstâncias existentes no momento em que foi adotada a providência de mitigação. Somente assim ter-se-á uma adequada fotografia do momento, compreendendo-se o raciocínio que motivou a adoção da conduta “X” e não da “Y”.

Recorde-se a decisão prolatada no caso *Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltda*, no qual foi assinalado que ali deveria ser prestigiada a conduta adotada pelo Banco de Portugal para mitigar seus prejuízos tendo-se em vista ser muito fácil criticar as decisões tomadas quando já ultrapassada a fase emergencial.²⁷⁹

²⁷⁸ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁷⁹ BANCO de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/1.html>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

Desse modo, procede a afirmação de que “a avaliação da razoabilidade não é realizada tomando por padrão a ausência de pressões inerentes ao tempo e com base nas informações disponíveis a posteriori, quando uma das medidas já foi testada”.²⁸⁰

Portanto, a razoabilidade da conduta admite, até mesmo, o seu insucesso ou a menor eficiência em relação a outras condutas que, em tese, poderiam ser adotadas, desde que, no momento de sua adoção, a opção escolhida fosse justificável ante às circunstâncias da época. Logo, à luz das circunstâncias da época de sua realização, a conduta a ser realizada deve se mostrar, ao menos abstratamente: possível, dividindo-se essa em possibilidade econômica e possibilidade técnica; eficaz; eficiente; e segura.

3.1.2 A partir de que momento se espera seja adotada a conduta razoável

Passadas as considerações acerca dos parâmetros mínimos para que se entenda determinada conduta como razoável, passa-se à análise acerca do momento a partir do qual se espera que aqueles esforços razoáveis sejam adotados.

Ora, se a discussão gira em torno da razoabilidade da conduta, essa necessidade de razoabilidade também se estenderá para a consideração relativa ao momento em que a conduta deverá ser adotada. Isto é, será a razoabilidade que indicará o momento a partir do qual a vítima deverá adotar as providências tendentes a mitigar o próprio dano. As circunstâncias do caso terão um papel relevante nessa consideração.

Nesse sentido, tal como é impossível afirmar-se de antemão quais são as condutas razoáveis, somente sendo possível aferi-las à luz do caso concreto, o mesmo deve ser dito sobre o momento em que a omissão da vítima passa a ser desarrazoada. Entretanto, é possível o estabelecimento de alguns parâmetros que, em elenco não exaustivo, são os seguintes: a) o potencial lesivo do incremento do dano; b) a ciência, por parte do responsável pelo dano, do evento danoso; c) a existência de informação, por parte do causador do dano, de que irá repará-lo; e d) a ciência, por parte da vítima, das condições que o causador do dano possui de repará-lo.

²⁸⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.43.

a) O potencial lesivo do incremento do dano:

Causado o dano, o incremento desse pode ter diferentes graus de potencial lesivo. Tomando-se novamente o exemplo já citado alhures, uma empresa de alimentos fornece sementes de tomates a produtores rurais, comprometendo-se a absorver toda a produção desses produtores. Entretanto, por ocasião da colheita, a empresa, por conveniência própria, decide não mais adquirir o produto agrícola.

Nesse caso, como o produto em questão – tomate – é bastante perecível, evidentemente que a ação no sentido de se mitigar o dano, buscando-se outra empresa para adquirir a produção, faz-se urgente.

Agora, suponha-se que, em lugar de tomates, uma indústria forneça insumos, de graça, a uma metalúrgica, para fins de produção de parafusos, para a qual a metalúrgica passou a utilizar 100% de sua capacidade instalada. Feitos os parafusos, a indústria, por conveniência própria, se nega a comprar os parafusos produzidos.

Nesse caso, os produtos em questão são os parafusos, muito menos perecíveis que os tomates, possuindo uma significativa vida útil. Assim, pode ser que não haja tamanha urgência na tomada de decisões tendentes à mitigação do dano, já que o produto não perecerá em prazo curto. Logo, o incremento dos danos decorrentes da negativa em se absorver a produção de parafusos pode ter menor potencial lesivo que aquele relativo aos tomates. Portanto, o tempo é mais generoso com a metalúrgica que com o produtor de tomates. Para aquela, a urgência é, decerto, menor. No caso do produtor, manter-se inerte conduzirá à perda da safra. A margem de segurança da metalúrgica é maior.

Sabendo-se que o decurso do tempo pode levar a danos de grande vulto, às vezes levando-se à perda de bens envolvidos na discussão, o dever de mitigar impõe que a vítima aja de forma pronta, antes que tais danos ocorram.

Assim, a razoabilidade do tempo de reação para mitigar é mais flexível no caso dos parafusos do que no caso dos tomates em relação à possibilidade de que os bens se tornem inservíveis. No caso do tomate, pode ser que uma ação realizada no prazo de cinco dias após à rejeição da safra pela empresa alimentícia já seja uma ação intempestiva. Já para a empresa metalúrgica, pode ser que uma conduta adotada somente um mês após a rejeição da produção de parafusos não o seja.

No caso dos tomates, caso, passados os cinco dias, a safra pereça sem que o produtor tenha adotado as medidas tendentes à mitigação, poderá ser alegada, pelo causador originário do

dano, a violação do dever de mitigar. Isso porque o produtor sabia que o tempo era crudelíssimo com o produto, mas nada fez para conferir uma outra destinação aos frutos.

No que se refere à fábrica de parafusos, é possível, até, que os atos tendentes à mitigação, ocorridos meses ou anos após a sua rejeição, surtam os efeitos desejados com relação, especificamente, aos objetos produzidos.

Entretanto, ainda trabalhando sobre o caso dos parafusos, se a inércia da metalúrgica for apta a conduzir a perdas irreparáveis de outra ordem, isto é, não com relação ao produto, propriamente, mas sim a perdas financeiras que levem o produtor à ruína, a tentativa de escoamento da produção deve ser célere. Nesse caso, a perda de receita com a rejeição da produção de parafusos pode levar, por exemplo, a uma situação de imobilismo do produtor, por falta de receita, passível de levá-lo à quebra. Havendo tal risco, independentemente da vida útil dos parafusos, a ação da vítima deve ser célere. Caso, porém, aquela rejeição não seja apta a acarretar efeitos econômicos tão drásticos à metalúrgica, a margem de segurança dessa empresa também será mais confortável.

Isso demonstra como as consequências previsíveis do incremento do dano levam a tempos diferentes de reação. O potencial lesivo desses incrementos, assim, é um parâmetro a ser levado em consideração para fins de análise do tempo de reação necessário para que o dever de mitigar seja adequadamente cumprido.

b) A ciência, por parte do responsável pelo dano, do evento danoso:

A existência de ciência, por parte do causador do dano, de que o dano foi causado, é outro fator a ser levado em consideração para fins de se verificar o tempo de reação de mitigar.

Pode parecer estranho, mas nem sempre o responsável pelo dano tem ciência de que o dano foi cometido. Assim, por óbvio, enquanto ele não conhece a situação, não adotará qualquer providência para repará-lo.

Pode-se ilustrar a hipótese com o seguinte exemplo: Caio é proprietário de um terreno no interior, onde pretende construir a sua casa de campo. Os trabalhos são iniciados mediante a contratação de uma empreiteira. Nisso, Caio é transferido para o exterior, o que, contudo, não impede o prosseguimento das obras.

Em um determinado dia, um dos operários, ao manejar um trator, inadvertidamente atinge a casa vizinha, da propriedade de Tício, causando-lhe danos. Os danos causados, porém, não são estáveis, mas sim progressivos, agravando-se dia após dia. Diante desse fato, Tício tenta entrar em contato com Caio para dar-lhe ciência do ocorrido, sem sucesso.

Sabendo-se que Caio não poderá adotar qualquer medida de reparação em prazo razoável para fins de reparar o dano pelo simples fato de que não tem ciência do ocorrido, cabe a Tício adotar as medidas necessárias nesse prazo razoável para fins de mitigar o dano.

Modificando um pouco a hipótese, suponha-se que Caio não viva no exterior, mas sim na mesma cidade em que ocorreu o evento. Portanto, ato contínuo à causação do dano, Tício vai, no mesmo dia, a Caio, informando-lhe do ocorrido. Caio se dá por ciente, mas não dá nenhuma resposta conclusiva acerca da assunção ou não da responsabilidade e, por conseguinte, da adoção de medidas concretas para reparar o dano.

No referido caso, é justo que Tício aguarde que, em prazo razoável, Caio adote as medidas necessárias para reparar o dano. Afinal, compreensível que se valha do preceito contido no art. 927 do Código Civil. A razoabilidade do referido prazo se refere à preparação necessária para que o agente realize os atos necessários aos reparos, o que pode envolver mobilização de recursos, contratação de prestadores de serviços, compra de material etc.

Decorrido esse prazo, contudo, e se Caio nada faz, Tício, só aí, deverá tomar as atitudes necessárias à mitigação do dano.

Então, para que fiquem claras as diferenças entre a situação na qual o causador do dano tem ciência do ocorrido e a situação na qual ele não tem esta ciência: neste caso, Tício, de imediato, já deve adotar as medidas para, em prazo razoável, mitigar o dano; já naquele, em que Caio tomou ciência do ocorrido, Tício somente deverá adotar as medidas para mitigar após o decurso daquele prazo razoável, dentro do qual Caio nada fez para repará-lo.

c) A existência de informação, por parte do causador do dano, de que irá repará-lo:

Tomando o mesmo exemplo acima, isto é, dos danos causados à casa de Tício, suponha-se que este dê ciência a Caio dos danos causados. Ato contínuo, Caio se compromete, expressamente, a reparar os danos. Se Caio solicita um prazo, e este é concedido, o dever de mitigar não está descumprido se Tício se queda inerte até o término do referido prazo. Portanto, em relação aos danos causados até o final do prazo pedido por Caio e concedido por Tício, a responsabilidade será, integralmente, de Caio. Atribuir a Tício qualquer parcela do dano relativa a esse período será, indubitavelmente, ir em sentido contrário à proibição do comportamento contraditório. Segundo Anderson Schreiber, os pressupostos para a aplicação do princípio de proibição do comportamento contraditório são os seguintes:

(i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.²⁸¹

No exemplo dado, Tício confiou na palavra de Caio, no sentido de que este cumpriria a obrigação de reparar o dano no prazo acordado. Portanto, no que diz respeito ao período abrangido pelo prazo fixado, pode-se dizer que: a) houve um comportamento inicial de Caio, que se comprometeu a realizar os reparos dentro do prazo acordado; b) houve a confiança de Tício na palavra de Caio; c) Caio alegar o descumprimento do dever de mitigar quanto ao período abrangido pelo prazo acordado é um comportamento contraditório, na medida em que, se ele havia se comprometido a reparar o dano, não poderia exigir que a vítima, no mesmo prazo, o mitigasse; d) a contradição implica a potencialidade de causação de dano a Tício, já que este poderia ser responsabilizado por parcela de dano em relação ao qual já havia ocorrido o compromisso de reparação por parte de Caio.

Pois bem. Em se comprometendo o agente a reparar os danos dentro de determinado prazo, duas condutas alternativas podem daí advir: a) a efetiva reparação; ou b) o descumprimento do dever de reparar.

No primeiro caso, com a reparação, somente haverá danos de responsabilidade do causador originário, referentes ao período compreendido entre o ilícito e o momento da reparação. No segundo caso, poderá, em tese, haver danos a serem discutidos à luz do dever de mitigar, tendo em vista ser possível um agravamento do dano após o término do prazo solicitado pelo agente. Nessa hipótese de descumprimento, por parte do causador do dano, do prazo acordado para a sua reparação, qual a conduta a ser esperada da vítima? Podem ser duas, alternativas: a) verificando-se que, ao término do prazo, houve o inadimplemento da reparação, poderá a vítima, desde já, adotar as medidas para mitigá-lo; ou b) comunicar o causador do dano de que o prazo acordado foi extrapolado. Uma das duas condutas acima deve ser realizada, sob pena de a vítima incorrer na violação do dever de mitigar.

Ocorrendo a mitigação, discussões não haverá e o caminho natural será a cobrança em face do agente, por parte da vítima, dos valores desembolsados com os esforços de mitigação.

²⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.132.

Já no caso de simples comunicação da mora, se o causador do dano nada mais disser ou a nada mais se comprometer, a vítima deverá adotar as medidas tendentes à mitigação do dano. O descumprimento deliberado do prazo acordado, cumulado com um silêncio do causador do dano, retira da vítima a expectativa de que aquele realizará a reparação. Nessas circunstâncias, pois, terminado o prazo acordado, cientificado da mora o agente e havendo o silêncio deste, não se poderá alegar legítima expectativa no cumprimento da obrigação de reparar.

Pode acontecer, contudo, que, cientificado da mora pela vítima, o agente, novamente, se comprometa a reparar os danos. Nesse caso, renascerá para a vítima a legítima expectativa de que o agente cumpra a obrigação de reparar.

- d) A ciência, por parte da vítima, das condições que o causador do dano possui de repará-lo:

Há que se ter em mente, contudo, que a confiança legítima na palavra do causador do dano será abalada caso a vítima conheça alguma condição inerente ao causador que impeça este de arcar com a reparação. Por exemplo, pode ser que o causador do dano não consiga repará-lo por incapacidade técnica ou econômica intransponível para ele. Em caso de a vítima conhecer alguma condição do causador que seja inviabilizadora da reparação, deverá iniciar a adoção, ela mesma, das medidas tendentes à mitigação.

E esse raciocínio se estende mesmo para os casos em que o causador do dano tenha se comprometido a repará-lo, sem que tivesse condições, porém, de fazê-lo. Suponha-se que, no exemplo dado, Caio, isto é, o causador do dano, seja alguém de parca condição econômica, a ponto de inviabilizá-lo de realizar qualquer reparação. Caso seja possível à vítima conhecer essa situação, logicamente que o fato de o causador do dano se comprometer a realizar os reparos devidos pode não ser tido como sério. Nesse caso, a inércia da vítima pode ser considerada, em tese, violação do dever de mitigar.

Portanto, sem a pretensão de estabelecer um rol exaustivo de parâmetros para a aferição do momento a partir do qual a inércia da vítima deixa de ser legítima, passando a ilegítima, eis algumas questões que devem ser levadas em consideração para tanto.

3.2 Efeitos decorrentes do cumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar

Devem ser estudados, no presente momento, os efeitos decorrentes do cumprimento, pela vítima, do dever de adotar as medidas razoáveis tendentes a mitigar os seus prejuízos.

Como já mencionado alhures, o cumprimento do dever de mitigar ocorre por meio da realização da conduta razoável para tanto. Certo é, ainda, que essa razoabilidade não significa que a opção de conduta escolhida tenha sido, de fato, a melhor ou, mesmo, que tenha sido bem-sucedida.²⁸² Isso significa que uma conduta, não obstante razoável, pode surtir ou não os efeitos desejados. O relevante é que, como já dito no presente trabalho, no momento da adoção da conduta as circunstâncias do caso tenham demonstrado, em abstrato, que ela era razoável, entendendo-se isso como possível econômica e tecnicamente, eficaz, eficiente e segura.

Por conseguinte, a análise relativa aos efeitos dos casos em que o dever de mitigar é cumprido deve levar em consideração as duas hipóteses a seguir: a) quando os atos realizados atingem o objetivo de mitigar; e b) quando os atos realizados, embora razoáveis, não atingem o objetivo de mitigar.

Em ambos os casos, os valores gastos com os esforços tendentes à mitigação deverão ser reembolsados à vítima pelo autor do fato. Assim, se a parte envia os esforços tendentes a mitigar os danos, poderá cobrar do autor do dano a indenização pelo valor gasto no empreendimento. Portanto, em ambos os casos o valor a ser indenizado consistirá nos valores gastos com a mitigação - ou a sua tentativa - mais os danos decorrentes do ilícito.²⁸³

A diferença entre os casos de sucesso e insucesso na mitigação – a despeito dos atos razoáveis – é a de que os danos acarretados pelo fato ilícito serão, nessa segunda hipótese, inflados com o tempo. Note-se, contudo, que será uma inflação decorrente da evolução natural do dano, contra a qual os esforços empreendidos não surtiram efeitos. O fato de ser uma *evolução natural* do dano decorre do fato de que não houve uma nova causa à qual se poderia

²⁸² PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista da EMERJ*, v.11, n.44, p.138, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edições/revista44>. Acesso em: 14 maio 2013.

²⁸³ BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocate's Quarterly*, v.13, p.274, 1991-1992.

atribuir a inflação do dano. Esta somente poderá ser atribuída ao ato ilícito que deu origem ao dever de indenizar.

Ilustre-se com exemplos, voltando-se à hipótese do produtor de tomates que os produziu com destinação prevista, em sua integralidade, para indústria alimentícia que havia se comprometido a adquirir a produção, mas que, por conveniência sua, desistiu da aquisição.²⁸⁴

Nesse caso, é possível que a notícia da desistência da aquisição da safra de tomates tenha ocorrido sem aviso prévio, de modo que o produtor somente dela tenha sabido quando já realizados gastos com o transporte do produto à empresa alimentícia. A negativa em receber o carregamento já teria acarretado danos ao produtor, relativos àqueles gastos inúteis com o transporte. Esses, então, são os danos inicialmente causados pelo fato ilícito.

Em seguida, o produtor, com sucesso, procura uma outra empresa alimentícia, que se interessa em absorver a produção rejeitada. Para viabilizar o fornecimento, o produtor realiza gastos com o transporte do produto até a nova interessada. Nesse caso, essas despesas realizadas pelo produtor, tendentes a mitigar o dano, deverão ser indenizadas.

A reparação, então, abrange nesse caso: os danos originários consistentes nas despesas com o transporte malgrado à empresa que rejeitou a produção, acrescidos das despesas realizadas pelo produtor com o transporte da produção até o estabelecimento do novo interessado. Nota-se que não houve uma progressividade do dano inicialmente causado, já que foi encontrada uma destinação adequada à produção.

Pode ocorrer, porém, que os esforços tendentes à mitigação, a despeito de razoáveis, não logrem sucesso. No exemplo dado, há a possibilidade de que, rejeitada a produção pela empresa alimentícia que havia se comprometido a adquirir a integralidade da produção, o produtor tenha entrado em contato com a única empresa alternativa que, em tese, poderia se interessar em absorver aquela. Suponha-se que a nova interessada tenha condicionado o seu interesse à análise *in loco*, dos frutos. O produtor, então, transporta os frutos até a nova interessada. Essa, porém, ao analisar a produção, de forma justificada, se desinteressa da compra. O produtor, então, a despeito dos esforços – e gastos –, não conseguiu viabilizar uma nova destinação adequada para os frutos, de modo que a integralidade da produção foi perdida. Nesse caso, assim, a indenização ao produtor deverá abranger: a) os danos com o transporte malgrado da produção à primeira empresa que rejeitou os tomates; b) as despesas realizadas

²⁸⁴ Vide capítulo 3.1.1.

com o transporte ao produtor alternativo que, justificadamente, rejeitou a produção após a vista *in loco*; e c) danos decorrentes da perda da safra.

Importa notar que no segundo caso, a despeito de terem sido realizados os razoáveis esforços para fins de conferir uma destinação adequada à produção, tal conduta não surtiu o efeito desejado, o que não impede que os custos decorrentes de tal empreendimento sejam reembolsados à vítima. Por fim, a perda da produção acabou sendo a consequência natural do ilícito perpetrado pelo agente – empresa alimentícia que, inicialmente, rejeitou a produção –, de modo que os danos daí decorrentes também deverão ser indenizados.

Portanto, se a conduta tendente à mitigação foi razoável, independentemente de ter sido bem sucedida, não se tem por descumprido o dever de mitigar.

3.3 Efeitos decorrentes do descumprimento, por parte da vítima, do dever de mitigar

Chega-se, assim, à situação na qual a vítima não cumpre com o seu dever de mitigar. E esse não cumprimento do dever pode se dar, basicamente, de duas formas: a) por meio da adoção de condutas que até visavam à mitigação do dano, mas que se afiguraram manifestamente desarrazoadas; e b) mediante uma omissão deliberada e desarrazoada.

Em relação à primeira situação, um caso didático é o seguinte: ocorrido um acidente de trânsito, o automóvel da vítima sofre avarias graves. A fim de evitar o sucateamento de seu bem, a vítima passa a realizar os esforços tendentes à reparação do automóvel. Ocorre que o valor de tais reparos acabam por suplantam o valor de mercado do próprio veículo. Nesse caso, em que pese terem sido realizados atos tendentes à mitigação dos danos evitando-se a perda do bem, fato é que a realização de reparos em montante superior ao valor do próprio bem não é razoável. O autor do fato, assim, não deve ser responsável por indenizar a vítima no montante que sobejar o valor de mercado do veículo avariado.²⁸⁵

Os casos mais comuns de não mitigação, contudo, são aqueles nos quais a vítima não mitiga os danos por ela sofridos, por meio de uma desarrazoada omissão. Isso ocorre quando, a

²⁸⁵ Uma vez mais remeta-se ao caso *DARBISHIRE v WARRAN*. Julgado pela *Royal Courts of Justice*, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

despeito de ter a possibilidade de agir para mitigar o dano, não o faz. A principal consequência dessa situação é a inexistência de condenação do autor do fato a indenizar os danos não mitigados.

Como já visto no presente estudo, o dever de mitigar é, de fato, um *dever*, decorrente da boa-fé objetiva. Portanto, o descumprimento do dever de mitigar, por ser uma violação da boa-fé objetiva, é uma conduta ilegal.

O passo seguinte à verificação dessa ilegalidade é o de analisar se ela redundou em incremento dos danos, e se esses incrementos foram cobrados, pela vítima, do agente originário pela vítima. Em caso positivo, os danos decorrentes da não mitigação devem ser atribuídos não ao agente do dano originário, mas sim àquele que não mitigou. Trata-se, assim, de realizar uma análise do nexos causal. Note-se que a análise do nexos causal somente se torna necessária após a verificação do antecedente pertinente à omissão indevida, quando, então, são verificados os efeitos da omissão e se a vítima pretende atribuir a responsabilização por esses efeitos à parte contrária.

O contexto de estudo do nexos de causalidade no que tange ao dever de mitigar, portanto, é posterior àquele relativo à análise do fato ilícito.

3.3.1 Análise do nexos de causalidade entre a conduta da vítima e a exasperação de seu prejuízo

Na responsabilidade civil, a fim de se imputar a alguém a responsabilidade pela reparação, deve ser estabelecido o liame causal entre o ato do agente e o dano. Para Gisela Sampaio, o nexos causal possui dupla função, como se pode extrair do trecho a seguir transcrito:

No campo da responsabilidade civil, o nexos causal cumpre uma dupla função: por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização.²⁸⁶

²⁸⁶ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.22.

O nexa causal pode ser definido como “o vínculo que se estabelece entre dois eventos, de modo que um represente consequência do outro”.²⁸⁷

Entretanto, em que pese a clareza da definição, em termos práticos a dificuldade de se identificar o nexa causal poderá vir à tona, quer pela existência de concausas, quer pela dificuldade de verificação acerca de quais causas desempenharam papel necessário na ocorrência do dano, ou, ainda, pela possibilidade de, levando-se às últimas consequências a definição acima, conduzir-se a uma cadeia infinda de supostas causas.

Diante das dificuldades acima, indispensável será fazer uma distinção do nexa causal natural, ou lógico, do nexa causal jurídico, com o fito de limitar a cadeia causal²⁸⁸, sob pena de se incorrer em absurdos tal como aquele lembrado na bem-humorada afirmação de que se poderia responsabilizar como “partícipe do adultério, o próprio marceneiro que fabricou o leite no qual se deitou o casal amoroso”.²⁸⁹

Inúmeras teorias surgiram como produto do estudo do nexa causal. Como generalizadora, foi concebida a teoria da equivalência dos antecedentes causais, também conhecida como teoria da equivalência das condições ou teoria da *conditio sine qua non*, segundo a qual, “é causa toda condição da qual dependeu a produção do resultado, sem considerar sua maior ou menor proximidade ou importância”²⁹⁰, de modo que todas as condições seriam equivalentes. Ou seja, o resultado não teria sido atingido não fosse a presença de cada uma das condições que lhe foram precedentes.²⁹¹

Ora, partindo-se do princípio de que os fenômenos surgem a partir de uma miríade de fatos, sendo que cada um desses fatos é gerado por outros que lhes são anteriores, não é difícil perceber que isso acarretaria o estabelecimento de uma cadeia infinita de concausas.

É certo que a adoção de tal teoria restou deveras útil para o direito penal, na medida em que o princípio da tipicidade, lá incidente, traz um balizamento, uma limitação ao âmbito

²⁸⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.55.

²⁸⁸ SCHREIBER, loc. cit.

²⁸⁹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p.117 apud loc. cit.

²⁹⁰ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.37.

²⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexa de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.67.

de incidência da teoria da equivalência das condições. Afinal, o ato em si do agente, para ser punido à luz do Direito Penal, deve ser típico. Por conseguinte, se determinado ato, em que pese ser considerado *causa* à luz da teoria da *conditio sine qua non*, não é típico, não será passível de punição.

Já no âmbito do Direito Civil, no qual não se verifica a incidência do princípio da tipicidade, a adoção da teoria da equivalência das condições consistiria em uma infundável cadeia causal, prestando-se a indiscutíveis injustiças.²⁹² Note-se que a infinita cadeia causal conduziria, até mesmo, a uma possível ineficácia da responsabilidade civil, porque várias pessoas seriam responsabilizadas pelo mesmo fato, dificultando-se a definição do grau de responsabilização de cada uma, sem se falar nos problemas prático-processuais, já que, possivelmente, uma quantidade significativa de pessoas participaria da relação processual.

Procurou-se, assim, conferir um tempero à teoria da *conditio sine qua non*, e, para tanto, foi concebida a teoria da causalidade adequada, segundo a qual “a causa de um evento consistia na causa mais apta, em abstrato, à produção daquele resultado”²⁹³, ou seja, a análise que leva à individualização da causa mais apta à produção do evento é realizada abstratamente, verificando-se se ela teria o condão de, caso replicada a outras situações, produzir o mesmo efeito. Faz-se, assim, um juízo de valor, já que a causa mais apta à produção do resultado será a causa que, normal e provavelmente, produziria tal resultado em situações semelhantes. Essa teoria, assim, não se atém ao caso concreto. O cerne da ideia da teoria da causalidade adequada, pois, é a indagação acerca de qual das diversas concausas será mais apta, em tese, a causar o resultado.²⁹⁴

A crítica que se realiza a tal teoria é, exatamente, a incerteza acarretada por esse juízo de normalidade e probabilidade, já que não há, na maioria das vezes, qualquer cientificidade nessa análise. Não é demasiado afirmar que esse juízo de normalidade e probabilidade é realizado, no mais das vezes, com base na visão de mundo de quem o exerce e é influenciada pelos seus preconceitos, sem qualquer embasamento na realidade, mormente porque, como já dito, esse exame não passa pelo caso concreto. Natural, portanto, que tal juízo varie de pessoa

²⁹² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.57.

²⁹³ Ibid., p.58.

²⁹⁴ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.65.

para pessoa, residindo aí a insegurança apontada pelos críticos da teoria. Por outro lado, a análise do nexos causal sob a ótica da referida teoria desconsidera as “demais circunstâncias que, no caso concreto, operaram em favor de determinado resultado”²⁹⁵, de modo a deixar de lado as particularidades que informam o caso concreto.

Como reação à incerteza acarretada pela análise *em abstrato* do evento, sobre a qual se funda a teoria da causalidade adequada, foi concebida a teoria da causalidade eficiente, também conhecida como teoria da condição mais ativa, segundo a qual “a causa será a condição que foi eficiente para a obtenção do resultado danoso”.²⁹⁶ Isto é, as diversas condições que concorrem para o evento não se equivalem, havendo uma delas que, quer pelo aspecto quantitativo, quer pelo aspecto qualitativo, será verdadeiramente a causa do resultado.²⁹⁷ Essa análise se realiza *ex post*, de modo que as peculiaridades do caso concreto são levadas em consideração.

Em que pese a tentativa de amainar a incerteza acarretada pela teoria da causalidade adequada, seus defensores não foram bem-sucedidos no sentido de estabelecer critérios objetivos de definição de qual causa, dentre as diversas que concorrem para o resultado, é a determinante no caso concreto²⁹⁸, fazendo com que se deságue em empirismo que retira o rigor jurídico que pretende uma teoria jurídica e, ainda, que motivou a própria criação da teoria em questão.²⁹⁹ Ou seja, restou inalcançado o objetivo visado pelo desenvolvimento da teoria da causa eficiente, caindo-se na mesma incerteza acarretada pela adoção das teorias que lhe foram precedentes.

Caminhando-se no sentido de uma maior e desejável objetividade no que se refere à definição da causa, desenvolveu-se, posteriormente, a teoria da causa próxima, também denominada teoria da causalidade direta e imediata, que, “em sua formulação mais simples, considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência

²⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.67.

²⁹⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.179.

²⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.59.

²⁹⁸ *Ibid.*, p.60.

²⁹⁹ MULHOLLAND, *op. cit.*, p.180.

de outra condição sucessiva”.³⁰⁰ Passa-se a enfatizar, pois, os eventos causadores mais próximos do resultado, em detrimento daqueles mais remotos, evitando-se, assim, a instituição da infinita cadeia causal acarretada pela adoção da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Responsabiliza-se, assim, aquele que deu causa direta e imediata ao dano, negligenciando-se aquele que somente se liga ao dano por meio de liame remoto. Portanto, a teoria em questão pretendeu limitar a análise da causa aos antecedentes mais próximos do fato.

A análise de tal proximidade se dá sob o ponto de vista temporal, isto é, tão mais próximo estará do resultado aquele evento que o estiver cronologicamente.³⁰¹

A certeza e a objetividade acarretadas por essa teoria, ao que parece, seduziram o legislador brasileiro, que a adotou nos códigos de 1916³⁰², no art. 1060, e de 2002, no art. 403.³⁰³ Frise-se que apesar de ambos os artigos adotarem o termo *inexecução*, importante notar que restou consagrada a interpretação no sentido de que os dispositivos em questão também se estenderam às hipóteses de responsabilidade civil extracontratual.³⁰⁴

Apesar das maiores certeza e objetividade conferidas por dita teoria, ela não foi imune a críticas, já que nem sempre será a causa eficiente do dano o último evento antes do resultado.³⁰⁵ Isto é, nem sempre o critério cronológico será o mais idôneo para se chegar à causa eficiente do resultado. Aliás, há situações em que as causas indiretas são tão intrinsecamente ligadas à causa direta que, nesses casos, não se deve excluir a responsabilização com base no argumento da falta de imediatismo da causa.³⁰⁶

Diante da necessidade de se adequar a teoria ao fato de que nem sempre a proximidade temporal será determinante para fins de aferição da causa, subteorias vieram à tona na tentativa de

³⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.60.

³⁰¹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.181.

³⁰² “Art. 1060. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

³⁰³ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

³⁰⁴ SCHREIBER, op. cit., p.61.

³⁰⁵ MULHOLLAND, op. cit., p.181.

³⁰⁶ SCHREIBER, op. cit., p.62.

se aplacar a rigidez da teoria da causa próxima. A subteoria que, ao que parece, alcançou maior sucesso, foi aquela criada por Dumoulin e Pothier, que, ao analisar o sentido da expressão *direto e imediato*, explica “que o dever de reparar somente surge quando o evento danoso é efeito necessário de determinada causa”³⁰⁷, de modo que os termos *direto e imediato* devem ser interpretados, portanto, como *necessários*. Assim, de acordo com Gisela Sampaio:

Segundo esta escola, ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião. Excluem-se, pois, os danos ulteriores, oriundos de novas causas, sempre que estas não sejam efeito imediato e direto do inadimplemento da obrigação.³⁰⁸

Portanto, devem ser considerados como *causa* aqueles eventos que guardam uma relação de necessariedade com o resultado, devendo, pois, ser afastados todos aqueles eventos que não possuem tal característica. Logo, mesmo danos indiretos poderão ser passíveis de indenização, desde que sejam uma decorrência necessária do ato.³⁰⁹

Nesse contexto da causalidade, há de ser estudada a hipótese de interrupção do nexo causal, isto é, quando há a interferência de fatores estranhos à cadeia causal, de modo que uma situação que, aparentemente, seria a causa do resultado, em razão daquela interferência assim não será considerada. Ou seja, aquela aparente causa deixa de ser o evento necessário para o advento do resultado.

Quanto ao tema, mais uma vez ensina Gisela Sampaio:

Veze há, porém, em que o agente se envolve em determinado evento danoso sem que lhe tenha dado causa, mas de tal forma que, à primeira vista, possa parecer responsável pelo resultado. Nestes casos, o agente não deve ser obrigado a indenizar a vítima, já que é apenas o “responsável aparente” pelo dano. Diz-se, então, que ocorreu interrupção ou quebra do nexo de causalidade, pois fatores externos interferiram no curso da série causal, afastando a responsabilidade civil do agente.³¹⁰

³⁰⁷ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.100.

³⁰⁸ *Ibid.*, p.101-102.

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.69.

³¹⁰ CRUZ, *op. cit.*, p.157.

Note-se que a referência à expressão *interrupção do nexa causal* pressupõe, por óbvio, a existência de uma cadeia causal a ser interrompida. É sobre essa primeira cadeia causal que será exercida a interferência externa a acarretar a interrupção. Logo, se há a referência a *cadeia causal interrompida*, essa tal cadeia, em tese, poderia ser idônea a acarretar o resultado, o que, porém, não ocorreu no caso concreto em razão da interposição dos citados fatores externos.

Trata-se, pois, da hipótese de surgimento de uma causa relativamente independente, que, segundo Gustavo Tepedino:

é aquela que, em apertada síntese, torna remoto o nexa de causalidade anterior, importando aqui não a distância temporal entre a causa originária e o efeito mas sim o novo vínculo de necessidade estabelecido, entre a causa superveniente e o resultado danoso. A causa anterior deixou de ser considerada, menos por ser remota e mais pela interposição de outra causa, responsável pela produção do efeito, estabelecendo-se outro nexa de causalidade.³¹¹

Vê-se daí que não é qualquer situação de interferência de liame causal que significa *interrupção do nexa causal*. Para que essa situação ocorra, é necessária a concorrência de determinados fatores, didaticamente explicitados por Gisela Sampaio:

A rigor, a expressão “causalidade interrompida” indica tão-somente aquelas situações em que um fato (1.º fato) poderia provocar determinado efeito, mas a verificação deste ocorreu, efetivamente, por causa de outro fato (2.º fato) que o produziu com anterioridade. Isto é, a 1.ª série causal, em curso na direção do dano, ainda não o produziu, quando teve lugar a 2.ª série que por sua parte o provocou. A imagem da interrupção do nexa causal exige, nesses termos, o cruzamento de duas séries causais [...]³¹²

De qualquer modo, para que haja a interrupção da 1.ª cadeia causal, certo é que o resultado deve ter sido decorrente, somente, da 2.ª cadeia causal, pois, caso contrário, não haverá a interrupção, mas sim, o surgimento de uma “concausa concorrente e concomitante,

³¹¹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexa de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.71.

³¹² CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.157-158.

todas elas relacionadas ao dano em mesmo grau”³¹³, quando tanto a 1.^a como a 2.^a cadeia causal acarretarão o resultado.

Porém, o pressuposto acima não é suficiente. Afinal, é necessário que a 2.^a cadeia causal seja inteiramente independente da 1.^a. Caso contrário, isto é, caso a 2.^a cadeia seja decorrência da 1.^a, não haverá a interrupção do nexo causal, mas sim, o surgimento, mais uma vez, de uma concausa concorrente e concomitante.³¹⁴

Um terceiro pressuposto da interrupção do nexo causal é o de que a 1.^a cadeia causal não deve favorecer a produção de efeitos da 2.^a cadeia causal, vale dizer, a eficácia da 2.^a cadeia causal em acarretar o resultado não deve ter sido facilitada ou potencializada pela 1.^a cadeia. A produção dos efeitos da 2.^a cadeia deve ser, assim, totalmente independente em relação à 1.^a. A 1.^a cadeia causal deve ser, portanto, inteiramente irrelevante na produção do resultado.³¹⁵

É no bojo dessa análise, isto é, nexo de causalidade e rompimento do nexo causal, que deve ser analisado o dever de mitigar o próprio dano. Ou seja, haverá nexo causal exclusivo entre a omissão do credor e o agravamento de seu próprio dano se tal omissão for conduta idônea a interromper o fluxo causal originário, isto é, aquele decorrente da conduta do agente. Portanto, “a possibilidade de mitigação da responsabilidade indenizatória por imputação de agravamento à própria vítima encontra respaldo na própria noção de nexo de causalidade [...]”.³¹⁶ Se essa omissão é a que, mais comumente, é levada em consideração no dever de mitigar, necessária se faz a sua análise, à luz do nexo de causalidade.

3.3.2 Do nexo de causalidade entre ato omissivo e o resultado

Não é fácil, de plano, perceber o liame causal entre ato omissivo e resultado. Afinal, sempre será necessário um impulso no mundo dos fatos para que determinado resultado ocorra.

³¹³ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.76.

³¹⁴ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.167.

³¹⁵ Ibid., p.162.

³¹⁶ NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do duty to mitigate the loss. *Revista Jurídica*, São Paulo, n.422, p.43, 2012.

Em última análise, o resultado jamais será alcançado sem que haja esse impulso. A omissão, portanto, se dará quando esse impulso no mundo dos fatos não for refreado, neutralizado.

Ocorre que, quando se fala de *omissão*, costuma-se gerar certa perplexidade quanto à sua aptidão para ser considerada modalidade de comportamento ao lado da ação.³¹⁷ Quanto ao tema, Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho ensinam que:

Para dar uma primeira ideia do melindre da questão poderá desde já chamar-se a atenção para dois aspectos que geram inevitável perplexidade.

O primeiro é o de que o indivíduo nunca está rigorosamente inactivo. Mesmo que um indivíduo esteja parado, na situação em que se costuma dizer, de estar ‘sem fazer nada’, ‘a olhar para a lua’, a verdade é que, paradoxalmente, o indivíduo está sempre a fazer algo, nem que seja, justamente, ‘olhar para a lua’.

O outro é o de que o ser humano é um ser versátil, capaz de uma multiplicidade de actuações (acções), pelo que em cada momento se pode dizer que ele está a omitir todas as acções que seria capaz de praticar e que não está a levar a cabo.³¹⁸

Portanto, tendo-se em vista que, ao se analisar sob um ponto de vista eminentemente fático, nunca há uma omissão absoluta, deve-se averiguar qual o entendimento acerca do que é uma *omissão* apta a gerar um novo fluxo causal.

Por outro ângulo, deve-se ter em mente que não há um dever genérico de agir imposto pelo ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, de acordo com o princípio da legalidade, a imposição de uma ação não deve se dar senão em virtude de lei, conforme disposto no art. 5.º, II da CRFB/88.³¹⁹ A regra, portanto, pode-se dizer, é a liberdade de agir ou não agir conforme bem entender o sujeito.³²⁰

Nesse contexto, nada mais comum do que omitir-se: à míngua de lei determinando-se o contrário, pode-se omitir, sem que essa omissão seja identificada como algo reprovado pelo direito. Logo, para haver omissão relevante para a responsabilidade civil não basta uma simples inércia. Não: essa inércia deve ser juridicamente qualificada e ela somente o é quando o

³¹⁷ CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p.95.

³¹⁸ *Ibid.*, p.95-96.

³¹⁹ “Art. 5.º [...] II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

³²⁰ Segundo José Afonso da Silva, “o texto constitucional [...] prevê a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir como princípio. Vale dizer: o princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determina o contrário”. (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.229).

ordenamento jurídico impõe o dever de agir e, não obstante, o agente se queda inerte. A omissão ganha relevância quando não é levado a efeito o agir esperado. A conduta esperada, que era a *comissiva*, não é realizada, dando-se lugar, assim, à conduta *omissiva*.³²¹

Nesses casos, portanto, o não cumprimento do dever de agir acaba por acarretar o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o resultado. Vale dizer: ao impor a realização de um ato o ordenamento reconhece, implicitamente, que a inação respectiva será apta a causar um resultado indesejado. Se é assim, ao reprovar a omissão nesses casos, o ordenamento está a dizer que a omissão, se levada a efeito, será a causadora do resultado nocivo correspondente.

A omissão, por si só, nada produz se não há em curso, a ela pretérita, um cadeia factual apta a produzir um resultado não pretendido pelo direito. Daí o desenvolvimento na doutrina italiana da teoria normativa da omissão, que advoga a tese de que a conduta omissiva somente será relevante como causa quando assim vier estabelecido em lei.³²² Assim, “uma vez indicada esta relação normativa, estabelece-se o nexo de causalidade jurídico entre a omissão e o dano gerado em sua decorrência”.³²³

Lembre-se de que, como já visto no estudo do nexo de causalidade, o terceiro pressuposto apontado por Gisela Sampaio para fins de interrupção do nexo causal é a total independência entre os efeitos da 2.^a cadeia causal em relação à 1.^a cadeia causal. Ou seja, para haver a interrupção a 1.^a cadeia causal não deve fertilizar o solo para que a 2.^a cadeia produza os resultados. Ora, se o estudo desse ponto partisse, somente, da análise do mundo dos fatos, certamente que a omissão jamais poderia acarretar a interrupção do nexo causal. Afinal, sempre a 1.^a cadeia causal, que consiste no ato comissivo, favorecerá a produção de efeitos por parte da 2.^a cadeia causal, esta representada pela omissão. Assim, jamais a omissão seria causa autônoma de danos, caso se olhasse, somente, sob o ponto de vista dos fatos.

É aí que entra a teoria normativa da omissão: por meio dela é que se poderá conferir à omissão a possibilidade de funcionar como causa independente daquele ato comissivo inicial.

Vale ressaltar, ainda, que a menção ao estabelecimento *em lei* da previsão da omissão como causa deve ser entendida como *estabelecimento no ordenamento*, isto é, a previsão da

³²¹ CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p.116.

³²² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.116.

³²³ *Ibid.*, p.116-117.

relevância jurídica da omissão como causa deve ser considerada no ordenamento como um todo, abrangendo-se aí, por conseguinte, os princípios e valores constitucionais. A previsão da omissão como causa pode, assim, não estar expressamente prevista em texto legal, mas pode ser inferida da análise dos princípios e valores constitucionais. Deve-se, portanto, considerar o ordenamento como sistema que é.³²⁴

No caso do dever de mitigar, como visto, ele se fundamenta na boa-fé objetiva, isto é, o ordenamento, por meio da boa-fé objetiva, impõe à vítima o dever de mitigar seus danos. Por conseguinte, a omissão em assim agir será contrária ao ordenamento e, pois, será uma conduta omissiva apta a se constituir em causa do agravamento do dano, levando-se, assim, a que o agente não seja responsável pelo montante correspondente a esse agravamento.

Daí se nota que será o ordenamento a determinar ao indivíduo o dever de agir, impondo-lhe, ainda, consequências negativas à violação desse dever, ou seja, quando, devendo agir e tendo condições para tanto, não o fizer. A dificuldade reside em saber quando há esse dever de agir. No direito penal, no qual vigora o princípio da tipicidade, tal situação não oferece grandes tensões já que há a clara previsão legal de quando há o dever de agir por ocasião da tipificação da respectiva omissão. Para demonstrar tal situação, invoca-se o clássico exemplo do crime de omissão de socorro, previsto no art. 135 do Código Penal.³²⁵

A dificuldade, porém, se impõe no direito civil, no qual não se verifica a incidência do princípio da tipicidade. Não é sempre, portanto, que, no âmbito do direito civil, há a indicação precisa na legislação de quando a pessoa deve agir. As indicações de quando isso ocorre se dão por normas de cunho aberto, que informam o ordenamento, ficando a cargo do juiz essa concreção.³²⁶

³²⁴ Quanto à força normativa dos princípios constitucionais, a conferir o caráter unitário ao ordenamento, assim ensina Gustavo Tepedino: “pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a suas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. O conceito de ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um determinado modo de vida historicamente determinado. Daqui decorrem duas consequências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado”. (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.9).

³²⁵ “Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nestes casos, o socorro da autoridade pública”.

³²⁶ Assim ensina Caitlin Sampaio Mulholland quanto à responsabilidade civil por omissão: “[...] é fundamental que exista a identificação de um dever jurídico de agir e que este dever tenha sido descumprido através de uma inação, ou melhor, de um não agir. Enquanto no direito penal, a aplicação desta teoria é de relativa facilidade, haja vista o princípio da legalidade e da tipicidade que identificam os crimes de omissão, no

Ressalte-se, ainda, que a configuração do nexa causal será constatada quando “dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo sujeito, a prática do acto omitido teria, segura ou muito provavelmente, evitado esse evento, previsto ou previsível pelo sujeito”.³²⁷ Verificado, então, que o resultado poderia ser evitado com a prática do ato omitido, configurado estará o nexa causal entre omissão-resultado.

Nota-se que a aplicação da teoria do dever de mitigar o próprio dano pressupõe a existência de uma omissão do credor que, podendo agir para minimizar seu prejuízo, queda-se inerte. Como visto acima, a omissão, quando juridicamente relevante, isto é, quando se revela uma violação ao dever de agir, acaba por acarretar repercussões no âmbito da responsabilidade civil.

Em contrapartida, como mencionado alhures, o dever de agir contrariado pela omissão juridicamente relevante deve vir previsto, ainda que não expressamente na lei em sentido estrito, no ordenamento. E, tendo-se em vista que o dever de mitigar se encontra respaldado em nosso ordenamento, resta claro que essa pletora de normas é o que impõe o dever de agir da vítima em mitigar seu dano. Caso violado tal dever, deve a vítima arcar com as perdas decorrentes de sua inação na mitigação. Afinal, a sua omissão guarda nexa necessário com o agravamento dos próprios prejuízos. Não cabe ao agente, assim, arcar com a parcela desse prejuízo, eis que foi rompido o nexa causal com o advento da omissão da própria vítima.

Há de serem analisadas, ainda, as circunstâncias do caso concreto, para que se defina a partir de que momento a omissão da vítima deixou de ser razoável. Vale dizer: conforme sustentado ao longo do presente trabalho, o dever de mitigar implica a determinação, por parte do ordenamento, de que medidas razoáveis sejam adotadas para fins de se mitigar o dano. Logo, deve ser definido, à luz das circunstâncias do caso concreto, o momento a partir do qual a ação se faz necessária e, por conseguinte, a omissão se torna desarrazoada. Alguns parâmetros para a definição desse momento já foram apresentados no presente trabalho.³²⁸

E a aferição do momento a partir do qual a atuação positiva da vítima se impunha é fundamental para fins de verificação do *quantum* de sua indenização. Afinal, esta somente

âmbito do direito civil, mais especificamente da responsabilidade civil, em que existe a atipicidade dos danos e o dever geral de não lesar, a aplicação pode parecer mais dificultosa, pois caberá, em última instância, aos magistrados, na análise do caso concreto, identificar se há ou não a violação de um dever pela inação de um sujeito”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.117).

³²⁷ CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p.126.

³²⁸ Vide item 3.1.2.

será devida se e enquanto a razoabilidade não impuser uma atuação. A partir do momento em que o razoável é agir positivamente e essa conduta não é adotada, inaugura-se um novo fluxo causal. Os danos até aí causados, são considerados inevitáveis; a partir daí, são evitáveis. Pelo incremento dos danos ocorrido a partir deste, a responsabilidade não mais recairá sobre o agente originário, de modo que a vítima não fará jus à reparação.

Para que fique claro: a responsabilização do agente será aquela relativa aos danos causados até o momento em que a ação positiva da vítima ainda não é imposta pelo ordenamento; quando a ação positiva passa a ser imposta, traduzindo-se na conduta razoável, mas esta não é realizada, o agente não será mais responsável pelos danos originados a partir daí, em virtude da inauguração de um novo fluxo causal. Esse fluxo causal é aquele existente entre a omissão indevida da vítima e o agravamento dos danos.

3.3.3 O dever de mitigar e o princípio da reparação integral

É por meio da aplicação direta dos princípios constitucionais que se explica o ordenamento jurídico como algo unitário e complexo. Aliás, o ordenamento somente é entendido como tal porque detém aqueles dois caracteres³²⁹, decorrendo deles a força normativa dos princípios constitucionais.³³⁰

Como não poderia deixar de ser, tais premissas acabaram por ter significativas repercussões no âmbito da responsabilidade civil, já que a tutela da dignidade da pessoa humana, por ter sido erigida à condição de fundamento da República no art. 1.º, III da CRFB/88, deve irradiar-se por todo o sistema jurídico.³³¹ Assim, ao estabelecer os parâmetros para a responsabilidade civil, não se deve olvidar de incluir a pessoa humana como destinatário máximo de tutela, ainda que se tratando de relações jurídicas de cunho privado.

³²⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.5.

³³⁰ *Ibid.*, p.8.

³³¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.73, 2008.

Note-se que as normas jurídicas devem ser conjuntamente interpretadas, sendo a interpretação um procedimento complexo a ser realizado à luz dos princípios constitucionais.³³² Uma das consequências disso foi a conferência de uma primazia das situações jurídicas existenciais em relação às relações patrimoniais, inclusive no âmbito do direito civil³³³, compatibilizando o direito civil com as diretrizes impostas pela Constituição.

Diante disso, passou-se a considerar a responsabilidade civil como instrumento de tutela da pessoa da vítima, isto é, em total consonância com a ordem constitucional passou-se a entender a responsabilidade civil como um meio de proteção à vítima, não possuindo, portanto, um objetivo punitivo, este atinente ao direito penal.³³⁴ Ou seja, o sistema jurídico é “formado em torno do dever de ressarcir centrado na vítima”³³⁵, o que vai de acordo aos atuais princípios norteadores do direito de danos, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade social.³³⁶

Portanto, a tutela da pessoa da vítima alcança o protagonismo da responsabilidade civil, observando-se, pois, uma total modificação do enfoque da análise desse ramo do direito civil. O que justifica a indenização é a existência de dano injusto, não o juízo de valoração do ato praticado pelo agente. Isso é o que Orlando Gomes denominou *giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto*.³³⁷ Portanto, em havendo dano injusto, não há que se perquirir acerca da reprovabilidade do ato do ofensor. Havendo dano injusto, deve haver, como regra geral, a correspondente indenização.

Comprovação dessa guinada da responsabilidade civil reside no fato de que o protagonismo da culpa e de sua comprovação foi, com o passar do tempo, perdendo terreno,

³³² TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.12.

³³³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.234.

³³⁴ *Ibid.*, p.238.

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.100, n.903, p.28, 2011.

³³⁶ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.68.

³³⁷ GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro:Forense, 1980. p.293 apud FACHIN, op. cit., p.28.

dando lugar, em um primeiro momento, aos mecanismos de presunção de culpa, tudo isso como forma de se beneficiar a vítima.³³⁸

Vem daí a noção de que:

É aqui que se inicia a volta paradigmática no Direito de Danos, de um setor que estabelecia a obrigação de indenizar atribuída àquele que age culposamente, isto é, como uma sanção a alguma violação cometida pelo sujeito (realização da justiça retributiva), para uma ideia renovadora de que a responsabilidade é dissociada da ideia de conduta culposa a ser punida (justiça distributiva).³³⁹

Em fase posterior, ainda seguindo-se a tendência de se conferir maior proteção à vítima, em alguns casos específicos a lei retirou da culpa o *status* de pressuposto da reparação, bastando, assim, o dano e o nexa causal.³⁴⁰ Deu-se, portanto, nas palavras de Gisela Sampaio, um processo de *desculpabilização*, com o incremento das hipóteses de responsabilidade objetiva.³⁴¹ Para fins de análise da necessidade de reparação, deixa-se de se perquirir, pois, acerca da reprovabilidade da conduta do causador do dano, deixando-se tal juízo a cargo do direito penal.

Com o advento do art. 927 do Código Civil, particularmente do seu parágrafo único, instituiu-se autêntica cláusula geral de responsabilidade objetiva relativa às atividades de risco.³⁴² Não é demasiado notar que a ousadia do legislador, ao instituir a cláusula geral de responsabilidade objetiva, acaba pondo de lado a culpa como pressuposto prevalente da responsabilidade civil, retirando da responsabilidade objetiva a ideia de excepcionalidade³⁴³, mormente se levarmos em consideração, ainda, que nas discussões que envolvem relação consumerista a responsabilidade objetiva encontra campo fertilíssimo, sobretudo por força do

³³⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.71, 2008.

³³⁹ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.79.

³⁴⁰ MONTEIRO FILHO, op. cit., p.71.

³⁴¹ CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.17.

³⁴² MONTEIRO FILHO, op. cit., p.72.

³⁴³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.23.

disposto no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.³⁴⁴ Nota-se que o campo da responsabilidade objetiva avançou, substancialmente, sobre o campo da responsabilidade subjetiva.

Indo além na ideia de se conferir proteção à vítima dentro de um contexto em que resta extremada a dificuldade na comprovação, por esta, da causalidade, há até quem aponte a possibilidade de haver a reparação de danos com base na presunção da causalidade, isto é, havendo a possibilidade de o julgador determinar a reparação com base naquela presunção.³⁴⁵

Outra consequência desse *giro conceitual* apontado por Orlando Gomes é a consagração do princípio da reparação integral dos danos sofridos pela pessoa. Note-se que a emergência de tal princípio no direito brasileiro é relativamente recente, sendo que até o advento da Constituição de 1988 a jurisprudência vacilava quanto ao tema, inclusive debatendo-se acerca da possibilidade, ou não, de se cumulem indenizações por danos morais e materiais³⁴⁶, discussão essa que perdeu o sentido com a atual ordem constitucional, já que os incisos V e X do art. 5.º da Constituição são claros no sentido de permitir a cumulação.

Têm-se, portanto, alguns fatores a demonstrar que a atual ordem constitucional consagrou o princípio da reparação integral: a perda de centralidade da reprovabilidade da conduta do ofensor, a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e materiais e a centralização do direito na pessoa humana.

Refletindo essa diretriz constitucional, o Código Civil, em seu art. 944, caput³⁴⁷, previu a extensão do dano como a medida da indenização. Ou seja, como regra geral o que se tem é a necessidade de que a indenização cubra o dano em sua inteireza. Somente assim serão adequadamente observados os princípios e valores constitucionais já explicitados no presente trabalho, bem como será respeitada a disciplina do caput do art. 944 do Código Civil.

³⁴⁴ “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

³⁴⁵ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.196.

³⁴⁶ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.70, 2008.

³⁴⁷ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Tendo-se em vista que a disposição do caput do art. 944 está em consonância com os valores e princípios constitucionais, percuciente foi a análise realizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho ao analisar o espectro de incidência do parágrafo único do referido artigo³⁴⁸, que estabelece exceção ao princípio da reparação integral. Nesse sentido, o referido doutrinador ensina que “visto que a intangibilidade do princípio da reparação integral é conquista fundamental do direito brasileiro, a excepcionalidade do comando normativo em foco determina extrema cautela na sua interpretação”.³⁴⁹

De início, cumpre ressaltar que o referido parágrafo único, ao mencionar *a gravidade da culpa* como fator de quantificação da indenização, vai na contramão da tendência observada ao longo dos anos de se retirar da culpa o lugar de protagonismo que outrora ocupava na responsabilidade civil.

Importa verificar, ainda, que o referido dispositivo não previu qualquer outro parâmetro de modulação da indenização senão a *manifesta desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*. Ora, tal parâmetro de modulação da indenização, ao implicar hipótese de reparação não integral, causou certa perplexidade na doutrina nacional, mormente porque flexibilizou princípios consagrados na Constituição sem prever, expressamente, algum outro fundamento constitucional que embasasse tal flexibilização.

Sendo assim, ao se aplicar o disposto no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, deve proceder o julgador com extrema cautela, sendo certo que somente um fundamento que vá de acordo com o conteúdo axiológico da Constituição justificará a flexibilização do princípio da reparação integral. Nesse sentido, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho ensina:

[...] tendo o legislador se utilizado no parágrafo único do art. 944, de uma norma do tipo aberta (uma cláusula geral), revela-se mais robusta a conclusão de que o seu conceito jurídico deverá ter seu conteúdo preenchido pelo magistrado com base, forçosamente, no conteúdo axiológico determinado pela Constituição da República de 1988, e não a partir de uma leitura pessoal ou arbitrária do dispositivo.³⁵⁰

³⁴⁸ “Art. 944. [...]”

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

³⁴⁹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.74, 2008.

³⁵⁰ *Ibid.*, p.83.

Logo, somente quando há a contraposição de princípios constitucionais é que será admitida a aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que deixará a vítima desamparada em parte, fazendo com que arque com parcela do dano por ela sofrido, ou seja, “nos casos em que a reparação integral, na ponderação de valores em jogo, tivesse que ceder espaço a outro princípio digno de igual tutela”.³⁵¹

Há aqueles, ainda, os que sustentam o flagrante equívoco na edição pelo legislador do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, já que, aplicado em sua literalidade, o referido dispositivo contrariaria o princípio da reparação integral, ao menos se considerado em sua redação literal.³⁵² Sustenta-se que “o único limite que se deve admitir para esta reparação encontra-se no chamado limite humanitário, pois a reparação do dano, por força da mesma norma constitucional, não pode privar o ofensor do patrimônio indispensável à sua existência digna”.³⁵³ Portanto, somente em casos muito específicos a regra da reparação integral prevista no caput pode ceder nos termos do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. E a situação aventada para tanto foi a consideração do patrimônio mínimo intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Assim, se o princípio da dignidade da pessoa humana, elevado aos píncaros do ordenamento, justifica a adoção, como regra, da reparação integral em matéria de responsabilidade civil, somente a ponderação, no caso concreto, acerca dessa dignidade, é que poderá levar à aplicação do parágrafo único do art. 944 do Código Civil.

É nesse contexto que deve ser verificado o dever de mitigar: seu estudo não deve, em momento algum, dissociar-se das premissas acima, particularmente aquela no sentido de que a vítima, por ser a protagonista da tutela conferida pela responsabilidade civil, deve ser ressarcida na integralidade dos danos por ela sofridos.

Vale ressaltar que em deferência ao art. 944, caput, do CC/02, quando a vítima se desincumbe do dever de envidar esforços no sentido de mitigar os próprios prejuízos, pode

³⁵¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.85, 2008.

³⁵² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.323.

³⁵³ *Ibid.*, p.325.

pleitear o ressarcimento, em face do devedor, dos custos advindos desses esforços, ainda que eles, a despeito de razoáveis, não tenham sido eficazes.³⁵⁴

Porém, sabendo-se que a aplicação do dever de mitigar no caso em que a vítima não se desincumbe daquela obrigação deixa descoberta parcela do dano experimentado pela vítima, imperioso será encontrar um fundamento jurídico relevante que justifique esse fato.

Cabe indagar, então: a aplicação do dever da vítima de mitigar o seu dano contraria o disposto no art. 944 do Código Civil e que possui fundamento no princípio primaz da dignidade da pessoa humana? Ou seja, trata-se a aplicação do referido dever de uma flexibilização do princípio da reparação integral?

Christian Sahb Batista Lopes, ao analisar a questão, sustenta que a aplicação do dever de mitigar se trata de uma flexibilização do princípio da reparação integral. Para tanto, afirma o seguinte:

[...] na ponderação de valores que informam a aplicação das duas regras – reparação integral do dano e limitação aos danos inevitáveis – identifica-se clara prevalência daqueles que servem de sustentáculo à norma de minimização. Conforme reconheceu Le Pautremat, ‘o princípio da mitigação tem justificativas morais, sociais e econômicas que têm força maior que a explicação para a compensação integral ao credor’.

Por fim, destaca-se que o conflito entre as duas normas é apenas aparente, não apenas porque é facilmente resolvido pela ponderação dos valores que as informam, mas também pela sistemática de aplicação da boa-fé objetiva no presente caso. De acordo com a observação feita no final do item 4.3, com base na lição de Clóvis do Couto e Silva, a boa-fé objetiva poderá ter atuação defensiva, isto é, ter por efeito impedir que a pessoa que agiu de má-fé exerça certo direito ou se valha de certa posição jurídica. No caso em análise, o credor prejudicado pelo inadimplemento tem, em princípio, direito à reparação integral dos danos sofridos, sendo de aplicar a regra do *caput* do art. 944. Todavia, se não agiu de boa-fé, se não empregou os esforços razoáveis para impedir que danos evitáveis ocorressem, ficará impedido de ser indenizado por esta parcela dos prejuízos que poderiam ter sido evitados. A forma e o momento lógico de aplicação das duas normas são diferentes, fazendo com que ambas possam ser aplicadas de maneira articulada para definir o *quantum* de indenização a que fará jus o credor.³⁵⁵

O referido autor, portanto, defende que o dever de mitigar consistiria em uma flexibilização do princípio da reparação integral, justificável em razão da ponderação entre este e as

³⁵⁴ PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista da EMERJ*, v.11, n.44, p.138, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44>. Acesso em: 14 maio 2013.

³⁵⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.185.

justificativas que amparam o dever de mitigar, quais sejam, as razões morais, sociais e econômicas que o amparam. Como resultado de tal ponderação, seria admissível a aplicação do dever de mitigar como um fator de flexibilização do princípio da reparação integral.

Discorda-se, *concessa maxima venia*, das ponderações trazidas acima. Entender ser a aplicação do dever de mitigar uma flexibilização do princípio da reparação integral pressupõe uma premissa equivocada: a de que os danos evitáveis teriam sido causados pelo agente causador do dano inicial. Ou seja, parte-se do princípio de que o agravamento que poderia ter sido evitado pela vítima teria sido causado pela outra parte. Ocorre que foi a própria inércia da vítima que causou o agravamento do dano, que não deverá ser indenizado.

Como já mencionado anteriormente, trata-se de hipótese em que o ordenamento jurídico, por meio da boa-fé objetiva, impunha à vítima o dever de agir para mitigar o seu dano. A vítima, ao quedar-se inerte, frustra o desejado pelo ordenamento. Tal omissão, por ser qualificada, tem o condão de gerar a responsabilidade do agente omissor pelos danos dela decorrentes. Sendo assim, o causador do agravamento dos danos é a própria vítima omissa.

O que há, portanto, é que, em relação aos danos inevitáveis, o responsável é o agente, que será por ele responsabilizado. Já com relação aos danos evitáveis, o responsável por eles é a própria vítima. Logo, não há no caso qualquer flexibilização do disposto no caput do art. 944 do Código Civil, já que o agente será responsabilizado pela integralidade daquilo a que sua conduta deu causa. Já em relação aos danos evitáveis, o seu causador foi o próprio prejudicado, não se cogitando, por óbvio, de cobrança de reparação em face de si próprio.

Importa trazer à baila os ensinamentos de Orlando Gomes acerca do que deve se entender por reparação integral:

A reparação deve ser completa, abrangendo todas as consequências do dano. Por outras palavras, a indenização há de ser total. Mas não pode ir além dos prejuízos efetivamente sofridos em consequência do fato danoso. Exige-se a adequação expressa dos efeitos à causa, delimitando-se, assim, a extensão do ressarcimento. Excluem-se, portanto, as consequências remotas do evento produtor do dano, especialmente se o prejudicado concorreu para sua agravação. Não se admite, demais disso, que este consiga situação mais favorável do que teria se o acontecimento danoso não houvesse ocorrido.³⁵⁶

³⁵⁶ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.52.

Portanto, com a configuração do nexo causal entre a omissão do credor e o agravamento do dano por ele sofrido, deve-se anotar que a aplicação do dever da vítima de mitigar o seu prejuízo, na realidade, em momento algum significa a violação ao princípio da reparação integral previsto no art. 944 do CC. Afinal, como já visto, o agravamento dos danos da vítima tem como causa a omissão desse mesmo indivíduo, isto é, houve a ruptura do nexo causal que poderia, em tese, existir entre o ato originário do agente e a inflação dos prejuízos da vítima. Por conseguinte, a parcela do dano não coberta em virtude da aplicação do dever de mitigar teve origem em conduta da própria vítima.

4 QUESTÕES PONTUAIS ACERCA DO DEVER DE MITIGAR

4.1 O dever de mitigar e a cláusula penal

Ao se tratar do dever de mitigar, campo extremamente fértil para a sua aplicação são as relações contratuais, nos casos em que se verifica inadimplemento de uma prestação. Não raro, no bojo do negócio jurídico firmado, vem prevista, convencionada pelas partes, uma cláusula penal, a ganhar eficácia no momento do inadimplemento.

Segundo Caio Mário, trata-se de:

uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infrigente de uma obrigação. Pode ser avençada conjuntamente com a obrigação principal, e normalmente o é, ou em apartado (Código Civil de 2002, art. 409), e constitui uma das mais importantes modalidades de promessa condicionada.^{357,358}

Portanto, volta-se a cláusula penal contra a parte que inadimpliu a obrigação, conforme o art. 408 do Código Civil.³⁵⁹ Pode ser das espécies compensatória ou moratória, aquela disciplinada no art. 410³⁶⁰ e esta no art. 411³⁶¹, ambos do Código Civil.

Controverte-se na doutrina acerca da função precípua da cláusula penal. Para Caio Mário, em que pese reconhecer o caráter de pré-liquidação das perdas e danos, este o seria de

³⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.141.

³⁵⁸ Paulo Lôbo assim define a cláusula penal: “é a fixação prévia de uma prestação adicional, no negócio jurídico, quase sempre consistente em uma soma em dinheiro, como consequência pelo inadimplemento ou adimplemento insatisfatório a que se submete o devedor ou, eventualmente, terceiro. A cláusula penal apenas é cabível quando o devedor esteja constituído em mora”. (LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.266).

³⁵⁹ “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

³⁶⁰ “Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

³⁶¹ “Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

maneira meramente secundária, preponderando o caráter de reforço do vínculo obrigacional.³⁶² Orlando Gomes, por sua vez, entende diferente, defendendo que a sua príncipe função é a de pré-liquidar danos, relegando a um plano meramente accidental a função de meio de se constranger o devedor a cumprir a obrigação.³⁶³

Na atual sistemática do Código Civil, ao prever a cláusula penal compensatória no art. 410 e a moratória no art. 411, pode-se dizer que cada uma das espécies possui uma função precípua. A cláusula penal compensatória possui nítido caráter de pré-liquidação das perdas e danos. Sustentando essa tese, assim afirma Orlando Gomes:

Insiste-se em considerá-la [a cláusula penal] meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é accidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem. Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento pode ser reduzido pelo juiz, em algumas situações, e não se permite que exceda o da obrigação principal. Com estas restrições e outras já introduzidas em lei, a cláusula amortece o efeito de intimidação que a maioria lhe atribui.³⁶⁴

Com razão o professor Orlando Gomes. Isso porque as limitações existentes em relação ao montante da cláusula penal na realidade possibilitam que a parte, calculando o custo-benefício da quebra contratual, opte, se isso for mais conveniente, pelo descumprimento. Afinal, as consequências da quebra já estarão previstas desde a celebração do negócio jurídico. Longe de reforçar o vínculo, a existência de uma cláusula penal pode torná-lo mais túbio.

Já com relação à cláusula penal moratória, prevista no art. 411, o seu caráter é distinto, como bem acentuam Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

[...] na cláusula penal moratória, ao contrário do que ocorre na compensatória, a multa é consequência de um retardamento ou de um inadimplemento que não exclui o cumprimento – espontâneo ou forçado – da obrigação principal. A própria função da cláusula penal moratória consiste em compelir o devedor a cumprir pontualmente

³⁶² PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.142.

³⁶³ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.190.

³⁶⁴ GOMES, loc. cit.

a prestação, de modo que sua pré-fixação limita-se aos prejuízos decorrentes do atraso, não já da ausência da prestação principal. Também na hipótese de ser a cláusula penal destinada ao reforço de obrigação acessória, não se exclui com a multa convencional a exigibilidade da obrigação principal.³⁶⁵

Ou seja, no caso da cláusula penal compensatória, aí sim, ela se presta a reforçar o vínculo voluntariamente celebrado entre as partes, de modo a fazer com que elas realizem as prestações previstas no devido tempo, estando em um nível secundário o seu caráter de pré-fixação dos danos.

Pois bem: diante disso, como o dever de mitigar repercute nas relações jurídicas em que se encontram previstas cláusulas penais?

Christian Sahb Batista Lopes, que tratou expressamente do presente tema, parte do princípio de que a cláusula penal, por ter a natureza de prefixação dos danos, deve ser honrada em casos de inadimplemento, independentemente de comprovação efetiva dos danos. Assim, quando prevista cláusula penal, sem a previsão de pagamento de indenização suplementar³⁶⁶, não caberia a aplicação do dever do credor de mitigar o próprio dano. E isso, repita-se, porque “a estipulação da cláusula penal dispensa que seja analisado o dano sofrido pelo credor”.³⁶⁷

O referido autor faz a ressalva da situação na qual é prevista a indenização suplementar acrescida à cláusula penal. Afinal, nesses casos, o credor deve comprovar que sofreu danos superiores ao valor da cláusula e o devedor deve comprovar que o excedente, ou parte dele, decorreu do descumprimento do dever de mitigar, resultando na possibilidade de haver ou a exclusão do excedente ou a exclusão de parte do excedente.³⁶⁸

Discorda-se em parte. Como regra geral, a solução acima é válida, mas as exceções não se resumem à indenização excedente. Isso porque deve ser levado em consideração o disposto no art. 413 do Código Civil, o qual prevê a redução equitativa da penalidade nos casos ali

³⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.396.

³⁶⁶ Vide o art. 416 do Código Civil: “Para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo.
Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”.

³⁶⁷ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.220.

³⁶⁸ LOPES, loc. cit.

mencionados.³⁶⁹ Das situações ali previstas, as que interessam para o presente estudo são aquelas nas quais se verifica que o montante da penalidade é manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Nos referidos casos, o art. 413 do Código Civil, ao se utilizar da expressão *deve reduzir*, não prevê uma faculdade ao juiz, mas sim impõe tal conduta. Verificando-se, pois, o excesso da multa, essa deve ser equitativamente reduzida. Trata-se de norma cogente, não disponível pelas partes, até porque, caso se entendesse o contrário, a parte mais fraca sempre se veria pressionada a renunciá-la, acarretando-se o agravamento do desequilíbrio da relação contratual.³⁷⁰

E o fundamento da redutibilidade prevista no art. 413 do Código Civil possui fundamento em princípios extremamente caros ao ordenamento, quais sejam, a função social do contrato³⁷¹ e a vedação do enriquecimento sem causa.^{372,373}

Tal diretriz ensejou a edição, na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal-CNJ, do Enunciado 355, que assim dispõe, *verbis*:

Não podem as partes renunciar à possibilidade de ser reduzida equitativamente a cláusula penal, se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC/2002, por ser a mesma preceito de ordem pública.

³⁶⁹ “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

³⁷⁰ CASSETARI, Christiano Cassetari. *Multa contratual*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.95-96.

³⁷¹ “Entende-se que a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal, nas hipóteses do art. 413 do CC/2002, tem como finalidade permitir que o contrato possa cumprir a sua função social, conforme dispõe o art. 421 do CC/2002, motivo pelo qual se pode afirmar que a cláusula penal também possui uma função social”. (Ibid., p.96).

³⁷² PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.154.

³⁷³ Quanto ao tema, Gustavo Tepedino afirma que “a jurisprudência, neste sentido, mantém-se insensível à tentativa de se demonstrar, em casos concretos, a insuficiência da multa pré-estipulada para se reparar danos excedentes derivados de contrato, embora se aceite, em nome do princípio geral que proíbe o locupletamento sem causa, a substituição da multa por indenização que mais se aproxime da realidade dos fatos”. (TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.91).

A regra, então, prevalece, mesmo em casos de convenção em contrário, como, aliás, prevalece na jurisprudência.^{374,375}

Diante disso, em havendo o dever do juiz de reduzir equitativamente a multa contratual em caso de manifesto excesso, a possibilidade de haver uma redução, com base no dever de mitigar, não se resume à hipótese de previsão de indenização complementar.

Com isso, podem ser concebidas duas hipóteses: a) a primeira, em casos nos quais o credor mitiga o seu dano; e b) a segunda, nos casos em que o credor não mitiga o seu dano.

Na primeira situação, pode ser que a mitigação do credor seja tão bem-sucedida que isso torne o dano, com o inadimplemento, irrisório. Nesse caso, é possível cogitar-se de situação na qual a cláusula penal se afigure, diante das circunstâncias do caso concreto, manifestamente excessiva, visto que manifestamente desproporcional.

Já no segundo caso, pode ocorrer de o dano originário, que tem no inadimplemento a sua causa necessária, não ser de significativa monta, de modo a fazer com que a cláusula penal se torne manifestamente excessiva. Ou seja, é possível que a cláusula penal não seja desproporcional em relação ao dano total do credor. Porém, descontando-se os danos evitáveis, é possível que seja excessiva em relação aos inevitáveis. Vale dizer: a condição prevista no art. 413 do Código Civil para a redução da cláusula penal deve tomar em consideração os danos inevitáveis, mas jamais os evitáveis. E isso se afigura lógico, na medida em que a cláusula penal é considerada uma prefixação dos danos causados pelo devedor com o seu inadimplemento, não dos danos causados pelo próprio credor com a sua inércia em mitigá-los.

³⁷⁴ “PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. ART. 924,CC.

Os temas referentes aos arts. 128, 460, do CPC, não foram apreciados pelo Aresto hostilizado, faltando, assim, o requisito do prequestionamento. A norma do art. 924 do Código Civil é disposição destinada a proteger a pessoa do devedor; de interesse público e não pode ser invalidada pela convenção das partes. Os apelantes satisfizeram grande parte do preço, justificando, assim, a redução da cláusula penal. Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação desta Casa se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Incidência da Súmula n.º 83-STJ. A assertiva da agravante de que o percentual de 30% das parcelas pagas não cobre as despesas que teve com o imóvel durante o contrato envolve o reexame de matéria fática, fazendo incidir o disposto na Súmula n.º 7 desta Corte. Agravo regimental improvido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag115.023/SP*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento: 03/09/2002. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJ: 25/11/2002).

³⁷⁵ Caio Mário discorda em relação ao caráter cogente do art. 413. Para ele “o que fere a autonomia da vontade e contraria a natureza da pena convencional é o caráter imperativo da norma”. (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2. p.142).

Do que se afirmou acima, nota-se que não procede a afirmação de que “a estipulação da cláusula penal dispensa que seja analisado o dano sofrido pelo credor”.³⁷⁶ O que o art. 416, caput, preceitua é que o credor, ao exigir o pagamento da cláusula penal, não precisa demonstrar o prejuízo. Isso não quer dizer que a existência do dano ou a sua proporcionalidade não possam ser analisadas em algum momento. Em absoluto: à parte interessada, no caso o devedor, é conferido o direito de suscitar o manifesto excesso da cláusula penal em relação ao dano. Portanto, uma vez posto em discussão o excesso da multa, os danos sofridos pelo credor serão cotejados com o valor da cláusula. Não pudesse haver essa análise, certamente que se estaria retirando uma significativa parcela de efetividade do art. 413 do Código Civil.

Vale ressaltar que a revisão é aplicável tanto à cláusula penal compensatória quanto à moratória. Isso porque, ainda que secundariamente à função de compelir o contratante a cumprir tempestivamente a prestação, a moratória também possui a natureza jurídica de prefixar os danos. A diferença reside no fato de nesta os danos prefixados decorrerem do atraso no cumprimento, não do inadimplemento absoluto.³⁷⁷ Portanto, quer se trate de cláusula penal compensatória, quer se trate de cláusula penal moratória, a redução do art. 413 do Código Civil é cabível.³⁷⁸

No que tange ao dever de mitigar, ele se impõe não só nos casos de inadimplemento absoluto, como também nos casos de mora. Havendo o descumprimento do prazo por parte do devedor, resultando danos daí, o credor tem o dever de mitigá-los. Ato contínuo, se o fizer, de modo que os danos sofridos sejam de pequena monta, tornando manifestamente excessiva a cláusula penal, o juiz deverá reduzi-la. Por outro lado, se o devedor não cumprir o dever de mitigar, e for verificado que os danos inevitáveis eram de pequena monta a acarretar o manifesto excesso da multa, a redução com base no art. 413 do Código Civil também se imporá.

³⁷⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.220.

³⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4. p.396.

³⁷⁸ CASSETARI, Christiano Cassetari. *Multa contratual*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.93.

4.2 O dever de mitigar e a responsabilidade objetiva

Influenciado pelo Código de Napoleão, o sistema da responsabilidade civil no Código Civil de 1916 se baseava na culpa.³⁷⁹ Portanto, o surgimento do dever de indenizar não se dava, senão com a comprovação, por parte da vítima, de que o agente havia incorrido em culpa.³⁸⁰ Nota-se que a inclusão da culpa como elemento central da responsabilidade civil decorre de uma inspiração liberal e individualista do direito, no seio do qual se confere ampla liberdade ao indivíduo, reprovando-se, contudo, a sua má-utilização.³⁸¹

Repare-se que esse amplo campo de atuação do indivíduo, expresso pela ideologia liberal, se reflete até mesmo no pressuposto do surgimento do dever de indenizar: a vítima teria que comprovar o mau uso da liberdade por parte do causador do dano. Essa necessidade, indubitavelmente, em grande parte das vezes gerava dificuldades intransponíveis para que a vítima fizesse jus à indenização. Afinal:

em sua versão de falta moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação. Sua aferição impunha aos juízes tarefa extremamente árdua, representada por exercícios de previsibilidade do dano e análises psicológicas incompatíveis com os limites naturais da atividade judiciária, a exigir do magistrado quase uma capacidade divina.³⁸²

E essas dificuldades, de certa forma, espelhavam a inspiração do sistema de diminuir o espaço da interferência na liberdade individual.

Já no final do século XIX atentou-se para a circunstância de que, não raro, a exigência da prova da culpa se constituía em *probatio diabólica*.³⁸³ Tal constatação levou a que algumas situações deixassem de demandar a comprovação da culpa como geradora do dever de indenizar,

³⁷⁹ “Art. 159. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.

³⁸⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.381-382.

³⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.12.

³⁸² *Ibid.*, p.17.

³⁸³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.150.

de modo que, já então, o dever de indenizar decorrente de algumas modalidades de acidentes deixou de ser aferido com base na culpabilidade.³⁸⁴

Na doutrina, ainda em fins do século XIX, vozes se levantaram contra a exigência de comprovação da culpa:

Raymond Saleilles, em famoso comentário à decisão Teffaine, fazia notar então que em determinados casos, como nos acidentes de trabalho, exigir da vítima a prova da culpa equivalia a não ressarcir o dano, pela própria impossibilidade de se demonstrar uma qualquer individualização da culpa. Lois Josserand, a partir da mesma decisão, consignava a criação de um princípio geral de responsabilidade pelo fato da coisa, uma responsabilização quase ‘automática’, postulando o surgimento da responsabilidade civil não somente em decorrência de fatos culposos, mas, ‘*faits fautifs*’, mas fundando-se em todo e qualquer fato a que uma pessoa desse origem, isto é, ‘*faits tout court*’.³⁸⁵

Seguindo tal tendência de, em determinados casos, excluir a necessidade de comprovação da culpa no dever de indenizar, no Brasil, além de haver a previsão de hipóteses de responsabilidade sem a necessidade de comprovação de culpa no Código Civil de 1916³⁸⁶, leis especiais passaram a prevê-la, quais sejam: Lei de Estradas de Ferro (Decreto n.º 2.681/12), Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86) e Lei n.º 6.453/77, que trata de atividades nucleares. A jurisprudência não ficou indiferente a esse movimento, conforme se verifica da edição da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.³⁸⁷

Em 1988, foi consagrada a previsão de hipóteses de responsabilidade objetiva no corpo da Constituição, particularmente nos arts. 21, XXIII, “d” (responsabilidade por danos nucleares) e 37, § 6.º (responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público ou privadas prestadoras de serviço público pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros).

³⁸⁴ Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “ainda na Europa do século XIX, o dano causado por alguns tipos de acidentes deixou de ser aferido pela medida da culpabilidade. Em 1838, com base na responsabilidade sem culpa, editou-se a lei prussiana sobre acidentes ferroviários; em 1861, foi promulgada a Lei das Minas, e, posteriormente, a partir de 1884, no que seria a primeira lei específica de acidentes de trabalho, o governo Bismarck determinou que o empreendedor passasse a suportar, através de um seguro social, a reparação do dano causado por ocasião o trabalho, respondendo assim pelos riscos inerentes ao exercício de sua atividade”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.382).

³⁸⁵ *Ibid.*, p.383.

³⁸⁶ Vide arts. 1527 (responsabilidade pelo fato dos animais), 1528 (responsabilidade decorrente de ruína) e 1529 (responsabilidade sobre coisas lançadas ou caídas). (*Ibid.*, p.384).

³⁸⁷ “Súmula 341: é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Ato contínuo, o Código de Defesa do Consumidor passou a prever, nos seus arts. 12 e seguintes, a responsabilidade, independentemente de culpa, dos fornecedores de produtos e serviços.

Finalmente, em 2002, o novo Código Civil, ao lado de prever a cláusula geral de responsabilidade em seu art. 927, caput, estabeleceu outra cláusula geral no parágrafo único do mesmo artigo³⁸⁸, agora relativa às atividades que, naturalmente, implicarem a causação de risco a outrem.³⁸⁹

Consagra-se, assim, a responsabilidade civil objetiva nos casos em que seja inerente à atividade desempenhada a geração de um risco aos direitos de outrem. Portanto, em casos de atividades que ofereçam alta potencialidade de dano, a responsabilidade do executor da atividade será objetiva pelos danos causados.³⁹⁰

Frise-se ser a responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco que, segundo Marcelo Calixto, assim afirma, em síntese:

aquele que, com sua atividade, gera risco para os direitos de outrem, deve responder pelo dano conexo a esta mesma atividade. A problemática passa, portanto, a estar centrada unicamente na relação causa e efeito entre a atividade desenvolvida e o dano verificado.³⁹¹

Pelo fato de não ser necessária a comprovação da culpa, pode-se perceber um significativo aumento no campo dos danos ressarcíveis, como se pode perceber do trecho a seguir:

A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corroi-se o primeiro dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm se voltado – para o segundo obstáculo à reparação, qual seja, a demonstração do nexo de causalidade.³⁹²

³⁸⁸ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

³⁸⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.383.

³⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.25.

³⁹¹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.157-158.

³⁹² SCHREIBER, op. cit., p.51.

É nesse contexto que deve ser analisado o dever de mitigar, mormente porque uma das situações mais comuns da sua aplicação é a relação consumerista, na qual um dos polos, isto é, o fornecedor, é objetivamente responsável pelo fato do produto ou serviço, conforme disposto nos arts. 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

Suponha-se um caso no qual o fornecedor de um serviço, que, pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetivamente responsável, seja vítima de um dano causado pelo consumidor.³⁹³ Como exemplo, tome-se o caso no qual o consumidor, correntista de um determinado banco, zera a sua conta, sem comunicar ao banco. Diante disso, o banco permanece cobrando as tarifas previstas em contrato. O débito do consumidor em face do banco vai se agravando, em razão da cobrança de tarifas por longo tempo. Ocorre que a instituição financeira, mesmo verificando a insuficiência de saldo e a imobilidade da conta, nada faz no sentido de suspender o serviço e comunicar ao consumidor a permanência da cobrança das taxas e o aumento exponencial do valor da dívida. Em suma: o banco nada faz para mitigar o seu dano.

Na situação mencionada, a instituição financeira, tendo sofrido o dano, tem o dever de mitigá-lo. O fato de, como fornecedora, ter responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, não interfere no seu dever de mitigar. Isso porque, quando o banco se encontra na condição de ter que mitigar o prejuízo, ele, ali, não está figurando como prestador do serviço propriamente dito, mas sim, como vítima de um dano.

Se o que justifica a responsabilidade objetiva é o exercício de uma atividade de risco, esse risco não se apresenta no momento, especificamente, de se ter que mitigar o próprio dano. O ato de não mitigar implica o agravamento dos próprios danos, não a provocação de dano à esfera jurídica da outra parte. Quando a pessoa se encontra na situação de ter que mitigar é porque ela está sofrendo danos. Naquele momento, a pessoa não está agindo na condição de prestadora de serviço. Dessa forma, juridicamente, aquela responsabilidade objetiva não interfere no dever de mitigar, no exemplo dado, da instituição financeira.

Os parâmetros abstratos³⁹⁴ para a verificação da razoabilidade dos atos empreendidos para mitigar serão aqueles mesmos utilizados em relação a quem quer que seja. A única diferença pode se dar na análise concreta das possibilidades de o banco realizar a mitigação. Por exemplo,

³⁹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 1639488-93.2011.8.19.0004*. Relator: Des. Eduardo de Azevedo Paiva, Julgamento: 21/03/2013. Órgão Julgador: 19.ª Câmara Cível. Publicação: 03/04/2013.

³⁹⁴ São eles, conforme item 3.1.1 do presente estudo: a) possibilidade, dividindo-se essa em possibilidade econômica e possibilidade técnica; b) eficácia; c) eficiência; e d) segurança.

as instituições financeiras, em geral, possuem uma capacidade econômica de mitigar que, possivelmente, uma pessoa física não tem. Portanto, é possível que o campo de ação de uma instituição financeira para mitigar o dano, no que se refere à possibilidade econômica de fazê-lo, seja maior que o de uma pessoa física. Logo, concretamente, tal instituição não poderá se escusar de mitigar o dano sob o argumento de incapacidade econômica para fazê-lo. Em relação aos parâmetros abstratos, contudo, não há diferença em comparação com as demais pessoas, já que, sob essa perspectiva, a responsabilidade objetiva não agrava o dever de mitigar.

4.3 O dever de mitigar na relação não paritária

No que se refere à relação não paritária, deve ser verificado se o fato de se estar nesse contexto, no qual uma das partes se encontra em posição de vulnerabilidade em face da outra, acarreta alguma atenuação do dever do vulnerável em agir de acordo com a boa-fé objetiva para mitigar o seu dano. Tome-se por exemplo, mais uma vez, as relações de consumo.

A proteção do consumidor foi consagrada na Constituição nos seus arts. 5.º, XXXII³⁹⁵ e 170, V.³⁹⁶ Entretanto, a sua proteção não era efetiva até o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), de modo que até esse marco “os riscos do consumo corriam por conta do consumidor”.³⁹⁷

Quanto ao Código de Defesa do Consumidor, assim ensina Sílvio de Salvo Venosa:

Trata-se de codificação moderna, na qual muitos dos seus princípios são inovadores, mesmo se comparados com a ordem internacional. Os direitos do consumidor surgem como forma de proteção do indivíduo perante o desenvolvimento que as sociedades de consumo atingiram. A vulnerabilidade do consumidor é sua própria essência.³⁹⁸

³⁹⁵ “Art. 5.º [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”

³⁹⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;”

³⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.542.

³⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.4. p.254.

Nota-se que talvez a maior conquista derivada do Código de Defesa do Consumidor seja o reconhecimento dessa vulnerabilidade do consumidor e a criação de instrumentos para protegê-lo, procurando-se nivelar as relações de consumo. Quanto aos princípios reconhecidos na relação de consumo, assim afirma Gustavo Tepedino:

Verifica-se então que o conjunto de princípios inovadores [...] – a interpretação mais favorável, tão bem analisada pela Professora Cláudia Lima Marques, a inversão do ônus da prova diante da verossimilhança do pedido ou da hipossuficiência, a proteção da boa-fé objetiva, cujo sentido a jurisprudência tem conseguido perceber, dentre outros – vai sendo mais e mais associado não à qualificação do consumidor como um *status*, um privilégio, uma espécie de salvo conduto para melhor exercer suas atividades econômicas, mas à preocupação constitucional com a redução das desigualdades e com o efetivo exercício da cidadania, perspectiva que não poderia deixar de compreender, segundo a vontade normativa do constituinte, as relações consideradas de direito privado.³⁹⁹

O que daí se infere é que os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor não se prestam a conferir ao consumidor um privilégio em relação ao fornecedor, mas sim, a reduzir um desnível inerente à relação consumerista, refletindo, assim, o princípio constitucional da igualdade.

Diante disso, deve-se analisar em que termos a lógica da relação jurídica de consumo implica o dever de mitigar. Esse princípio decorre da boa-fé objetiva. Logo, deve-se indagar se o fato de se estar inserido em uma relação de consumo traz para a parte mais vulnerável alguma amenização no dever de agir conforme a boa-fé objetiva. A resposta é negativa. A boa-fé objetiva não foi concebida como instrumento protetivo da parte mais vulnerável, mas sim sujeita ambas as partes. Vale dizer: ninguém deve se escusar de agir conforme a boa-fé objetiva sob o argumento de ocupar o polo mais vulnerável da relação jurídica. E o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 4.º, III⁴⁰⁰, que a relação entre consumidores e fornecedores é permeada pela boa-fé.

³⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.213.

⁴⁰⁰ “Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III- harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Eis a crítica de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber a quem aplica a boa-fé objetiva como instrumento de proteção ao consumidor:

A boa-fé objetiva é, em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato. E foi neste sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou. Ocorre, contudo, que, por conta da finalidade declaradamente protetiva do código consumerista, também a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração para os fins contratuais.⁴⁰¹

Então, mesmo nas relações de consumo, que, por sua natureza, não são paritárias, a boa-fé objetiva sujeita, igualmente, ambas as partes. Dessa premissa nasce a seguinte lógica: se o dever de mitigar decorre da boa-fé objetiva, então ambas as partes da relação de consumo estão sujeitas ao dever de mitigar. O consumidor não pode se eximir de agir com boa-fé objetiva pelo fato de se situar no polo mais vulnerável da relação jurídica.

Com isso, tal como se afirmou no item anterior, quando se tratou do dever de mitigar no âmbito da relação jurídica na qual figura alguém com responsabilidade objetiva, no caso de relação de consumo os parâmetros abstratos⁴⁰² para a verificação da razoabilidade dos atos empreendidos para mitigar serão aqueles mesmos utilizados em relação a quem quer que seja. A única diferença pode se dar na análise concreta das possibilidades de a parte mais vulnerável realizar a mitigação. Pode ser que o consumidor, parte mais vulnerável na relação, seja, concretamente, mais limitado, no que tange às suas possibilidades de mitigar, que o fornecedor. A análise, pois, das possibilidades concretas de o consumidor mitigar os danos deve ocorrer levando-se em consideração a sua condição de parte mais vulnerável. Em abstrato, porém, o fato de se estar no contexto de uma relação não paritária não interfere naquele dever.

⁴⁰¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.33.

⁴⁰² São eles, conforme item 3.1.1 do presente estudo: a) possibilidade, dividindo-se esta em possibilidade econômica e possibilidade técnica; b) eficácia; c) eficiência; e d) segurança.

4.4 O dever de mitigar e a proibição do comportamento contraditório

Como já mencionado alhures, a boa-fé objetiva funciona como o fundamento do dever de mitigar no ordenamento brasileiro. Diante do excessivo alargamento da boa-fé objetiva, o que pode levar ao indevido esvaziamento do conceito, importante estabelecer a sua concretização⁴⁰³ por meio de institutos que se encaixem às situações às quais, sem qualquer critério, vem sendo aplicado o princípio da boa-fé objetiva.

Uma manifestação dessa concretização é a regra do *venire contra factum proprium*, “que, de forma geral, proscree o comportamento contraditório que importe quebra de confiança, revertendo legítimas expectativas criadas na outra parte contratante”.⁴⁰⁴ Segundo ela, a ninguém é dado vir contra o próprio ato, vedando-se que “alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento anterior”.⁴⁰⁵ Ou seja, “a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”.⁴⁰⁶

Daí se enxerga a necessidade de estudá-lo de forma específica como modelo de concretização do princípio da boa-fé objetiva, permitindo-se, assim, oferecer “parâmetros objetivos aos julgadores, nesta avaliação e vedação de exercícios inadmissíveis de direitos”.⁴⁰⁷

É de se notar que a vedação do comportamento contraditório não se justifica por si só, mas apenas na medida em que frustra a confiança da parte contrária. É esse o pensamento de Anderson Schreiber:

⁴⁰³ Nas palavras de Anderson Schreiber, o resultado dessa invocação excessiva do princípio da boa-fé objetiva é “o alargamento do conceito a tal ponto que a sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.123).

⁴⁰⁴ NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.238.

⁴⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.2. p.20.

⁴⁰⁶ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p.742.

⁴⁰⁷ SCHREIBER, op. cit., p.126.

De fato, a proibição do comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que contra a simples incoerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado.⁴⁰⁸

É preciso destacar que a manifestação de um comportamento contraditório não se dá no âmbito da subjetividade, mas sim, para a sua verificação, toma-se por base a exteriorização da conduta das partes, não se imiscuindo nas razões de quem a praticou.⁴⁰⁹ Assim, de nada importa se o comportamento anterior foi ou não vantajoso à parte que incorreu na conduta proibida.⁴¹⁰ Logo, é a conduta de uma das partes que leva à formação, na outra, da expectativa. Para fins de sua configuração, a confiança frustrada deve ter origem na aparência gerada pelo ato da parte contrária.⁴¹¹

A proibição do comportamento contraditório pressupõe a existência de dois comportamentos da mesma pessoa, ambos lícitos, sendo que o primeiro, porém, é contrariado pelo segundo.⁴¹² É necessário ressaltar, ainda, que o segundo comportamento frustra uma expectativa gerada pelo primeiro de que aquele, segundo, jamais viria a ocorrer. Ou seja, o primeiro comportamento gera na outra parte uma legítima expectativa de que determinado comportamento posterior não ocorrerá. Entretanto, frustrando-se essa expectativa, o segundo comportamento é realizado. Cabe indagar como isso se relaciona com o dever de mitigar.

⁴⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.95-96.

⁴⁰⁹ Ibid., p.142.

⁴¹⁰ Paulo Lôbo parece entender de forma distinta, já que empresta importância ao caráter de conveniência do ato para a parte que realizou o comportamento contraditório. É o que pode se depreender do trecho a seguir: “[...] a ninguém é dado valer-se de determinado comportamento, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais interessar mediante comportamento contrário”. (LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.73).

⁴¹¹ LÔBO, loc. cit.

⁴¹² CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p.745.

A inércia do credor em mitigar seus próprios danos pode ser analisada, à luz da proibição do comportamento contraditório, sob três aspectos:

- a) O primeiro, em relação à necessidade de se verificar se a proibição do comportamento contraditório é fundamento do dever de mitigar;
- b) O segundo, se o ato de a vítima realizar a cobrança em relação ao dano evitável implica indevido comportamento contraditório; e
- c) O terceiro, se há casos em que a alegação, do causador do dano, da violação do dever de mitigar por parte da vítima, pode ser indeferida sob o argumento de violação à proibição de comportamento contraditório.

Passa-se a explicar cada uma das hipóteses acima.

Em relação à hipótese descrita na alínea a), acima, cumpre notar que, no momento da celebração de determinado negócio jurídico, exsurge para ambas as partes a legítima expectativa de que as obrigações daí advindas serão adimplidas tal como celebrado. Ou seja, a celebração do negócio jurídico, por si só, cria a legítima expectativa das partes no sentido do cumprimento da obrigação conforme avençado. A questão que se coloca é: e o descumprimento do dever de mitigar pelo credor? Esse descumprimento acarreta alguma frustração à confiança da outra parte? A resposta parece ser negativa.

Conforme já mencionado, a proibição do comportamento contraditório visa à não frustração de uma legítima expectativa surgida com a realização de um ato anterior. O ato posterior não pode contrariar o primeiro ato, de modo a frustrar as legítimas expectativas surgidas com este. Desse modo, cabe verificar o seguinte: segundo a mecânica do dever de mitigar incidente em uma relação contratual, uma das partes pode incorrer em inadimplemento, de modo a acarretar dano à outra parte. Em caso de o credor não mitigar, não pode o devedor inadimplente alegar ter sido frustrado em uma legítima confiança de que a parte contrária realizaria a mitigação. O fato de o credor ter firmado o negócio jurídico com o devedor não acarreta para este a confiança de que o credor mitigaria os danos após o inadimplemento. Quem inadimpliu não pode alegar que, mesmo após o inadimplemento, mantinha uma legítima confiança de que o credor mitigaria os seus danos, sob o argumento de que a mitigação viabilizaria que as partes mantivessem a maior aproximação possível daquilo que foi, originariamente, avençado.

Explique-se: o inadimplemento é um estado patológico da relação obrigacional. O agravamento evitável dos danos daí decorrentes acarreta, via de consequência, um agravamento dos efeitos da patologia. Essa situação de piora dos efeitos da patologia acarreta um afastamento ainda maior das partes em relação ao que foi originalmente estabelecido na

obrigação originária. Em exemplo simplificado: a prestação, caso adimplida, geraria o dispêndio, por parte do devedor Caio, do montante de “X”, decorrente dos esforços normais tendentes ao adimplemento. Com o inadimplemento, acarretou-se a produção de danos inevitáveis que alcançaram o montante de “2X”. Ou seja, o simples inadimplemento já levou a que os custos do contrato passassem de “X” a “2X”. Dessa forma, caso os danos fossem mitigados, seria possível a sua reparação com o dispêndio de apenas “2X”. Ocorre que os danos não foram mitigados, de modo que, além dos danos inevitáveis, o agravamento da situação levou a que fosse agregado mais um “X”, relativo aos danos evitáveis. Assim, com esse agravamento, para que os danos sejam reparados, de modo que as partes se reaproximem do curso normal da relação obrigacional original, necessário se faz o dispêndio de “3X”. Com isso, a não mitigação levou a que as partes se afastassem ainda mais um “X” do curso da obrigação original.⁴¹³ Note-se que houve uma evolução do afastamento das partes em relação à obrigação originária: inicialmente, os custos normais do contrato se situavam em “X”; com o inadimplemento, os custos do contrato passaram a “2X”; e, por fim, com a não mitigação, os custos se elevaram a “3X”.

Após o seu próprio inadimplemento, não pode o devedor sustentar ter confiança de que o credor realizaria esforços para manter a relação obrigacional mais próxima daquilo que foi originalmente firmado. Não. Afinal, foi ele próprio, devedor, quem, inicialmente, se afastou do curso normal da relação obrigacional. Não havendo, pois, uma legítima expectativa a ser frustrada com a falta de mitigação, o dever de mitigar não se baseia na proibição de comportamento contraditório.

⁴¹³ Exemplo ilustrativo e real dessa situação é verificado no processo que deu origem ao julgado a seguir: “AGRAVO INTERNO. DIREITO DO CONSUMIDOR. SOLICITAÇÃO DE CANCELAMENTO DE CONTA CORRENTE NÃO ATENDIDA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, CLÁUSULA GERAL QUE ESTABELECE DEVERES DE CONDUTA PARA OS CONTRATANTES, DENTRE OS QUAIS SE ACHAM O DEVER DE INFORMAR E O DEVER DE O CREDOR MITIGAR SEU PRÓPRIO PREJUÍZO. ENCERRAMENTO DA CONTA-CORRENTE E DECLARAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DOS DÉBITOS POSTERIORES À DATA NA QUAL TAL PEDIDO FOI EFETUADO QUE SE IMPÕEM. [...]”(RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0302424-56.2008.8.19.0001. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgamento: 28/02/2012. Órgão Julgador: 18.^a Câmara Cível. Publicação: 02/03/2012.). No referido julgado o consumidor, com débitos ainda pendentes junto à instituição financeira, solicitou o cancelamento de sua conta-corrente, no que não foi atendido. Entretanto, nem sequer lhe foi informado o valor do débito pendente, para que pudesse saldá-lo. Com isso, seu débito, com o passar do tempo, se avolumou sobremaneira, decidindo o Tribunal que os débitos posteriores ao requerimento de cancelamento não poderiam ser computados, uma vez que a inércia da instituição financeira em promover o cancelamento acabou por fazer com que o débito ficasse ainda maior. No caso, indubitavelmente que, feito pelo cliente o requerimento de cancelamento de sua conta, foi gerado neste uma expectativa de que o débito se mantivesse em patamar próximo ao original. Não obstante, como o Banco não encerrou a conta, e nem cobrou o débito pendente, este se avolumou, afastando-se, assim, cada vez mais da situação original, as partes.

Isso não quer dizer que não haja o dever de mitigar. Em absoluto: já se sustentou que há o dever de mitigar, imposto pela boa-fé objetiva, mas esse dever, embora fundamentado na boa-fé objetiva, não se concretiza por meio do *venire contra factum proprium*, por não haver legítima expectativa do devedor que seja frustrada com a não mitigação.

No que se refere às relações obrigacionais decorrentes de ilícito extracontratual, tampouco há que se falar em legítima confiança frustrada com o descumprimento do dever de mitigar. Afinal, se mesmo no caso de haver uma relação negocial prévia essa não enseja uma legítima expectativa no devedor, quanto mais no caso em que a obrigação se origina de um ilícito extracontratual, isto é, de uma situação não antecedida de negócio jurídico.

Situação distinta ocorre no caso mencionado na alínea b), isto é, se o fato de a vítima realizar a cobrança do dano evitável implica violação da proibição de comportamento contraditório. Isso porque, quer no caso de relação contratual, quer na relação extracontratual, a inércia da vítima em mitigar o seu prejuízo gera na parte contrária a legítima confiança de que, pela reparação daqueles danos evitáveis, não será demandada.

Como foi visto alhures, a omissão que redundará na não mitigação é o fato causador do incremento dos danos. Logo, o que causa os danos evitáveis é a própria omissão da vítima em mitigá-los. Sob a perspectiva do causador dos danos originários (inevitáveis), é inconcebível que a vítima gere novos danos a si e, após, venha cobrar a reparação respectiva daquele. Se a vítima causa danos a si, nada mais natural que o causador dos danos inevitáveis entenda ser tal conduta da vítima uma simples expressão da autonomia privada e que, por conseguinte, não será demandado por aquele montante.

Evidente que havendo na legislação a previsão de prazos prescricionais para o exercício da pretensão de cobrar essas perdas e danos, em princípio o devedor deveria ter a consciência de que, naquele prazo, o credor poderia exercer a sua pretensão. Ocorre que o exercício dessa pretensão deve se resumir ao montante inevitável do dano, e não abranger o montante que poderia ser evitado com a conduta decorrente do descumprimento do dever de mitigar.

Verifica-se, assim, que a cobrança da reparação dos danos evitáveis, em face do causador dos danos inevitáveis, é indevida, por violar a proibição de comportamento contraditório.

Resta, por fim, a situação mencionada na alínea c), supra, isto é, se a alegação, por parte do causador do dano originário, da violação do dever de mitigar por parte da vítima, pode, em determinados casos, ser indeferida sob o argumento de violação à proibição de comportamento contraditório. A resposta é positiva.

Conforme já mencionado alhures⁴¹⁴, em caso de haver um fato danoso é possível que a vítima procure o agente causador para que este o repare. Uma das reações possíveis do agente causador é a de se comprometer a repará-lo. Daí, podem ocorrer, alternativamente, as seguintes situações: ou o causador do dano realiza a mitigação ou descumpre tal dever.

Em relação à primeira situação, não há problemas, já que os danos gerados serão, apenas, aqueles inevitáveis. Quanto à segunda situação, o causador do dano se compromete a repará-lo, mas não o faz. Quando o causador do dano se compromete em realizar a reparação, nada mais natural que surja a confiança, na vítima, de que os danos serão, de fato, reparados pelo causador do dano. Quando o causador do dano frustra essa confiança ocorre, indubitavelmente, uma violação de comportamento contraditório. Essa situação torna inadmissível a alegação, por parte do causador do dano em face da vítima, da violação do dever de mitigar, já que a vítima confiou na palavra empenhada pelo causador do dano. Note-se que a omissão na mitigação, no caso mencionado, somente ocorreu porque a vítima confiou na palavra da outra parte de que repararia os danos.

Assim, o causador do dano originário pode se comprometer, junto à vítima, a reparar o dano por ele causado. Isso é passível de gerar na vítima a legítima expectativa de que haverá a reparação por parte do causador. Logo, caso não haja tal reparação, fato esse a acarretar o agravamento do dano, não deve o causador alegar que o agravamento decorreu do descumprimento do dever de mitigar.

4.5 O dever de mitigar e a *tu quoque*

Na medida em que a alegação do dever de mitigar emerge, em geral, no âmbito de uma defesa do causador do dano, deve-se atentar para o fenômeno da *tu quoque*, e como ela interfere no dever de mitigar.

⁴¹⁴ Vide item 3.1.2.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a *tu quoque* consiste na “invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado”.⁴¹⁵ Logo, a parte viola uma norma e, posteriormente, a invoca em seu favor. Ensina Anderson Schreiber:

Juridicamente, o *tu quoque* vem referido como o emprego, desleal, de critérios valorativos diversos para situações substancialmente idênticas. Trata-se da fórmula jurídica de repressão ao que, no vernáculo, se resume como ‘dois pesos e duas medidas’. Assim, é comum encontrar-se alusões ao *tu quoque* naqueles casos em que uma parte, após violar uma norma, pretende exercer uma posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura.⁴¹⁶

A respeito, afirma António Menezes Cordeiro que “a fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”.⁴¹⁷ Portanto, a fórmula em questão impõe uma coerência nos critérios de análise das condutas das partes, de modo que não se deve considerar legítima a alegação de que a outra parte violou determinada regra se a própria parte suscitante também a violou.

Trata-se de um subprincípio do *venire contra factum proprium*.⁴¹⁸

O efeito mais claro do reconhecimento da aplicação da *tu quoque*, caso se entendesse por sua aplicabilidade ao dever de mitigar, seria o não reconhecimento, no caso concreto, do referido dever. Considerar-se-ia, assim, a totalidade dos danos como inevitáveis, devendo, pois, em sua integralidade, ser reparados em favor da vítima.

É de se atentar, porém, para a percuciente advertência realizada por António Menezes Cordeiro: “não é líquido, contudo e sempre a priori, que um sujeito venha eximir-se aos seus deveres jurídicos alegando violações perpetradas por outra pessoa”.⁴¹⁹ A regra do *tu quoque*,

⁴¹⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3. p.20.

⁴¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.183.

⁴¹⁷ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p.837.

⁴¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.184.

⁴¹⁹ CORDEIRO, op. cit., p.837.

assim, não é universal. Logo, é preciso analisar a sua aplicabilidade no âmbito do dever de mitigar, o que ora se passa a fazer.

A doutrina reconhece como uma das principais manifestações da *tu quoque* a exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil.⁴²⁰ Situação em que “num contrato bilateral, se uma das partes exigir da outra o cumprimento da prestação sem ter cumprido a sua, pode esta opor em sua defesa o não cumprimento pelo reclamante, deixando de prestar a sua enquanto o outro não o fizer”.⁴²¹ Aplica-se em relação às obrigações contratuais recíprocas, que possuem interdependência quanto às obrigações da parte contrária e advêm do acordo de vontades decorrentes da autonomia privada.

Resta saber se, no que tange aos deveres da boa-fé objetiva, é possível a alegação, por analogia, do art. 476 do Código Civil, ou a invocação da *tu quoque*. Isto é, é possível eximir-se dos deveres jurídicos decorrentes da boa-fé objetiva sob o argumento de que a parte contrária com ela agiu em desacordo? A resposta parece ser negativa. Em primeiro lugar, em se tratando de deveres com origem não voluntarista, não há que se falar em uma interdependência entre os deveres anexos das partes de uma relação jurídica.⁴²² Vale dizer: agir conforme a boa-fé objetiva não depende do fato de a parte contrária assim também agir.

Dessa forma, estando o dever de mitigar fundamentado na boa-fé objetiva, não se pode justificar o seu descumprimento no fato de a parte contrária não ter agido, igualmente, conforme a boa-fé objetiva. A exigência de que se aja conforme a boa-fé objetiva não é condicionada pela conduta da parte contrária de também agir conforme a boa-fé.

Daí o fato de não ser admissível, no direito brasileiro, um dos fundamentos utilizados no julgamento do processo *S.J. Groves & Sons Company, appellant v. Warner Company, julgado em 17 de abril de 1978 pela U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*⁴²³, o qual se passa a analisar, não sem antes se rememorar as circunstâncias do caso.

⁴²⁰ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o inadimplemento da do outro”.

⁴²¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.2. p.124.

⁴²² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.88.

⁴²³ Caso analisado no item 1.1.3 do presente estudo.

Conforme já visto, a empresa *American Bridge Company* foi contratada pelo Departamento de Transportes da Pennsylvania para realizar a construção de uma ponte sobre o Rio Schuylkill, na cidade de Philadelphia. Para fins de realizar o trabalho de colocação dos decks de concreto e dos parapeitos, foi subcontratada a empresa *S. J. Groves & Sons Company* que, por sua vez, contratou a empresa *Warner Company* para o fornecimento de concreto pronto.⁴²⁴ O contrato entre essas empresas foi firmado em março de 1970 e a primeira entrega de concreto ocorreu em julho do mesmo ano.

Ao longo do tempo, contudo, as entregas de concreto à *S. J. Groves* pela *Warner* começaram a atrasar de forma frequente, bem como começaram a ser realizadas em desacordo com determinadas instruções da *S. J. Groves*, instruções essas que, caso respeitadas pela fornecedora, acarretariam um acréscimo de eficiência e a possibilidade de realização do serviço no horário normal. Com os problemas verificados, a empresa *S. J. Groves* passou a ter que realizar serviços à noite, tendo que arcar com diversas horas extras de seus empregados.

Finda a obra, a *Groves* ingressou em juízo em face da *Warner*, pleiteando a reparação dos danos acarretados pelo mau serviço prestado ao longo de quase todo o tempo de vigência do contrato, em especial aqueles relativos às horas extras pagas em razão da irregularidade das entregas realizadas pela *Warner*. Esta, por sua vez, alegou que a empresa demandante não teria cumprido o seu dever de mitigar o próprio dano, já que poderia ter contratado uma terceira empresa como fornecedora suplementar, de modo a regularizar as entregas.

Diversos fundamentos levaram a que a corte entendesse que a demandante não descumpriu o seu dever de mitigar.⁴²⁵ Um desses fundamentos, contudo, em especial, não parece ser correto. Isso porque, segundo o fundamento incorreto, a providência de se contratar uma terceira empresa como fornecedora suplementar estaria à disposição tanto da *S. J. Groves* quanto da *Warner*. Vale dizer, a *Warner*, que violou a obrigação de realizar as entregas adequadamente, tinha as mesmas possibilidades, que a empresa prejudicada, *S. J. Groves*, de contratar a terceira empresa. Assim, segundo a referida decisão, não poderia a *Warner* alegar a falta de cumprimento do dever de mitigar contra a *S. J. Groves* se ela mesma, *Warner*, poderia realizar aquele ato tendente à mitigação.

⁴²⁴ S. J. GROVES & Sons Company, Appellant, v. Warner Company. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/576/524/254816/>>. Acesso em: 02 set. 2015.

⁴²⁵ Permita-se remeter ao item 1.1.3 do presente estudo, para mais detalhes acerca dos fundamentos da decisão.

Note-se que, à primeira vista, o argumento impressiona, por transmitir uma ideia de justiça: alguém não deve invocar o descumprimento por parte de seu antagonista se ele mesmo incorreu em descumprimento. Contudo, como se disse alhures, ao falar-se em dever de mitigar, está-se a falar de dever fundado na boa-fé objetiva. Se assim o é, a boa-fé objetiva de uma parte não encontra fundamento na boa-fé objetiva da outra. Não: o seu fundamento é o ordenamento jurídico como um todo, de modo que o indivíduo deve agir de acordo com ela independentemente de a parte contrária assim também agir.

Logo, o fato de o ato tendente à mitigação estar igualmente à disposição de ambas as partes não desconstitui uma eventual violação do dever de mitigar. A violação ou não do dever de mitigar, por conseguinte, deve ser verificada à luz daquilo que se entende ser uma conduta do prejudicado de acordo com a boa-fé, independentemente da conduta da parte contrária.

No caso concreto citado, pois, o dever de mitigar pode até não ter sido violado, mas por outros fundamentos que não a impossibilidade de uma das partes de invocar a sua violação se ela própria poderia ter adotado as medidas tendentes à mitigação.

4.6 O dever de mitigar e a *suppressio*

A *suppressio* ou *Verwirkung* se caracteriza por ser a “inadmissibilidade de exercício de um direito por seu retardamento desleal”.⁴²⁶ Segundo António Menezes Cordeiro, “diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.⁴²⁷

Trata-se, como o *tu quoque*, de um subprincípio do *venire contra factum proprium*, e, como tal, busca não penalizar a simples inércia do titular do direito, mas, sim, “proteger a legítima confiança despertada em terceiros”.⁴²⁸

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.185.

⁴²⁷ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p.797.

⁴²⁸ SCHREIBER, op. cit., p.190-191.

Deve-se atentar, contudo, para as condições da perda do referido direito. Isso porque o nosso direito civil disciplina, com razoável grau de detalhamento, os efeitos do tempo nas relações jurídicas⁴²⁹, particularmente com a fixação de inúmeros prazos de prescrição e decadência. Ocorre que uma das principais serventias da *suppressio* é, exatamente, temperar tais prazos, não raro bastante longos.⁴³⁰ Consequência disso é o estabelecimento de prazos variáveis, conforme o caso concreto, para que se verifique a incidência da *suppressio*.⁴³¹

Tendo-se em vista o caráter da *suppressio* como fator de proteção à legítima confiança, é preciso que a omissão no exercício do direito se revista de características tais que conduzam ao surgimento, na parte contrária, da confiança de que aquele direito não seria mais exercido. Essas características seriam os *indícios objetivos* de que fala António Menezes Cordeiro.⁴³² Logo, é preciso que o fato, concretamente considerado, se revista de determinadas características, de modo que, confrontado com o prazo legal previsto – seja ele prescricional ou decadencial – faça prevalecer a tutela da confiança, e não a segurança jurídica. Daí afirmar Anderson Schreiber que:

Assim, nas hipóteses de (i) omissão somada a comportamento comissivo inspirador da confiança; ou de (ii) omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do titular, sejam capazes de gerar a confiança de terceiros, pode se tornar aceitável a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, inclusive sob a modalidade de *Verwirkung*, mesmo na pendência de um prazo legal fixo. A efetiva ponderação, todavia, somente poderá ser feita no caso concreto.⁴³³

Portanto, para que a *suppressio* se verifique, não basta a simples omissão, mas sim essa omissão deve ser qualificada por outros fatores que conduzam à geração de uma legítima expectativa na parte contrária.

⁴²⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.185.

⁴³⁰ Ibid., p.191.

⁴³¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. p.810.

⁴³² CORDEIRO, loc. cit.

⁴³³ SCHREIBER, op. cit., p.192-193.

Diante dessas noções, cabe verificar se é possível estabelecer alguma relação entre a *suppressio* e o dever de mitigar. Para tanto, melhor recorrer a um caso concreto⁴³⁴, o qual versa sobre situação na qual a parte autora contraiu empréstimo consignado junto a uma instituição financeira. Realizado o empréstimo, a partir de determinado momento a instituição financeira, alegando extrapolação da margem consignável, deixou de descontar parte das parcelas, sem nada comunicar ao consumidor, gerando um aumento da dívida. E assim sucedeu ao longo de três anos, ao cabo dos quais a instituição financeira decidiu enviar à autora boletos de cobrança relativos à diferença não descontada, negativando o seu nome nos cadastros da SERASA e do SPC. Ou seja, durante os três anos em que permaneceu inerte, sem que o consumidor fosse comunicado a respeito, a instituição financeira deixou a dívida crescer significativamente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar o caso mantendo a sentença, entendeu que a falha na prestação do serviço teria emanado, unicamente, de conduta da instituição financeira. Segundo o órgão julgador, a inércia da instituição financeira ao longo de três anos fez nascer para a autora a legítima expectativa no sentido de estar cumprindo corretamente o contrato, razão pela qual a posterior cobrança das diferenças contrariaria a *suppressio*.

⁴³⁴ Vide a decisão a seguir: “AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO COM DESCONTO EM FOLHA. DESCONTOS REALIZADOS A MENOR, APÓS REPACTUAÇÃO DO CONTRATO. ALEGAÇÃO DE COMPROMETIMENTO DA MARGEM CONSIGNÁVEL. NEGATIVAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO DO JULGADO.1- Os elementos dos autos permitem concluir que não houve comprometimento da margem consignável, a impedir a implantação dos descontos na forma repactuada. O apelante consignou em folha os valores a menor, fato imputável apenas ao mesmo. Resta patente a falha na prestação do serviço, oferecendo o apelante a comodidade da consignação em folha sem cercar-se da devida segurança e eficiência neste serviço. 2- Descontos realizados conforme parcela originalmente contratada ao longo de quase três anos, não comprovando a parte ré ter buscado a autora para solução da questão, induzindo a mesma a crer no exaurimento do contrato de empréstimo. Legítima expectativa na manutenção das condições inicialmente contratadas. Boa-fé objetiva. Teorias da *Supressio* e da *Surrectio* que se aplicam ao caso. A primeira, consistente na limitação ao exercício de um direito subjetivo pelo decurso de prazo sem que o mesmo tenha sido exercitado, tendo como requisitos, além do lapso temporal, o desequilíbrio entre o benefício haurido pelo credor e aquele impingido ao devedor. O segundo, consistente no exercício continuado de uma situação jurídica mantida ao arrepio do convencionado ou do ordenamento jurídico, criando nova fonte de direito subjetivo, estabilizada para o futuro. Declaração de inexistência da dívida referente aos contratos entabulados.3- Negativação indevida. Abalo de crédito capaz de prejudicar a realização de outros negócios pela parte. Dano moral configurado. **Dever** de indenizar. Quantum a ser arbitrado conforme os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação ao enriquecimento sem causa. Função pedagógico-punitiva da indenização. Manutenção da verba fixada pelo juízo sentenciante. 4- Juros de mora que devem incidir a partir da data de citação, por se tratar de relação contratual. Correção a partir da data do julgado, na forma das Súmulas 362 do Superior Tribunal de Justiça e 97 do E.TJ/RJ.DESPROVIMENTO DO RECURSO”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2009.001.17109. Relator: Des. Calos Santos de Oliveira. Julgamento: 19/05/2009. Órgão Julgador: 9.^a Câmara Cível. Publicação: 28/05/2009).

Veja-se que a inércia da instituição financeira foi qualificada. Afinal, faz parte da própria natureza da sua atividade a cobrança da dívida quando é inadimplida a prestação ou o estabelecimento de tratativas no sentido de haver uma repactuação, caso constatada a dificuldade do consumidor em saldar o débito. No caso em questão, não tendo ocorrido qualquer informação por parte da instituição financeira, bem como mantendo-se os descontos da mesma maneira ao longo de três anos, a atitude da empresa se afastou tanto da conduta ordinariamente esperada que fez gerar no consumidor, de forma inteiramente legítima, a confiança de que a execução do contrato se mantinha de forma regular. Ao mesmo tempo, houve ato comissivo passível de inspirar a confiança no consumidor. Isso porque, ao se extrapolar a margem consignável, os descontos continuaram sendo realizados, ainda que com um valor inferior. Ou seja, nada mais compreensível do que o consumidor, ao ver os descontos sendo realizados, ter a confiança de que o pagamento do empréstimo esteja sendo feito corretamente. Caso típico, pois, de *suppressio*.

Por outro lado, embora isso não tenha sido mencionado na decisão, trata-se de nítido caso em que a instituição financeira não se desincumbiu do dever de mitigar o seu próprio dano. Afinal, se foi por ela constatado que os descontos vinham sendo realizados a menor em razão do limite consignável, a instituição financeira deveria ter agido no sentido de entrar em contato com o consumidor para resolver a situação. Entretanto, preferiu adotar uma conduta inercial, deixando que a dívida aumentasse significativamente ao longo de três anos.

Na situação em comento, assim, coexistem tanto a *suppressio* como a violação ao dever de mitigar. É preciso, contudo, aclarar a relação entre ambos os mecanismos jurídicos. Note-se que está incurso em deslealdade quem protela abusivamente o exercício de um direito; durante esse tempo adota uma conduta que faz nascer na parte contrária a legítima expectativa de que o direito não será exercido, mas, ao fim e ao cabo, exerce esse direito. Portanto, a existência de *suppressio* não é, propriamente, o fundamento da alegação do dever de mitigar. A relação entre ela e o dever de mitigar se dá seguinte maneira: ao falhar a vítima do dano em seu dever de mitigar, essa situação pode, sob determinadas circunstâncias, desaguar em uma situação de *suppressio*.

No exemplo em questão, foi exatamente isso o que ocorreu: a inércia da instituição financeira em envidar esforços no sentido de mitigar os danos a ela acarretados com o inadimplemento parcial fez com que fosse gerada uma situação de *suppressio*.

4.7 O dever de mitigar e a perda de uma chance

Um dos critérios mais importantes para fins de se aferir se é legítima ou não a invocação da violação do dever de mitigar é a aptidão que o ato não realizado teria para mitigar o dano. Portanto, tanto mais serão contundentes os efeitos da aplicação do dever de mitigar quanto mais for potencialmente eficaz o ato não realizado.

Isso remete à discussão acerca da perda de uma chance. Esta pressupõe:

- a) A existência de uma cadeia fática;
- b) A aptidão dessa cadeia fática para desaguar em uma vantagem esperada pelo indivíduo;
- c) A idoneidade dessa aptidão;
- d) A interrupção da cadeia fática em questão, com a perda definitiva da chance;
- e) A falta de certeza de que aquela cadeia fática, caso mantida, redundaria na vantagem esperada.⁴³⁵

Para fins de verificação de situação passível de ser indenizada pela perda de uma chance, a questão ganha relevo quando a cadeia fática, caso mantida, provavelmente conduziria à obtenção, pelo indivíduo, da vantagem esperada.

Nota-se, porém, que a utilização, acima, do termo *provavelmente*, não ocorre por acaso. Afinal, é a existência da probabilidade dessa obtenção do resultado final pretendido que determina que a situação é passível de ser submetida à aplicação da teoria da perda da chance. Concluindo-se que a cadeia causal é apta a conduzir à vantagem esperada, a interrupção dessa cadeia redundará em situação de perda da chance. Restará para fase posterior a verificação da expressão econômica dessa perda, isto é, se a perda redundará em expressão econômica viável, passível de se levar à reparação.⁴³⁶

Sempre é preciso ter em mente, ainda, que quando se fala em probabilidade de se obter a vantagem esperada, pressupõe-se uma falta de certeza quanto a essa obtenção. Vale dizer: o elemento aleatório é essencial para fins de configuração de perda de uma chance. Não houvesse a presença da álea, não se estaria a falar de perda da chance, mas sim da perda da

⁴³⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.695.

⁴³⁶ SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p.93-94.

própria vantagem esperada. Portanto, um grau de incerteza acerca da obtenção da vantagem pretendida por meio da cadeia fática é algo inerente à teoria.

A chance, contudo, não deve ser meramente hipotética, mas sim deve ser séria e real. Há, quanto ao tema, dois posicionamentos acerca do que se entenderia como chance *séria e real*. Para uns, a distinção da chance séria e real para aquela que não possui tais características não seria, propriamente, qualitativa, mas sim, quantitativa.⁴³⁷ Assim, as chances desprovidas de seriedade seriam aquelas inseridas em um contexto no qual a possibilidade de obtenção da vantagem pretendida seria deveras remota. Nesse diapasão, há autores que realizam a diferenciação entre *probabilidade* e *possibilidade* de se obter o dano final, de modo que o *provável* teria mais chances de ocorrer que o *possível*, sendo aquela, pois, passível de indenização, enquanto esta última, não.⁴³⁸

Como consequência desse entendimento, Sérgio Savi entende que a chance *séria e real* e, portanto, ressarcível, deverá ser aquela cuja probabilidade de redundar na vantagem esperada corresponda a 50% ou mais.⁴³⁹ Esse percentual mínimo, contudo, é rechaçado pela maioria da doutrina, entendendo-se que, a rigor, não há que se estabelecer qualquer percentual *a priori*, de modo que o caso concreto é que dirá se a chance em questão é passível, ou não de ressarcimento. Por exemplo, para Fernando Noronha, “se houve um fato antijurídico que causou um dano reconhecido, não se justifica que se deixe este ficar sem reparação”.⁴⁴⁰

Parece ser a melhor solução aquela que desvencilha a noção de *chance séria* do percentual de probabilidade de obtenção do ganho final, levando-se em consideração, portanto, a idoneidade de o processo causal em curso conduzir ao resultado final pretendido, como já mencionado.⁴⁴¹ Logo, não será séria aquela chance surgida em decorrência de processo causal inidôneo para produzir, por si só, a probabilidade de obtenção do benefício final. Se houver a dependência

⁴³⁷ SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Org.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p.153.

⁴³⁸ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p.58.

⁴³⁹ *Ibid.*, p.60.

⁴⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.701.

⁴⁴¹ Essa parece ser a opinião de Anderson Schreiber, quando afirma que “Em outras palavras, o normal desenrolar dos fatos conduziria ao gozo da oportunidade, que não dependia de outras condições que não as que já estavam presentes no caso concreto”. (SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p.95).

de uma nova cadeia causal, sem a qual a *chance* é uma mera esperança, não haverá chance cuja eventual perda seja ressarcível. O resultado pretendido somente ocorreria, portanto, em caso de interrupção do nexo de causalidade, com a inauguração de um segundo processo causal, já que o primeiro não seria idôneo, por si só, para acarretar os efeitos produzidos.⁴⁴² Nesses casos, não há chance séria.

Quando se fala em perda da chance, necessariamente se está referindo à situação na qual se verifica se o curso de uma cadeia causal, ao seu final, poderá, ou não, redundar em um resultado benéfico. E a perda tanto pode consistir em perda da oportunidade de obter uma vantagem esperada, como pode consistir na perda da oportunidade de se evitar a causação de um dano.⁴⁴³

A primeira modalidade acima mencionada é aquela verificada nos casos mais comuns de perda da chance, referindo-se àquelas situações nas quais o fluxo causal levará a uma situação de oportunidade de obtenção de uma vantagem, isto é, de algo benéfico. Tal fluxo, entretanto, é interrompido por meio de um ato antijurídico, a conduzir à indenização.

A segunda situação difere da primeira, sendo encontrada, por exemplo, nas situações de erro médico. Isso porque, nas referidas situações, o fluxo causal *a priori* encontrado possui o condão de conduzir, muito provavelmente, ou quase certamente, a um dano final. Não é aí, nesse caso, que se verifica a álea inerente à perda da chance. A álea se verificará (ou se verificaria) na inauguração de um novo liame causal, intercorrente, que consiste na ação de alguém (por exemplo, o prestador de serviço médico) no sentido de atuar para se evitar a causação daquele dano que, naturalmente, ocorrerá caso se mantenha incólume o fluxo causal originário.

Entretanto, nessa situação, a perda da chance se verificará na medida em que essa pessoa, que deveria atuar no sentido de se evitar o dano, não atua, ou atua mal. Ou seja, seria essa pessoa que deveria inaugurar um novo fluxo causal, agora virtuoso, mas que não o faz, impedindo-se que se tenha qualquer oportunidade de se evitar o dano final.

Note-se que, nesse caso, a álea reside no fato de que mesmo se a pessoa atuasse de forma correta, não se teria a absoluta certeza de que essa atuação seria exitosa. Afinal, lembre-se de que a cadeia causal originária, acaso não interrompida, naturalmente leva ao resultado danoso

⁴⁴² Para Caitlin Mulholland: “Quando se trata de interrupção do nexo de causalidade o que se tem é um segundo processo causal, totalmente independente do primeiro processo, que causa um dano que não teria sido causado pelo primeiro processo da forma como se deu”. (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.113).

final. Assim, não se tem quaisquer garantias de que a atuação de quem de direito vá surtir o efeito desejado. Mas a oportunidade de evitá-lo se apresenta quando há a conduta naquele sentido.

É essa segunda hipótese que interessa para o presente estudo. Afinal, a violação do dever de mitigar ocorre, exatamente, nos casos em que há um fluxo causal passível de conduzir a um dano (ou ao agravamento de um dano), que, entretanto, não é interrompido pela vítima. Vale dizer: quando o dever de mitigar é violado, o que ocorre é a inação da vítima, que leva a que aquele fluxo causal nocivo permaneça, incólume, no seu curso.

E a noção da perda da chance acaba por ter uma repercussão bastante relevante no que se refere às consequências do dever de mitigar. Isso porque, a conduta a ser exigida da vítima deve ser, em tese, eficaz para mitigar o dano. Se o ato tendente a mitigar não é realizado, jamais se saberá, com absoluta certeza, se o ato que deveria ser realizado seria eficaz. Ou seja, há a presença da álea, também, no que tange à aptidão do ato tendente à mitigação de atingir o seu objetivo.

Se há a presença da álea, pressupõe-se a noção de probabilidade. Em se falando de probabilidade, deve-se levá-la em consideração no momento de se atribuir responsabilidade pela reparação. Isso porque, como já mencionado, o efeito mais relevante do dever de mitigar é a atribuição, à própria vítima, de parte dos danos por ela sofridos. Essa parte corresponderá aos danos evitáveis. Como consequência, o causador dos danos inevitáveis não será responsabilizado pelos danos evitáveis. Isso redundará na diminuição do montante da indenização a ser paga à vítima.

Tomando-se em conta a noção de probabilidade, quanto mais provável, em abstrato, a eficácia do ato tendente a mitigar (mas não realizado), maior parcela de responsabilização será atribuída à vítima omissa. Em contrapartida, em se considerando um ato com baixa probabilidade de êxito em mitigar, menor responsabilidade será atribuída à vítima omissa.

Portanto, a probabilidade de êxito da providência não realizada, considerada em abstrato, é um dos parâmetros a serem seguidos pelo julgador por ocasião da fixação da indenização.

Atente-se, porém, para o caso em que, abstrata e alternativamente, há mais de um ato passível de ser realizado pela vítima no sentido de mitigar os seus danos, sendo razoável a opção por qualquer um deles. Nesse caso, para fins de análise da probabilidade de êxito tendente à atribuição de responsabilização e fixação da reparação, será considerado o ato escolhido. Isto é, mesmo que se entenda que, abstratamente, o ato não escolhido teria maior potencial de

⁴⁴³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.695-696.

eficácia, como foi razoável a escolha do ato realizado, então este é que será levado em consideração na análise da atribuição de responsabilidade.

Como toda situação que traz consigo o elemento álea, a fixação de um percentual abstrato de probabilidade de êxito, quanto ao ato tendente a mitigar, é bastante difícil. Nesse caso, quando o dever de mitigar não tiver sido cumprido, pode-se recorrer à técnica do arbitramento.⁴⁴⁴ Quando isso ocorrer, imperioso será que o juiz fundamente os valores arbitrados, devendo demonstrar o *iter* lógico por ele percorrido até chegar ao valor da indenização.⁴⁴⁵ Portanto, é aconselhável que o juízo, ao arbitrar a indenização, informe expressamente o valor que entenderia cabível caso houvesse a adequada mitigação, aplicando-se, sobre esse valor, o percentual de probabilidade de ser exitoso o ato tendente a mitigar, caso fosse realizado, chegando-se, por fim, ao valor da indenização a ser paga à vítima, com o devido desconto relativo aos danos evitáveis.^{446,447}

4.8 O dever de mitigar e o exercício tardio do direito de ação

⁴⁴⁴ GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na perda de uma chance*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba, 2010. p.137.

⁴⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p.100.

⁴⁴⁶ Como exemplo, tome-se um caso em que o dano final seria indenizado em R\$ 100 mil, com uma probabilidade de concretização da chance de 80%. A indenização pela perda da oportunidade será, então, de R\$ 80 mil.

⁴⁴⁷ No que se refere à necessidade de o juiz demonstrar o raciocínio que o leva a arbitrar determinado valor a título de indenização, cabe mencionar o louvável exemplo do acórdão prolatado na apelação cível 98.001.14922, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, valendo transcrever o seguinte trecho:

“Partindo-se da verba de cem salários mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes –, é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos:

- mais cem salários mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony;
- outros cem salários mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga;
- outros cem salários mínimos pela utilização de expressões como ‘perua’, ‘feia’ e ‘monstruosa’, de maior densidade de dano quando dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida; e
- outros cem salários mínimos pela importância que tem a revista Playboy, editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 98.001.14922. Relator: Nagib Slaibi Filho (Juiz Convocado). Julgamento: 09/03/1999. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível). Publicação: 23/04/1999.

Situação na qual o dever de mitigar é invocado com frequência é quando se verifica o exercício tardio do direito de ação por parte da vítima do dano. O indivíduo é vítima de um dano, porém demora a ingressar em juízo para remediá-lo. Cabe, nesse contexto, verificar se, quando a vítima exerce de forma tardia o seu direito de ação, é legítima a invocação, pela parte contrária, de uma eventual afronta ao dever de mitigar. Nesse caso, em se aceitando tal argumento, a vítima do dano não seria ressarcida dos danos que poderiam ser evitados com o ingresso, expedito, da demanda.

Tratando do tema, Daniel Pires Novais Dias divide essas situações de exercício tardio do direito de ação em duas categorias:

- a) a primeira, a dos casos nos quais a dívida resultante do descumprimento de uma obrigação é onerada com a incidência de juros de mora; e
- b) a segunda, a dos casos em que o agravamento dos danos se deve a um inadimplemento reiterado por parte do agente.⁴⁴⁸

De fato, como se perceberá adiante, as soluções conferidas a ambos os casos serão distintas no que se refere à aplicação do dever de mitigar. Entretanto, ao que parece, a categoria descrita na alínea a), acima, parece ser por demais restrita. Ou seja, as categorias apresentadas pelo referido autor deixam de abranger inúmeros casos em que a discussão acerca da aplicabilidade do dever de mitigar se impõe.

Por outro lado, ao falar-se em *descumprimento e inadimplemento*, transparece a ideia de que as situações em questão somente se referem a relações contratuais quando, na realidade, viu-se que o dever de mitigar também se aplica em casos de responsabilidade civil extracontratual.

Propõe-se, assim, a seguinte categorização, que se entende ser mais abrangente, em relação às situações de exercício tardio do direito de ação:

- a) os casos em que se verifica uma conduta reiterada por parte do causador do dano; e
- b) os casos em que é único o ato do causador do dano.

Em relação à categoria descrita na alínea a), trata-se daqueles casos em que não se verifica apenas um único ato lesivo por parte do devedor, mas sim os atos dessa natureza se repetem.

⁴⁴⁸ DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.38, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Tome-se o exemplo trazido por Flavio Tartuce, que consiste no caso “de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento”.⁴⁴⁹ Segundo o referido autor, o locador, nesse caso, teria o dever de ingressar com a demanda no menor tempo possível, para fins de cumprimento do dever de mitigar.⁴⁵⁰ *A contrario sensu*, não o fazendo, não faria jus à indenização correspondente a todo o tempo compreendido entre o momento em que a demora no ingresso em juízo deixou de ser razoável e o ingresso com a demanda de despejo. Não parece ser essa a solução.

No exemplo mencionado, o locatário deixa de pagar o aluguel relativo a determinado mês. No mês seguinte, o dano do locador é agravado em razão de um novo inadimplemento. Vale dizer: não é, propriamente, a inércia do credor que gera o acréscimo na dívida, mas sim é um novo inadimplemento. No mês subsequente, ocorre o mesmo e assim por diante. Desse modo, não há como se atribuir à inércia do locador em ingressar em juízo o acréscimo do seu dano. Não: na realidade, o que ocorre, é uma conduta reiterada por parte do devedor. São novos inadimplementos que se sucedem ao longo do tempo.

Em situações como tais, incabível a alegação pelo devedor de violação, por parte do locador, do dever de mitigar. Afinal, o que gerou o agravamento do dano foi a conduta reiterada do devedor, ao inadimplir mês a mês.

Não obstante, essa é uma situação em que, com alguma frequência, é reconhecida a violação do dever de mitigar, de modo a não se conceder a reparação, à vítima, em relação aos danos ocorridos a partir do momento em que a demora no ingresso em juízo se torna desarrazoada. Um exemplo disso foi a discussão travada na apelação 0008115-72.2009.8.19.0007, julgada no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.⁴⁵¹ No referido caso, as partes

⁴⁴⁹ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem*. p.4. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalpage=2>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁴⁵⁰ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor: esboço do tema e primeira abordagem*. p.4. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalpage=2>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁴⁵¹ Vide o seguinte acórdão, cuja ementa se passa a transcrever: “APELAÇÃO CÍVEL. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. CONTRATO VERBAL. ENTREGA DE CHAVES. ÔNUS DA PROVA. DUTY TO MITIGATE THE LOSS.1. A celebração de contrato de locação é matéria incontroversa, sendo reconhecida pela Lei de Locações a possibilidade de contrato verbal. Assim, a controvérsia paira sobre a entrega das chaves.2. Compete à ré o dever de comprovar fato extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, o que não ocorreu na hipótese. 3. In casu, o termo final do contrato é a efetiva imissão na posse do autor.4. Violação, pelo demandante, do princípio da boa-fé ao ajuizar ação um ano e meio após a cessação do adimplemento contratual. Duty to mitigate the loss. Redução de 50% na condenação.5. Recurso parcialmente provido”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio

mantinham contrato de locação do imóvel. Em determinado momento da vigência do contrato, o locador deixou de pagar os aluguéis. A ação de despejo por falta de pagamento foi ajuizada um ano e meio depois do início dos inadimplementos. Como solução, a Câmara Cível julgadora entendeu que a parte autora deixou de mitigar os seus danos, por ter considerado demasiada a demora de um ano e meio para ingressar com a ação de despejo. Em virtude disso, somente condenou o locatário a arcar com 50% dos aluguéis inadimplidos.

No referido caso, *concessa maxima venia*, não andou bem o órgão julgador. O incremento dos danos no referido caso, claramente, possui origem na conduta reiterada do réu, que, mês a mês, deixou de pagar os aluguéis. Não se verificou uma produção deliberada de danos com a inércia da vítima, mas sim se verificou uma efetiva produção de novos danos, mês a mês. A rigor, não se pode, aí, cogitar de um único dano que se agravou, mas sim de vários danos causados mês a mês.

Portanto, nesses casos, não havendo como se atribuir à inércia da vítima o agravamento dos danos, não há que ser aplicada a lógica do dever de mitigar. Em casos como tais, pode até ser verificado se há outro fundamento que permita o decote de parte da condenação. A fundamentação para tanto, porém, não será uma infringência do devedor de mitigar o dano.

Situação distinta é a hipótese mencionada na alínea b), em cima citada, isto é, aquela na qual há um único ato emanado do agente, que causa um dano à outra parte. Nesse caso, o agravamento do dano não se dá por meio de vários atos reiterados do agente. O que ocorre é que a inércia da vítima em mitigar os danos acarretará o agravamento do dano originalmente gerado. Há, portanto, um único ato base, que provocará um dano, cujos efeitos serão agravados em razão da inércia da vítima. Nesses casos, a solução é distinta daquela relativa à hipótese da alínea a): em tese, será possível a aplicação do dever de mitigar, de maneira a não deferir à vítima parte do valor que é pleiteado a título de indenização. A parte não concedida será atribuída à demora do autor em ingressar em juízo para fazer valer o seu direito.

Vale citar o exemplo da discussão travada na apelação cível 2009.022658-4/0000-00, julgada no âmbito do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.⁴⁵² No referido caso, a empresa

de Janeiro. *Apelação 0008115-72.2009.8.19.0007*. Relator: José Carlos Paes. Julgamento: 06/07/2011. Órgão Julgador: 14.^a Câmara Cível. Publicação: 08/07/2011).

⁴⁵² “EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ‘DUTY TO MITIGATE THE LOSS’ – CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO – CONTRATO DE ADESÃO – APLICABILIDADE DO CDC – REVISÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS – POSSIBILIDADE – JUROS REMUNERATÓRIOS – CÓPIA DO CONTRATO – AUSÊNCIA – APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC – MANUTENÇÃO DA LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 12% AO ANO – COMISSÃO DE

autora, administradora de cartões de crédito, ingressou em juízo com ação de cobrança de dívida de cartão de crédito. Ocorre que o inadimplemento que deu origem à dívida ocorreu em 21/08/1999, enquanto o ajuizamento da demanda somente ocorreu em 11/11/2004. Portanto, percebe-se que a credora somente ingressou em juízo mais de cinco anos após o surgimento da dívida, o que acarretou a incidência de juros e correção monetária, que elevaram significativamente a dívida.

Foi reconhecido que o credor violou o dever de mitigar o próprio dano. Independentemente da correção ou não das consequências que a decisão emprestou ao reconhecimento da violação do dever de mitigar⁴⁵³, afigurou-se correto o reconhecimento

PERMANÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA SUA COBRANÇA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS – INEXISTÊNCIA DE CÓPIA DO CONTRATO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE AFASTOU A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA – CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – PRÁTICA ILEGAL – ANATOCISMO – SÚMULA 121 DO STF – USURA – MULTA – 2% – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado *duty to mitigate the loss*, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Nos termos da súmula 297 do STJ e precedentes do Supremo Tribunal Federal, O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

O contrato de cartão de crédito é considerado de adesão, eis que resulta da padronização e uniformização das cláusulas contratuais realizadas pela instituição financeira, as quais o consumidor é obrigado a aceitá-las em bloco, em seu prejuízo.

Na esteira do entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, levando-se em consideração a situação jurídica específica do contrato, é de se admitir a revisão das cláusulas consideradas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Se os juros remuneratórios contratados excedem a taxa média de mercado, fixada pelo Banco Central do Brasil, fica autorizada a revisão contratual, eis que caracterizada a abusividade, devendo os juros serem reduzidos ao valor da taxa média de mercado.

Outrossim, quando a instituição financeira não comprova os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, demonstrando que a taxa de juros por ele cobrada não é extorsiva, mantém-se a fixação dos juros em 12%, nos termos da sentença.

Mantém-se a sentença recorrida que afastou a possibilidade de cobrança da comissão de permanência se não houver nos autos cópia do contrato, permitindo aferir se a sua cobrança foi cumulada com outros encargos.

A capitalização mensal de juros, denominada anatocismo, é prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre com o art. 13 do Decreto n.º 22.626/33, tanto que o STF editou a súmula 121, que estabelece ser vedada a capitalização de juros.

Se a sentença apenas afasta a possibilidade de cobrança da multa em percentual superior a 2%, nos termos contratado, carece o autor de interesse recursal”. (MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 2009.022658-4/0000-00. Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento: 21/09/2009. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Registro: 24/09/2009).

⁴⁵³ A sentença, mantida pela decisão em comento, como consequência do reconhecimento da violação do dever de mitigar o dano por parte do credor, definiu que, conforme trecho extraído do relatório do acórdão: “Ante a inércia da instituição financeira e em face da aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*, no interregno temporal de 21/08/1999 a 11/11/2004 o quantum debeatur não deverá sofrer qualquer correção (seja no tocante a juros, correção monetária e/ou multa moratória). A partir da propositura da demanda, outrossim (sic), ou seja, a partir de 12 de novembro de 2004 até a data do efetivo pagamento, deverão incidir, novamente, juros no percentual de 1% ao mês, correção monetária pelo IGPM/FGV e multa de 2% dois pontos percentuais”. Em que pese a correção no reconhecimento da violação do dever de mitigar, os efeitos emprestados a ele não parecem ser corretos. Isso porque as conclusões a que se chegou foram inteiramente arbitrárias. Afinal: a) em relação à exclusão da correção monetária, isso se afigura indevido, visto que ela não representa um

daquela violação. No caso em questão, houve um único fato jurídico base – inadimplemento do pagamento da fatura do cartão de crédito – que acarretou o dano originário ao credor. A inércia deste, porém, levou a que se verificasse um expressivo aumento da dívida, em razão da incidência das verbas acessórias e do longo tempo de reação do credor no sentido de cobrar, judicialmente, a dívida.

Veja-se a diferença entre o caso ora em comento e o caso anteriormente analisado: no caso relativo aos aluguéis, a cada mês era verificado um inadimplemento por parte do locatário; já no caso ora analisado, o inadimplemento foi um único.

No caso dos aluguéis, o agravamento do prejuízo se deu em razão da soma do produto de vários inadimplementos; já no caso ora analisado, o agravamento do dano se deu por decorrência do único inadimplemento verificado. Os danos se avolumaram em razão de verbas cuja incidência se deu sobre o dano causado por aquele inadimplemento único.

Como essas diferenças repercutem no que se refere ao dever de mitigar? No caso dos aluguéis, o devedor, ao inadimplir em determinado mês, causa um dano ao credor. Ocorre que, no mês seguinte, novamente o devedor incorre em inadimplemento. Disso resulta que a causa da inflação dos danos não é a inércia do devedor, mas sim, os reiterados inadimplementos.

Ora, em caso de o locatário inadimplir por um mês, não é razoável que, de plano, já se exija do locador o ingresso em juízo com uma demanda de cobrança cumulada com despejo. Nesse caso, o tempo de reação esperado não é inferior a um mês. Isso por diversos motivos: não se sabe se o locatário saldará a dívida; podem ser feitas tentativas de cobrança extrajudicial; há o tempo natural para se encontrar um advogado de confiança para patrocinar a causa e etc. Enfim, não há razoabilidade em se exigir que o locador ingresse com a demanda, necessariamente, em prazo inferior a um mês.

Dito isso, comprova-se que não há omissão desarrazoada do credor, causadora do agravamento dos danos. Logo após um inadimplemento, já se incorre em um novo, razão pela qual não há que se atribuir o agravamento do dano à conduta omissiva do credor.

No caso do cartão de crédito, a questão é distinta: como houve, apenas, um único inadimplemento, isto é, como houve, apenas, um único ato do devedor, que causou o dano, o agravamento do dano não pode ser atribuído a ele, mas sim ao credor. Quedando-se omissivo o credor em mitigá-los, deve ser atribuído à sua inércia, pois, o agravamento dos danos.

acrécimo, mas apenas a recomposição do valor da moeda; e b) a exclusão de todo e qualquer acréscimo no período de atraso também se afigura indevida, na medida em que se deve levar em consideração que, mesmo

Percebe-se ser inteiramente desarrazoado que uma administradora de cartão de crédito, que vive dos pagamentos de seus clientes, mantenha-se inerte no que se refere à cobrança do seu crédito. Afigura-se, assim, no referido caso, a violação, por parte do credor, do dever de mitigar. Nota-se que as circunstâncias fáticas que envolvem o caso propiciam a que seja atribuída à inércia do credor o agravamento dos danos. Isso não ocorre no que se refere ao caso dos aluguéis, já que o fato de haver uma reiteração na conduta do devedor faz com que nem sequer haja tempo hábil para a inauguração de uma nova cadeia causal que redunde no agravamento dos danos.

Portanto, ao se analisar as hipóteses de aplicação do dever de mitigar em casos de exercício tardio da ação, deve ser analisado não apenas se há a demora da vítima do dano em ingressar em juízo para mitigá-lo, mas sim se essa demora foi apta a inaugurar uma nova cadeia causal. Somente se a resposta for positiva é que será possível cogitar-se acerca da relação causa-efeito entre a conduta omissa e o agravamento dos danos. Viu-se que, quando a conduta do causador do dano é reiterada, a eventual demora da vítima em ingressar em juízo não é apta a ensejar uma nova cadeia causal apta a agravar os danos. A causa do agravamento dos danos, por conseguinte, será cada ato reiterado emanado do causador do dano.

4.9 O dever de mitigar no âmbito de um processo judicial

A não adoção de determinado ato processual é passível de ensejar a invocação da violação do dever de mitigar. Diferentemente da hipótese tratada no item anterior, o caso ora em comento se refere ao dever de mitigar relativo à conduta da pessoa em processo judicial já em curso. Trata-se da situação na qual a parte é litigante em processo judicial e deixa de realizar determinado ato processual que, em tese, teria aptidão para beneficiá-la.

Uma situação bastante corriqueira é aquela na qual se verifica uma recalcitrância do devedor em cumprir a sua obrigação. Conforme se infere do art. 461, § 5.º do CPC/1973⁴⁵⁴ e do

nos casos em que o dever de mitigar não é violado, há um tempo razoável de reação entre o surgimento do prejuízo e a adoção das medidas tendentes a mitigá-lo.

⁴⁵⁴ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
[...]

art. 536 do CPC/2015⁴⁵⁵, nesses casos há a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Cite-se, como exemplo, o caso no qual duas empresas celebraram contrato de franquia para uso de equipamentos e comércio de produtos de depilação.⁴⁵⁶ Para que a empresa franqueada pudesse desempenhar sua atividade, recebeu da franqueadora um kit de produtos e material para comercialização. Dentre os aparelhos fornecidos à franqueada pela franqueadora, encontrava-se um equipamento de depilação que, entretanto, não teve a sua utilização autorizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Em razão da proibição da utilização do aparelho fornecido, a franqueada ingressou com demanda para que a franqueadora o substituísse, em igualdade de condições, por outro, que viabilizasse a sua atividade, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela.

§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

⁴⁵⁵ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente”.

⁴⁵⁶ “Contrato de franquia. Obrigação de fazer. Tutela antecipada. Descumprimento. Como é cediço, o parágrafo 1.º do artigo 461 do Código de Processo Civil dispõe que a obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer, ou ainda, se tornar-se impossível a tutela específica ou o resultado prático correspondente. O parágrafo 5.º do mencionado dispositivo, por sua vez, permite ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário, com requisição de força policial, para fins de efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Vale ressaltar o caráter não-exauriente da enumeração contida no mencionado dispositivo, cabendo ao magistrado, segundo seu prudente arbítrio, a escolha das medidas que melhor se harmonizem às peculiaridades de cada caso concreto. No caso em análise, o Juízo determinou a substituição do aparelho de depilação por outro em iguais condições e que possuísse autorização da ANVISA para funcionamento. A agravada não cumpriu a determinação, razão pela qual foi prolatada a decisão no sentido de garantir a obtenção do resultado prático equivalente, na forma do que dispõe o parágrafo 5.º do artigo 461 do CPC. Melhor sorte não assiste à recorrente no que tange à alegação de nulidade da citação. De fato, em se tratando de pessoa jurídica, aplica-se a teoria da aparência, segundo a qual é válida a intimação realizada na pessoa de empregado pertencente ao quadro de pessoal da empresa, mesmo que este não tenha poderes para representá-la. Na hipótese dos autos, verifica-se que o mandado de citação via postal foi recebido por funcionária da empresa que assinou o aviso de recebimento e após sua matrícula. Também não procede a alegação de necessidade de extinção do feito em razão da existência de compromisso arbitral no contrato. De fato, a cláusula contratual que prevê a atuação arbitral ainda não foi objeto de apreciação pelo juízo de primeiro grau, que se limitou a analisar o pedido de antecipação de tutela. Assim, considerando que se trata de matéria de cognição exauriente, deve-se aguardar a instrução probatória e a manifestação do juízo de primeiro grau a fim de não configurar a supressão de instância. Recurso ao qual se nega seguimento”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0063013-85.2011.8.19.0001. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Publicação: 17/04/2012).

Uma vez concedida a tutela, a empresa franqueadora não a cumpriu, deixando de realizar aquela substituição. No caso real do qual se extraiu esse exemplo, diante da omissão da franqueadora em cumprir a tutela antecipada, o juízo determinou, nos termos do art. 461, § 5.º do CPC/1973, a conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. Ato contínuo, determinou a penhora *on-line* das contas da franqueadora, de modo a conferir efetividade à decisão judicial.

Modificando-se um pouco o caso noticiado, suponha-se que o juízo, a despeito de ter concedido a tutela antecipada, tenha se omitido em determinar, de ofício, a penhora nas contas da franqueadora. No caso, a tutela antecipada não se teria efetivado, causando-se danos à franqueada, já que impedida de exercer a sua atividade.

Note-se, nesse exemplo, que a franqueadora teria à mão instrumento processual, em tese, bastante eficaz para fins de fazer efetiva a decisão antecipatória de tutela. Afinal, bastaria requerer ao juízo, com base no art. 461, § 5.º do CPC/1973 e 536 do CPC/2015, a penhora *on-line* das contas da franqueadora, de modo a possibilitar o recebimento de dinheiro quer tendente a pagar as despesas da franqueada, quer tendente a custear a compra de aparelho que possibilitasse o desempenho de sua atividade.

Feito o requerimento nesse sentido, estar-se-á cumprindo o dever de mitigar. Não o fazendo, contudo, haverá o descumprimento. Assim, eventuais agravamentos do dano decorrente da inatividade da franqueada, e que poderiam ter sido mitigados com o requerimento de penhora *on-line*, não serão atribuídos à franqueadora, mas sim à própria franqueada, que não lançou mão de instrumento processual que poderia, muito provavelmente, tornar efetiva a tutela antecipada.

Nota-se, assim, que a violação do dever de mitigar pode, em tese, ser alegada em razão de não realização de ato processual apto a mitigar os efeitos do dano.

E a referida situação se espraia para os casos em que são fixadas *astreintes*. Portanto, se, no exemplo dado: a) houvesse inadimplemento; b) fosse fixada multa diária para o caso de descumprimento; e c) a parte prejudicada nada mais fizesse no sentido de efetivar a decisão, a violação do dever de mitigar poderia ser alegada em relação à incidência da multa.

Há situações, porém, em que tal alegação não é cabível. Tome-se o mesmo exemplo acima. Porém, em lugar de se verificar uma omissão do juízo em determinar as medidas tendentes a tornar efetiva a antecipação de tutela, o que se verificou foi o indeferimento, expresso, por parte do juízo, da adoção da referida medida.

Suponha-se, ainda, que, diante da decisão de indeferimento, o franqueado tenha se quedado inerte, sem interpor o recurso cabível. Nesse caso, em havendo o agravamento dos

danos, esse poderia ser atribuído ao franqueado, apenas porque não interpôs o recurso cabível? A resposta parece ser negativa.

E qual a razão? O agravamento deve ser atribuído ao próprio franqueador, agravamento esse reforçado pela decisão judicial. Note-se que, no exemplo, a parte autora chegou a realizar o requerimento de bloqueio, que, no entanto, foi indeferido pelo juízo. Portanto, apenas remotamente o agravamento do dano poderia ser atribuível à parte que não recorreu, já que, além da omissão do devedor, os efeitos desta já foram potencializados com decisão de indeferimento da medida tendente a mitigar.

No caso em que o indivíduo não ingressou com o requerimento de penhora *on-line*, o deferimento dessa dependia do juízo. Porém, não havia qualquer decisão anterior em sentido contrário. Requerer a penhora *on-line*, assim, teria um potencial de eficácia, pois, muito maior. Já nesse último exemplo, ainda que a parte ingressasse com o recurso, a mitigação do dano ainda dependeria da reforma de uma decisão judicial. Ou seja, já haveria duas forças, somadas, contrárias à mitigação: a própria omissão do devedor, somada essa à decisão de indeferimento da medida apta a mitigar. O recurso, caso ajuizado, ainda teria que romper aquelas duas forças somadas, não podendo ser estabelecido um liame causal entre a omissão em recorrer e o agravamento dos danos, nos termos do art. 403 do Código Civil.

4.10 O dever de mitigar e a internet

Campo extremamente fértil para a invocação do dever de mitigar é o ambiente virtual, notadamente a internet. E não poderia ser diferente, na medida em que se vive uma era de imenso fluxo de informações, proporcionado, principalmente, pelo desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas, a permitir a circulação de uma enorme quantidade de dados, com grande velocidade e a custo relativamente baixo. Trata-se da chamada *Revolução da Mídia*. Para Anderson Schreiber:

[...] a sucessão de avanços tecnológicos ligados à internet, à telefonia celular e à cultura digital não tem apenas ampliado o alcance dos meios tradicionais de comunicação, mas tem resultado na abertura de espaços inteiramente novos para o intercâmbio de informações e ideias. Em todo o planeta, especialistas registram o crescimento de um ‘movimento internacional de jovens ávidos para experimentar,

coletivamente, formas de comunicação diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem.⁴⁵⁷

Portanto, o que se verifica é que qualquer conteúdo incluído na rede, em pouco tempo, passa a ser acessível a milhões de pessoas. Daí, por exemplo, ser possível a chamada *viralização* de determinados conteúdos, com rápida disseminação a milhões de usuários. Trata-se da *sociedade da informação*, que “é a alcunha dada a essa alteração/intercâmbio no fluxo das informações e dos capitais, por meio do uso da internet, que acarreta uma uniformização de ideias e procedimentos em nível universal”.⁴⁵⁸

Ocorre que, ao lado do fascínio causado por esse fenômeno nas comunicações, significativos riscos surgem, por ser, não raro, incontrolável a repercussão de certos conteúdos. Daí se afirmar que “os extraordinários benefícios trazidos por esta genuína ‘revolução’ talvez só sejam comparáveis, em magnitude, aos riscos que derivam de todo este novo instrumental tecnológico e da exploração ainda incontrolada destas novas fronteiras”.⁴⁵⁹ Vale dizer: “se por um lado a internet radicalizou a liberdade de expressão, por outro colocou sob ameaça direitos fundamentais e da personalidade, como a privacidade”.⁴⁶⁰

Logo, acontecimentos cujo conhecimento se restringia a um grupo diminuto, hodiernamente passam a ter o potencial de ser conhecidos por milhares (quicá milhões) de pessoas. Diversos são os exemplos de mensagens ofensivas, perfis falsos, divulgação não consentida de imagens de nudez, dentre outras situações passíveis de causar danos aos direitos da personalidade dos envolvidos.

Portanto, diante dessa capacidade de disseminação desenfreada de conteúdo, não será eficaz a simples visão tradicional de responsabilidade civil, como um remédio a ser utilizado, meramente, de forma reativa. Há a necessidade da criação de mecanismos jurídicos que impeçam ou, ao menos, dificultem a disseminação do conteúdo, minimizando-se, por conseguinte, os danos causados à vítima.

No caso brasileiro, a regulamentação do mecanismo jurídico tendente a proteger a pessoa prejudicada com a circulação de conteúdo na internet adveio da Lei n.º 12.965 de 23

⁴⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p.11.

⁴⁵⁸ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.20-21.

⁴⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. Direito e mídia. In: *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p.12.

⁴⁶⁰ FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p.240.

de abril de 2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet. Referida lei somente trata expressamente da responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Portanto, pode-se dizer que existem duas disciplinas de responsabilidade civil aplicável à internet: uma, a disciplina geral, incidente quando o próprio ofensor é o gerador do conteúdo; a outra, uma disciplina específica, constante dos arts. 18 a 21 da Lei, que trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Quanto à disciplina geral, aplicada à pessoa que gera o conteúdo, a questão não oferece maiores dificuldades, aplicando-se os arts. 186 e 927 do CC/02. Assim, deve ser responsabilizado civilmente aquele que gera o dano.

Portanto, de acordo com os arts. 186 e 927, deve o gerador do conteúdo avaliar os riscos da divulgação do material, verificando se vale a pena a sua divulgação. E isso independentemente de decisão judicial ou notificação administrativa.

Mais específica, porém, é disciplina da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, prevista expressamente na Lei n.º 12.965/14 em seus arts 18 a 21.⁴⁶¹

⁴⁶¹ “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1.º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2.º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5.º da Constituição Federal.

§ 3.º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4.º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado

Analisando-se os referidos dispositivos, observa-se que o legislador, seguindo a diretriz apontada no caput do art. 2.º, isto é, de conferir primazia à liberdade de expressão, estabeleceu um regime protetivo em favor do provedor de aplicação no art. 19, considerando-o civilmente responsável por conteúdo gerado por terceiros somente na hipótese de, “após ordem judicial específica, não tomar providências para, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

Portanto, a responsabilização do provedor de aplicações por conteúdo gerado por terceiros, à luz do art. 19, depende de decisão judicial específica, não bastando mera notificação extrajudicial promovida pelo interessado. As exceções são os casos previstos no art. 21 e o caso de direito do autor, conforme o § 2.º do art. 19.

Como isso repercute no dever de mitigar? No caso do art. 19, isto é, quando se tratar de responsabilidade por conteúdo produzido por terceiros, na relação entre provedor de aplicações e vítima o dever de mitigar não parece ter grande influência, na medida em que a responsabilização do provedor somente se dará em caso de descumprimento de decisão judicial. Logo, a parte, necessariamente, deverá ingressar com a demanda. Se ela ingressa em tempo razoável ou não, isso de nada importa, já que uma possível responsabilização do provedor só se verificará em momento posterior, isto é, por ocasião de um descumprimento da decisão que determina a exclusão do conteúdo. Quanto ao período anterior a isso, porém, a parte não poderá pleitear indenização em face do provedor.

Mas a relação entre a vítima e o provedor não é a única: também deve ser levada em consideração a relação jurídica existente entre o produtor do conteúdo e a vítima. Nesse caso, a questão do dever de mitigar pode apresentar significativas influências. Isso porque, conforme já dito, a responsabilidade daquele que gera o conteúdo se dá nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, e não nos termos do art. 19 do Marco Civil da Internet.

Suponha-se o caso no qual Caio gere conteúdo danoso em relação a Tício. Tício, por sua vez, em vista do disposto no art. 19, ingressa em juízo contra o provedor de aplicações, sem promover uma notificação extrajudicial prévia. Ocorre, contudo, que é inerente ao curso do processo judicial a existência de um lapso de tempo compreendido entre o ajuizamento da

quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”.

demanda e a intimação do provedor de aplicações da decisão, caso seja concedida a liminar prolatada. Por outro lado, o próprio ingresso com a demanda pode levar algum tempo, já que é necessária a contratação de um advogado e a confecção da petição inicial.

Note-se que, em se tratando de conteúdo veiculado na rede mundial de computadores, um pequeno lapso de tempo pode acarretar danos enormes, em virtude da rapidíssima difusão do conteúdo.

Pois bem: o provedor, intimado da decisão, imediatamente a cumpre, excluindo, prontamente, a veiculação do material. Ocorre que danos já haviam sido causados a Tício, razão pela qual ele ingressa com ação, com requerimento de indenização em face de Caio. Citado Caio, haveria viabilidade, em tese, de que este suscitasse a violação, por parte de Tício, do dever de mitigar o próprio dano, relativo à inexistência de notificação extrajudicial (providência muito possivelmente mais célere que o ajuizamento da demanda) do provedor de aplicações? A resposta é positiva. Explica-se.

O art. 19 menciona que a responsabilização do provedor de aplicações somente se dará em caso de descumprimento de decisão judicial. Isso não impede, porém, que uma pessoa que se sinta prejudicada notifique, extrajudicialmente, o provedor, para que interrompa a veiculação do material. Vale dizer: Tício poderia, sem prejuízo do célere ingresso com a demanda judicial, notificar extrajudicialmente o provedor, dando a este a ciência de que havia conteúdo danoso cuja veiculação deveria cessar. Nada impediria que o provedor, constatando a lesividade do conteúdo, impedisse a sua veiculação, independentemente de decisão judicial.

Portanto, o que se quer dizer é que danos ocorridos dentro do lapso temporal relativo à demora inerente à decisão judicial poderiam ser evitados caso a parte prejudicada conferisse ciência ao provedor, por meio de notificação extrajudicial, da lesividade do conteúdo, o que poderia levar o provedor de aplicações a interromper a sua veiculação. Na falta dessa notificação, o provedor, não tomando conhecimento do conteúdo danoso, nada fará para obstar a sua veiculação.

Logo, no exemplo mencionado, Caio poderia se defender alegando que Tício violou o dever de mitigar ao não notificar extrajudicialmente o provedor, o que levou a que os danos se agravassem até o momento do cumprimento da decisão judicial.

Evidentemente que outras questões de ordem fática poderiam interferir no sucesso da alegação. Por exemplo, pode ser que o provedor em questão tenha um histórico de atender às solicitações extrajudiciais ou não. Em caso positivo, a alegação de violação do dever de mitigar teria maiores chances de êxito. De qualquer modo, independentemente das minúcias do caso, a alegação de violação, nesses casos, é, em tese, possível.

Portanto, para que a mitigação seja feita, o prejudicado não deverá se restringir ao ingresso com a demanda judicial. Deve, isso sim, ingressar com a notificação extrajudicial o quanto antes, caso seja possível, sem prejuízo do ingresso, também o quanto antes, da demanda judicial. Vale dizer: não deve o prejudicado se fiar, somente, no ingresso com a demanda judicial se havia a possibilidade de, sem prejuízo dessa, notificar extrajudicialmente o provedor de aplicações, o que acarretaria um possível resultado favorável mais célere.

Há de ser feita, ainda, uma observação com relação às hipóteses do art. 21 da Lei n.º 12.965/14. Isso porque, no referido dispositivo, excepcionando-se a lógica do art. 19, adotou-se a solução do *notice and take down*⁴⁶² para os casos de divulgação de material contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado. Isto é, os casos previstos no art. 21 prescindem de decisão judicial descumprida para que ocorra a responsabilização do provedor de aplicações. Logo, se, notificado extrajudicialmente, o provedor de aplicações não retira de circulação o conteúdo ofensivo, será responsabilizado, subsidiariamente, pelos danos daí decorrentes.

No caso do art. 21 do Marco Civil, portanto, a vítima, para mitigar o seu dano, deverá, tão logo possível, promover a notificação extrajudicial do provedor de aplicações, para que este retire de circulação o conteúdo ofensivo.

À míngua de notificação, ou essa tendo sido promovida de forma injustificavelmente lenta, quer o autor do conteúdo (responsável primário), quer o provedor de aplicações (responsável subsidiário), pode alegar a violação do dever de mitigar, eximindo-se, pois, da responsabilidade pelos danos evitáveis.

Há de se atentar, ainda, para o parágrafo único do art. 21 do Marco Civil, que se refere aos elementos que a notificação extrajudicial deve conter, de modo a permitir a individualização e detecção do conteúdo ofensivo. Se, a despeito de ter ocorrido a notificação, essa não contiver os elementos necessários à individualização daquele conteúdo, será adequada a alegação de

⁴⁶² Segundo Anderson Schreiber, “Consagrada no Digital Millenium Copyright Act, a doutrina norte-americana do *notice and take down* foi concebida para lidar especificamente com conflitos de natureza autoral. Em linhas gerais, a doutrina do *notice and take down* cria uma exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores de serviço (*service providers*) que atenderem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Com a notificação, o controvertido dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma obrigação específica de agir, que, se atendida, isenta o provedor de responsabilidade”. (SCHREIBER, Anderson. *Twitter, Orkut e Facebook: considerações sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de perfis falsos nas redes sociais direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.225).

violação do dever de mitigar. Portanto, para que haja a mitigação, não basta a promoção da notificação, mas sim ela deve ocorrer nos termos do parágrafo único do art. 21.

5 ANÁLISE JURIPRUDENCIAL ACERCA DO DEVER DE MITIGAR

5.1 Considerações gerais

Diante da plethora de julgados nos quais foi invocado e aplicado o dever do credor de mitigar o próprio dano, evidentemente que não será possível a análise minuciosa de todos eles. Entretanto, alguns merecem atenção, já que: a) repercutem em outros julgados (o que ocorre, particularmente, com aqueles prolatados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça); b) exemplificam em que situações e em que condições os tribunais têm aplicado os efeitos do dever de mitigar; e c) demonstram a má utilização do dever de mitigar.

Por outro lado, assenta-se que não serão analisados os casos de invocação do dever de mitigar em matérias de direito e processo penais, já que essas fogem do âmbito de estudo do presente trabalho.

5.2 O Recurso Especial 758518/PR: a utilização do dever de mitigar em caso de exercício tardio do direito de ação

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 758518/PR⁴⁶³ merece ser comentado pelo fato de ter sido uma espécie de precursor da utilização do dever de mitigar

⁴⁶³ Ementa: “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO.OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento

no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, remontando sua prolação ao ano de 2010. O julgado em questão teve o mérito de reconhecer a aplicabilidade, no ordenamento brasileiro, do dever de mitigar.

Isso nos leva à seguinte indagação: a utilização do dever de mitigar no referido julgado se deu da maneira adequada? Vale dizer: ao aplicar o dever de mitigar, no referido caso, o Superior Tribunal de Justiça laborou com acerto? A resposta parece ser positiva, embora devam ser feitas algumas ressalvas com relação à fundamentação.

Aos fatos. O caso em questão se refere à situação na qual foi celebrada promessa de compra e venda de imóvel. O promitente-comprador deixou de pagar as prestações devidas, situação que perdurou por sete anos, abandonando o imóvel em setembro de 2001. Ressalte-se que o próprio promitente-vendedor situou nos autos que o abandono do imóvel, por parte do promitente-comprador, teria ocorrido na referida data. Pois bem: diante disso, cerca de um ano após o abandono, isto é, em 17 de outubro de 2002, o credor realizou a defesa de seu patrimônio, ao ingressar com ação de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização.

Como solução do caso, o Tribunal de Justiça do Paraná, em julgado confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, reconheceu que o promitente-vendedor ficou indevidamente privado do uso da unidade desde o momento em que o promitente-comprador deixou de pagar as parcelas para a aquisição do imóvel. Não obstante, ao fixar a indenização, excluiu do seu cômputo o ressarcimento relativo a um ano de privação de uso.

Pois bem: de fato, verificou-se, no caso, a violação do dever de mitigar o próprio dano por parte da promitente-vendedora. Afinal, demorou, em demasia, a ingressar em juízo para estancar a escalada de seu prejuízo. Ocorre que, ao contrário do que restou consignado no fundamento do acórdão em comento, o relevante para a configuração do dever de mitigar não foi a inércia de sete anos, correspondente ao período em que o devedor ocupou o imóvel sem pagar as prestações. Não: aqui, tal como já mencionado no presente trabalho⁴⁶⁴, tratou-se de caso no qual se verificou, ao longo daqueles sete anos, uma conduta reiterada do promitente-

significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).6. Recurso improvido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 758.518-PR*. Relator: Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Julgamento: 17/06/2010. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJe: 28/06/2010).

⁴⁶⁴ Vide item 4.8.

comprador no sentido de, apesar de ocupar o imóvel, não pagar as parcelas estabelecidas na promessa de compra e venda. Vale dizer: ocupava o imóvel, mas, a despeito disso, inadimplia, mês a mês, com a sua obrigação de pagar as parcelas. Com isso, a conduta do promitente-comprador era reiterada, mês a mês, de modo que, durante o referido período, a causa dos danos sofridos pelo promitente-comprador era a referida conduta reiterada. Não se pode, assim, atribuir à inércia do promitente-vendedor a causa pelos danos relativos ao referido período.

A situação, contudo, mudou de figura por ocasião do abandono do imóvel por parte do promitente-comprador. O que era uma conduta sua reiterada, de ocupação do imóvel acompanhada do inadimplemento mensal, deixou de sê-lo. Afinal, abandonou o imóvel, demonstrando cabalmente que não mais tinha o interesse em honrar a promessa de compra e venda. Assim, verificou-se o rompimento do contrato, em ato único, o que demandaria uma conduta da parte contrária, no sentido de mitigar o seu dano.

Não obstante, a promitente-vendedora se quedou inerte por mais um ano, de modo que, somente ao cabo desse período, ingressou com a ação de reintegração de posse cumulada com a indenizatória. E a razão de o acórdão do Superior Tribunal de Justiça ter solucionado bem o caso foi exatamente o fato de ter excluído da indenização o valor correspondente à privação de uso por um ano, isto é, o período correspondente ao lapso temporal compreendido entre o abandono do imóvel e o ingresso com a demanda referida, por meio da qual o promitente-vendedor, enfim, defendeu o seu patrimônio.

Note-se, porém, que na fundamentação, o Relator empresta relevância a fato aparentemente irrelevante para a fixação da indenização. Isso ocorre ao ser feita menção ao período de sete anos dentro do qual o promitente-comprador ocupou o imóvel sem pagar as prestações devidas.⁴⁶⁵ Ora, fosse relevante a inércia de sete anos para fins de fixação da indenização, deveriam ter sido excluídos desta os valores correspondentes aos sete anos de inércia e não, como ocorreu, os valores correspondentes a, somente, um ano. Felizmente, apenas foram considerados, para fins de exclusão da indenização, os valores correspondentes àquele um ano, o que se afigurou correto.

⁴⁶⁵ Nota-se isso do seguinte trecho, *in verbis*: “Desse modo, verifica-se que a recorrente descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano”.

Por fim, deve-se atentar para o fato de que o julgado em questão, ao excluir da indenização parte do período em que a vítima ficou privada da utilização do imóvel, menciona que tal exclusão seria uma penalidade pela conduta em inobservância da boa-fé.⁴⁶⁶

De início, tal como já verificado no presente trabalho, em que pese ser a violação do dever de mitigar uma espécie de violação da boa-fé objetiva, ao se quantificar a indenização no caso concreto deve-se partir para uma análise do nexu causal. Com isso, estabelece-se um momento a partir do qual os danos gerados passam a ser considerados evitáveis. Dessa forma, o nexu causal desses danos evitáveis será estabelecido com a omissão da vítima, e não com o ato do agente. Logo, o estabelecimento da indenização se dá mediante uma consideração acerca do nexu causal, e não em razão de uma punição. No caso concreto, a exclusão, do montante indenizatório, do valor correspondente ao período de um ano, se deveu ao fato de que o dano relativo ao referido período foi gerado pela indevida omissão da própria vítima. Não se deveu, pois, a uma punição.

E não poderia ser diferente, na medida em que, apesar do posicionamento doutrinário de alguns, não se constata no ordenamento brasileiro uma autorização da função punitiva da responsabilidade civil.⁴⁶⁷

Demonstra-se, pois, que, apesar de a solução conferida ao caso concreto estar adequada, isto ocorreu quase por acaso, já que não se verificou a devida compreensão do dever de mitigar.

⁴⁶⁶ Confira-se o seguinte trecho, *in verbis*: “Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela corte originária”.

⁴⁶⁷ É o que se depreende do ensinamento de Maria Celina Bodin de Moraes: “Apesar do posicionamento doutrinário e jurisprudencial nesta matéria, não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais. Ao contrário, o instituto dos chamados (erroneamente) ‘danos punitivos’ foi, por diversas vezes, rejeitados pelo legislador nacional”. (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.346).

5.3 O Recurso Especial 1.325.862/PR: a utilização do dever de mitigar em relação a dano surgido no âmbito de um processo judicial

A decisão prolatada no Recurso Especial 1.325.862/PR⁴⁶⁸ merece ser comentada por se tratar de uma das poucas do Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria no âmbito do direito e processo civis. Além disso, indica como a jurisprudência poderá se firmar em casos nos quais se alega o surgimento de um prejuízo no âmbito de um processo judicial, bem como qual conduta o Judiciário espera seja adotada pela suposta vítima.

Pois bem. Em um determinado processo judicial, o Estado do Paraná ingressou com embargos à execução, os quais foram julgados improcedentes. Por ocasião da publicação da

⁴⁶⁸ Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA PUBLICADA ERRONEAMENTE. CONDENAÇÃO DO ESTADO A MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INFORMAÇÃO EQUIVOCADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA EM FACE DA SERVENTUÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. DANO MORAL. PROCURADOR DO ESTADO. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DO **DUTY TO MITIGATE THE LOSS**. BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO.

1. O art. 37, § 6.º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ. 3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalcitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador. 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do **Duty to mitigate the loss**, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. 5. Recurso especial não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp*. 1.325.862-PR. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJe.: 10/12/2013).

referida decisão, constou, indevidamente, da sua súmula, que, além da improcedência, o Estado teria sido condenado por litigância de má-fé. Na realidade, a litigância de má-fé não fora reconhecida na sentença de improcedência.

Posteriormente, o Procurador do Estado atuante no caso ingressou com ação indenizatória em face da serventúria de justiça que fizera publicar, erroneamente, a súmula com a informação de condenação em litigância de má-fé. O advogado público alegou que foi atingido em sua honra pessoal e profissional em razão daquela erronia, de modo que visou à compensação pelos danos morais que alega ter experimentado.

O acórdão em comento, prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, afastou o pleito indenizatório. Isso porque considerou que a publicação equivocada teria acarretado, no máximo, mero aborrecimento, não passível de gerar dano a ser indenizado.⁴⁶⁹ Além do referido fundamento, considerou-se, na decisão, que o advogado público não teria cumprido o seu dever de mitigar.

Independentemente da correção ou não daquele primeiro fundamento para afastar a indenização por danos morais, o importante para o presente estudo é a análise dessa menção ao dever de mitigar. E essa invocação ocorreu no seguinte contexto: ainda que, em tese, aquela publicação errônea fosse apta a causar danos ao advogado público, o fato é que este não se teria desincumbido do seu dever de mitigar. Isso porque, ao embargar e apelar após a publicação equivocada, nada mencionou acerca da erronia relativa à condenação por litigância de má-fé. Tampouco requereu, administrativamente, a correção da publicação. Portanto, ainda que aquela equivocada publicação tivesse o condão de, em tese, gerar o dever de indenizar, ao não mencionar tal fato nos embargos e na apelação e nem requerer a alteração administrativa, teria deixado de cumprir com o seu dever de mitigar.⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ Constata-se isso do seguinte trecho, *in verbis*: “A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário”.

⁴⁷⁰ Constata-se isso do seguinte trecho: “[...] é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Vale dizer, se houvesse algum dano indenizável – como afirma o autor –, cabia a ele próprio mitigar as consequências do fato, por força de evidente imperativo ético ancorado na boa-fé objetiva que deve permear todas as relações sociais, sejam elas contratuais, extracontratuais, ou com o Poder Público. Nesta linha de raciocínio, doutrina de vanguarda e jurisprudência têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limtar seu prejuízo”.

O posicionamento adotado no acórdão em comento indica uma conduta esperada pelo Poder Judiciário nos casos de surgimento de dano no seio de uma demanda judicial, qual seja, a de lançar mão das medidas judiciais e (ou) administrativas cabíveis que estiverem ao alcance do sujeito, de forma mais célere possível.

Evidentemente, o caso em questão se referiu a um equívoco administrativo do Poder Judiciário, isto é, a uma atividade – confecção da súmula de publicação – que não se enquadra dentre aquelas jurisdicionais. Acresça-se a isso o fato de que se tratou de um equívoco evidente, bastando para saná-lo a comparação entre o dispositivo da decisão e a respectiva súmula de publicação. Constatada a divergência, bastaria a correção do evidente equívoco material.

Nesse caso, parece ser correta a indicação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que deveria o autor da demanda indenizatória ter dado ciência, de alguma forma, ao órgão judiciário, acerca do equívoco perpetrado.

Situação distinta, contudo, é aquela em que o dano é potencializado por uma decisão judicial, isto é, por meio de uma atividade tipicamente jurisdicional.⁴⁷¹ Tome-se o exemplo de um caso no qual um indivíduo é surpreendido com descontos em seu contracheque, promovidos por instituição financeira, relativos a contratos de empréstimos consignados não reconhecidos pelo autor.⁴⁷² Diante disso, ingressa em juízo, não se esquecendo de pleitear a concessão de antecipação de tutela, para fins de suspensão imediata dos descontos. Ao prolatar o seu despacho inicial, o juízo, expressamente, posterga a análise da antecipação de tutela para momento posterior. Vale dizer: não há, propriamente, uma omissão do juízo em analisar a antecipação

⁴⁷¹ Vide item 4.9.

⁴⁷² Trata-se do caso que resultou em julgado cuja ementa é transcrita a seguir: “Agravos de instrumento. Decisão Monocrática. Relação de consumo. Empréstimo consignado. Suposta Fraude bancária. **Indeferimento da tutela antecipada** para suspensão dos descontos indevidos no contracheque do autor, devido a contratos de empréstimos consignados não pactuados. Possibilidade de **dano** irreparável. Presença dos requisitos para a concessão da **tutela** requerida. Reforma da decisão para determinar a suspensão dos descontos no salário do demandante, sob pena de multa no valor de R\$500,00 para cada desconto indevido realizado, observando o limite máximo de R\$10.000,00. Precedentes desta Corte. Recurso a que se DÁ PROVIMENTO, nos termos do artigo 557, § 1.º-A DO CPC”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AI 0053775-03.2015.8.19.0000. Relator: JDS Des. Maria Aglaé Tedesco Vilardo. Julgamento: 07/12/2015. Órgão Julgador: 27.ª Câmara Cível Consumidor. Publicação: 09/12/2015).

de tutela, mas sim a postergação, expressa, de sua apreciação, para quando da apreciação da defesa pela parte ré.

No referido caso, a postergação se deu por meio de uma decisão de cunho jurisdicional, de caráter interlocutório, eis que refletiu o fato de o juízo, naquele momento, não ter se convencido da higidez das alegações do autor que fundamentaram o requerimento de antecipação de tutela.

Com isso, os descontos continuaram a ser realizados, aumentando os prejuízos do autor. Caso o autor ingresse com o competente agravo de instrumento, de maneira a provocar o Judiciário a apreciar a tutela antecipada, sem dúvidas de que não estará em jogo qualquer discussão acerca do cumprimento ou não do dever de mitigar. Afinal, o autor terá lançado mão do recurso cabível, devolvendo ao Tribunal a apreciação da tutela antecipada que, caso deferida, conduziria à suspensão dos descontos.

Porém, suponha-se que o autor tenha se quedado inerte, e, acatando a decisão judicial, não tenha ingressado com o recurso em face da decisão de postergação da análise da tutela antecipada. Nesse caso, estará o autor descumprindo o seu dever de mitigar? A resposta parece ser negativa. Afinal, o fator primordial para a manutenção dos descontos terá sido a decisão judicial de postergação da análise da tutela antecipada que, certamente, contrariou os interesses do autor. Não terá sido, então, a inércia do autor em recorrer. O que impediu a suspensão dos descontos foi a decisão judicial. E o seu acatamento, mediante a não interposição de recurso, não deve ser tido como um ato violador do dever de mitigar.

Dessa maneira, no caso desses descontos indevidos, não se deve aplicar a indicação dada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.325.862/PR. Isso porque, enquanto no recurso especial tratou-se de ato emanado do Judiciário, mas de caráter administrativo e contendo erro material, no caso dos descontos indevidos o agravamento dos danos da vítima se deu, sobretudo, em razão de uma decisão judicial na qual se decidiu pela postergação da apreciação da antecipação de tutela.

5.4 A Apelação Cível n.º 0014885-23.2010.4.05.8300/PE: a violação do dever de mitigar anterior à própria produção do dano

A decisão prolatada na apelação cível 0014885-23.2010.4.05.8300/PE⁴⁷³, pelo Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, merece ser aqui analisada pelo fato de dizer respeito à violação do dever de mitigar por descumprimento do dever de informar, um dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva.⁴⁷⁴ Cumpre destacar que o julgado em questão se refere à boa-fé aplicada ao processo civil, que se trata de um dos deveres das partes, à luz do art. 14, II, do CPC/1973⁴⁷⁵ e 5.º do CPC/2015⁴⁷⁶.

Trata-se de demanda na qual a autora requer indenização por danos morais, em vista de penhora indevida ocorrida no âmbito de execução fiscal ajuizada pela Fazenda Nacional. Na execução fiscal, a então executada, ora autora, no momento compreendido entre o ajuizamento da execução e a sua citação, pagou a dívida executada. Ocorre que, quando citada, nada fez, nem sequer informando o juízo acerca do já ocorrido pagamento da dívida objeto da execução.

⁴⁷³ Ementa: “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DÍVIDA QUITADA. CULPA CONCORRENTE. VALOR PAGO A MAIOR. ART. 1.º, PARÁGRAFO 3.º, I, DA LEI 11941/09. 1. Pretende a autora, por meio da presente demandada, ser indenizada pelos danos morais sofridos em decorrência de penhora efetuada em execução fiscal de dívida já quitada, bem como por danos materiais, relativos ao pagamento feito a maior da dívida. 2. A documentação acostada aos autos mostra que a propositura da execução fiscal ocorreu antes do pagamento da dívida, tendo sido a penhora realizada cerca de oito meses depois da quitação. Negligência da Fazenda Nacional em não requerer a extinção do feito. Responsabilidade civil caracterizada. 3. Houve, contudo, inércia por parte da apelada, uma vez que não tomou as providências necessárias para mitigar suas perdas (o que a doutrina chama de ‘duty to mitigate the loss’). Verificação da culpa concorrente, levada em consideração pelo Juízo de primeiro grau quando da fixação da indenização por danos morais. 4. Por não realizar a dedução a que tinha direito a apelada, decorrente do pagamento à vista da dívida, descumpriu a apelante o disposto no art. 1.º, parágrafo 3.º, I da Lei 11941/09. Danos materiais configurados. 5. Apelação improvida”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. AC 0014885-23.2010.4.05.8300. Relator: Des. Federal Cíntia Menezes Brunetta. Julgamento: 05/07/2012. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJE 13/07/2012).

⁴⁷⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.71.

⁴⁷⁵ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II- proceder com lealdade e boa-fé”.

⁴⁷⁶ “Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Diante disso, a Fazenda Nacional, indevidamente, deu prosseguimento ao feito, requerendo a penhora de bens da autora, o que foi efetivado, resultando na impossibilidade de a autora movimentar as suas contas bancárias.

No âmbito do acórdão em comento, foi reconhecida a falha da Fazenda Nacional ao, por equívoco, não requerer a extinção do feito, apesar do pagamento realizado. Pelos danos causados com tal conduta, reconheceu o Judiciário o dever da União de indenizar a autora. Entretanto, a par de se concluir pelo dever de indenizar da União, reconheceu-se que a autora violou o dever de mitigar seu dano, tendo-se em vista que teve clara oportunidade de fazer sanar o equívoco, mormente por ocasião de sua citação, mas nada fez. Com a sua omissão, possibilitou que a execução prosseguisse e culminasse com a indevida penhora.

Portanto, o referido julgado é claro no sentido de que a violação do dever de informar pode trazer à tona a violação do dever de mitigar, com a redução do *quantum* indenizatório.

Há, porém, uma sutileza a ser levada em consideração no presente caso: considerou-se que a autora poderia ter mitigado o seu dano caso tivesse cumprido com o seu dever de informação, dando ciência ao juízo da execução acerca do pagamento do débito já executado. Mas note-se que no momento em que houve a penhora, isto é, momento no qual foi iniciada a produção de danos, a parte autora já havia descumprido o seu dever de informar. Portanto, considerou-se que a violação do dever de mitigar, no caso em questão, ocorreu antes mesmo de o dano ter sido produzido. E mais: considerou-se que, se de um lado, a Fazenda Nacional falhou ao não dar baixa na dívida da autora, por outro, a autora falhou ao não cumprir o dever de informar. Logo, concluiu-se ali que a conduta de ambos concorreu para a produção do dano, o que foi levado em consideração por ocasião da fixação da indenização.⁴⁷⁷

O que aconteceu no caso em questão, difere, assim, dos casos em que, propriamente, ocorre a aplicação do dever de mitigar. Afinal, há a pertinência de se invocar o referido dever quando o agente ofensor provoca um dano e, após essa ocorrência, a vítima nada faz para mitigá-lo. Ou seja, em um primeiro momento, verifica-se um dano causado, apenas, pelo ofensor. Em um momento seguinte é que, com a violação do dever de mitigar, é estabelecido um liame causal entre a conduta omissiva da vítima e o agravamento dos danos. Já no caso em questão, a situação é distinta porque, desde o nascimento do dano, já se verifica que mais de uma causa

⁴⁷⁷ Confira-se do trecho a seguir: “O princípio da boa-fé objetiva impunha-lhe o dever de tomar as providências necessárias para mitigar suas perdas, o que a doutrina chama de ‘duty to mitigate the loss’. Não agindo em atenção ao referido princípio, a apelada incorreu em culpa concorrente, fato este levado em consideração quando da sentença proferida pelo Juízo a quo”.

contribuiu, diretamente, para o seu surgimento, sem que se pudesse estabelecer uma causa preponderante. Trata-se de situação de *culpa concorrente*. Nesse sentido, remeta-se à lição de Gustavo Tepedino:

Ainda nas hipóteses de concomitância de causa diretas, quando mais de uma causa tem relevância decisiva para a produção do resultado, ou quando é possível determinar qual das causas foi verdadeiramente preponderante, reparte-se o dever de indenizar, invocando-se a chamada *culpa concorrente*. (grifo no original)⁴⁷⁸

O que se nota, é que a partição da indenização no caso em comento se deveu, na realidade, à hipótese de culpa concorrente, e não, propriamente, de violação do dever de mitigar, atraindo-se, pois, a incidência do art. 945 do Código Civil.⁴⁷⁹ Logo, mais uma vez se percebe a invocação indevida do dever de mitigar, por ter sido aplicado em caso de culpa concorrente.

5.5 A Apelação Cível n.º 0079794-48.2012.8.19.0001: falta de insistência no requerimento de tutela antecipada como violação ao dever de mitigar

Trata-se a apelação cível n.º 0079794-48.2012.8.19.0001⁴⁸⁰ de caso que versa sobre situação na qual o autor teve o seu nome indevidamente negativado, pela ré, no cadastro

⁴⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.77-78.

⁴⁷⁹ “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

⁴⁸⁰ Ementa: “APELAÇÃO. CONSUMIDOR. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL. QUANTIA INDENIZATÓRIA. A indenização por dano moral em caso de negativação indevida, além de servir como compensação pelo sofrimento experimentado, deve também ter caráter pedagógico-punitivo de modo a desestimular condutas semelhantes, porém sem constituir-se em fonte de lucro. Apelante que pugna pela majoração, invocando o fato de ter permanecido com o seu nome maculado por mais de um ano, mas que deixou de insistir na apreciação do requerimento de antecipação dos efeitos da tutela com vistas a mitigar o próprio dano, quedando-se inerte. Princípio do Duty to mitigate the loss. Dever de proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo ante a possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano. Inobservância que influi na verba indenizatória. Razoabilidade da quantia arbitrada. Honorários advocatícios de sucumbência adequadamente fixados. Art. 557, caput, do CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0079794-48.2012.8.19.0001. Relator: Des. Maria Luiza de Carvalho. Julgamento: 14/07/2014. Órgão Julgador: 23.ª Câmara Cível Consumidor. Publicação: 16/07/2014).

restritivo de crédito. Diante disso, ingressou o autor com demanda indenizatória por danos morais com pedido de tutela antecipada.

Ao despachar a demanda e determinar a citação, o juízo postergou, expressamente, a análise da antecipação de tutela para momento posterior à contestação.⁴⁸¹ Em sede de juízo definitivo, foi julgada procedente a demanda, com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 3.000,00, declarando-se nula a dívida que ensejou a negativação, bem como determinando-se a baixa da restrição do CPF do autor no SPC/SERASA.

O autor, inconformado com o valor da indenização fixado na sentença, ingressou com apelação, pleiteando a sua majoração. Em sede de julgamento monocrático, com base no art. 557 Código de Processo Civil, foi negado seguimento à apelação, com a manutenção da sentença, considerando-se razoável o valor ali fixado.

Um dos fundamentos para que a indenização fosse mantida naquele patamar foi o fato de que o autor, apelante, poderia ter insistido na apreciação da tutela antecipada. Vale dizer, conforme já mencionado, a apreciação da tutela antecipada foi postergada, de forma expressa, pelo juízo.⁴⁸² Contra tal decisão não foi interposto recurso. Entendeu o órgão julgador de 2.^a instância que a falta de insistência no requerimento de tutela antecipada, sem que fosse interposto o recurso cabível em face da decisão de postergação, consistiu em violação ao dever de mitigar.

Pois bem: no caso ora em comento, o fato de a tutela antecipada ter sido postergada por meio de decisão do juiz faz com que a situação, aqui, difira daquela estudada no Recurso Especial 1.325.862/PR, já analisado.⁴⁸³ Isso porque, como visto, no recurso especial mencionado foi considerado que o procurador do Estado do Paraná falhou em mitigar o seu dano ao não procurar a correção de ato que, embora realizado no âmbito do Poder Judiciário, não

⁴⁸¹ O que pode ser constatado no andamento processual do dia 18/06/2012. (Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/portalDeServicos/processoeletronico>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

⁴⁸² Confira-se do seguinte trecho: “Impõe-se ainda, sopesar o fato de que o demandante poderia ter insistido na apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela com vistas a mitigar o próprio dano. Isto porque o princípio do duty to mitigate the loss estabelece à parte que invoca violações a um dever legal ou contratual o dever de proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar o seu prejuízo, pois é consectário lógico dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com ação indenizatória, vez que esse comportamento afronta os deveres de cooperação e de eticidade”.

⁴⁸³ Item 5.3.

era ato jurisdicional e, além disso, foi ato realizado com claro erro material. Um requerimento simples, ou mesmo a menção a tal equívoco nos recursos que se seguiram à publicação da decisão poderiam, decerto, conduzir à mitigação do dano alegado.

Já na Apelação Cível 0079794-48.2012.8.19.0001, a situação é distinta. Afinal, a postergação da apreciação da tutela antecipada se deu por meio de decisão judicial. Assim, se houve a exasperação dos danos causados à parte, isso teria ocorrido em razão da decisão judicial. Como já mencionado no presente trabalho, o acatamento de uma decisão judicial pelo litigante, ainda que tal decisão lhe tenha sido prejudicial, não deve ser considerado violação do dever de mitigar. A parte prestigiar uma decisão judicial, ainda que lhe tenha sido desfavorável, não pode ser considerado algo afrontoso à boa-fé objetiva.

Portanto, a falta de ajuizamento de recurso em face da decisão judicial não tem como consequência a inauguração de um novo nexos causal, de modo a fazer com que o agravamento dos danos seja considerado consequência da inércia do autor. Afinal, a conduta ofensiva foi realizada pelo réu e os efeitos de tal conduta foram potencializados pela decisão judicial, que postergou a apreciação da tutela antecipada, não sendo contrária ao direito a conduta de prestigiar tal decisão judicial, sendo perfeitamente legítimo um posterior requerimento de indenização pelos danos causados antes e após a referida decisão.

5.6 As Apelações Cíveis n.º 0220694-81.2012.8.19.0001/RJ e 0006606-20.2009.8.19.0068/RJ: a indevida aplicação, em caso de dano alheio, do dever de mitigar o próprio dano

Os acórdãos prolatados nas apelações cíveis 0220694-81.2012.8.19.0001⁴⁸⁴ e 0006606-20.2009.8.19.0068⁴⁸⁵, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, e que

⁴⁸⁴ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. GELADEIRA QUE APRESENTOU VÍCIO OCULTO UM ANO E MEIO APÓS A COMPRA. BEM DURÁVEL QUE SE ESPERA TENHA UTILIDADE E FUNCIONE DURANTE PERÍODO RAZOÁVEL. SENTENÇA QUE CONDENOU AS RÉS À TROCA DA GELADEIRA E AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE R\$4.000,00 (QUATRO MIL REAIS).PARTE RÉ LEGÍTIMA A RESPONDER PELA DEMANDA, CONFORME ARTIGOS 18 E 3º DO CDC. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. VÍCIO DO PRODUTO CONFIGURADO. DANO MORAL IN RE IPSA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, SOBRETUDO À LEALDADE E CONFIANÇA. DUTY TO

possuem o mesmo relator, são exemplos cristalinos de aplicação do dever de mitigar em casos que não o comportam, conforme se passa a demonstrar.

Quanto ao primeiro, trata-se de caso no qual o consumidor adquiriu uma geladeira que, ao cabo de um ano e meio de utilização, parou de funcionar. Diante disso, o consumidor se dirigiu à assistência técnica, na qual recebeu orçamento para o conserto. Ocorre que, após dois meses de espera, o consumidor foi informado de que o conserto não seria realizado.

Ato contínuo, ingressou com demanda em face do fabricante e do fornecedor, pleiteando a substituição da geladeira defeituosa por uma nova, bem como pleiteou a indenização por danos morais.

A sentença condenou ambas as rés a substituir o produto defeituoso por um novo, bem como reconheceu a produção de danos morais, a serem indenizados.

Inconformada, a ré fabricante apelou, no que não obteve sucesso, tendo sido mantida a sentença. No acórdão, foi invocado o *duty to mitigate the loss*, restando consignado que a apelante não teria agido conforme a boa-fé objetiva, que consiste na mitigação do próprio prejuízo. Nota-se isso do trecho a seguir:

MITIGATE THE LOSS NÃO ATENDIDO. TENTATIVA DE SOLUCIONAR A QUESTÃO ADMINISTRATIVAMENTE. FIXAÇÃO DA VERBA A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DA PARTE RÉ, MANTENDO-SE A SENTENÇA POR SEUS FUNDAMENTOS”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0220694-81.2012.8.19.0001. Relator: Des.: Marcelo Anatocles. Julgamento: 27/08/2014. Órgão Julgador: 23.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 01/09/2014).

⁴⁸⁵ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE ATENDIMENTO EM RAZÃO DE SUPOSTA AUSÊNCIA DE CARÊNCIA. EMPRESA RÉ QUE NEGOU ATENDIMENTO SOB O FUNDAMENTO DE DOENÇA PREEEXISTENTE E NÃO OBSERVOU O PRINCÍPIO DUTY TO MITIGATE THE LOSS (DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO). FALECIMENTO POSTERIOR DO BEBE. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA PARTE RÉ AO PAGAMENTO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL NO MONTANTE DE R\$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE (ART. 196, DA CF/88) E AFRONTA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CF/88). DANO MORAL IN RE IPSA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 209 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. CONDUTA ABUSIVA DA PARTE RÉ. RELAÇÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA EXCLUDENTE DO SERVIÇO EM APREÇO REVELA-SE ABUSIVA, FERINDO PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR E O DISPOSTO NO ART. 51, I E II, DA LEI 8.078/90. APLICABILIDADE DA LEI 9.656/98, CONFORME DISPÕE SEU ART. 35-C. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, NOTADAMENTE OS DEVERES ANEXOS DE LEALDADE E CONFIANÇA QUANDO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. SENTENÇA BEM FUNDAMENTADA QUE OBSERVOU AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DA EMPRESA RÉ”. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0006606-20.2009.8.19.0068. Relator: Desembargador Marcelo Anatocles. Julgamento: 19/11/2014. Órgão Julgador: 23.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 25/11/2014).

A sentença ora guerreada apreciou com cautela as circunstâncias do caso concreto, sopesando o vício do produto objeto da aquisição, além dos transtornos sofridos pelo autor, sobretudo o fato dele ter tido a promessa da apelante de que esta arcaria com a peça.

Logo, a apelante não agiu consoante a boa-fé objetiva, no sentido de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), mas pelo contrário, agravou a situação ao criar uma expectativa legítima no consumidor de que teria a peça fornecida.

Ou seja, partiu-se ali da premissa de que o dever de mitigar não teria sido cumprido, inclusive pelo fato de ter sido criada uma expectativa no consumidor de que a peça necessária ao conserto seria fornecida. Ocorre que tal circunstância em nada tem a ver com violação do dever de mitigar o próprio dano. Afinal, trata-se de situação na qual o dano é causado à parte contrária. Vale dizer: não se deveria estar, aí, em discussão, questão acerca do cumprimento ou não do dever de mitigar, já que a situação diz respeito a dano provocado na parte contrária. Não se trata de caso de dano próprio da vítima, agravado pela sua inércia.

Se o produto fornecido era defeituoso, se o conserto não foi feito e se uma expectativa foi criada e depois frustrada, trata-se de situação na qual fabricante e fornecedor produziram dano em relação ao consumidor. Portanto, não foi adequada a menção à violação do dever de mitigar o próprio dano porque, no caso, o que houve foi a violação do dever jurídico de não causar dano injusto a outrem – *alterum non laedere*⁴⁸⁶ –, corporificados nos arts. 186 e 927 do Código Civil, bem como no art. 12 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

O mesmo se verificou na apelação 0006606-20.2009.8.19.0068, cuja decisão também aplicou o dever de mitigar, ao nosso ver indevidamente, utilizado como um reforço do fundamento para a condenação do réu em indenização por danos morais.

Trata-se de caso no qual menor impúbere, apresentando problemas de saúde, necessitava ser internado em UTI pediátrica. Acionado o plano de saúde, esse negou a autorização de internação, sob fundamento de que a moléstia do autor era preexistente, e que a sua cobertura somente se daria a partir do término do prazo de 18 meses da carência, prazo esse ainda não decorrido.

A decisão concluiu pela abusividade da cláusula limitativa da responsabilidade⁴⁸⁷, condenando a operadora do plano de saúde a indenizar a parte autora por danos morais. Ao

⁴⁸⁶ GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.64.

⁴⁸⁷ É o que se nota do seguinte trecho: “É sabido que o art. 35-C da Lei 9.656/98 não estabelece qualquer limitação temporal para os atendimentos de emergência, o que vem sendo corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo que a limitação de tempo de internação é considerada abusiva.

ser fundamentada a indenização, utilizou-se, no acórdão, o dever de mitigar, entendendo-se que a recalcitrância em internar o bebê recém-nascido, e com risco de vida, não estaria de acordo com o *duty to mitigate the loss*.⁴⁸⁸

Percebe-se daí que o julgador considerou descumprido o dever de mitigar por parte de quem já havia causado o dano originário. Ou seja, aquele a quem foi atribuído o descumprimento não foi a vítima, mas sim o próprio agente ofensor. Desse modo, verificou-se a aplicação do dever de mitigar em caso que não o comportava. Na realidade, o fundamento correto da indenização, tal como no caso anteriormente analisado, foi o dever de não causar danos a outrem.

A situação na qual é cabível a invocação da violação do dever de mitigar o próprio dano é aquela imposta à vítima do dano, que deve agir no sentido de estancar os efeitos deste, evitando que se avolume. Nos casos ora em comento, não foi isso o que ocorreu, já que, de forma indevida, entendeu-se como violadores do dever de mitigar os próprios causadores do dano originário, vale dizer, o fabricante e o fornecedor no primeiro caso, e a empresa operadora de plano de saúde, no segundo.

Como já visto no presente trabalho, um dos mais relevantes efeitos do dever de mitigar é a exclusão, do total da indenização, do montante relativo aos danos evitáveis. No caso em análise, isso não ocorreu, tendo sido invocada a violação do dever de mitigar para fins de reforço da fundamentação relativa à condenação por danos morais, o que não é, propriamente, um dos seus efeitos.

Dentro do contexto enfrentado, há que se destacar que a cláusula excludente do serviço em apreço revela-se abusiva, como bem mencionou a sentença, ferindo princípios do direito do consumidor e o disposto no art. 51, I e II, da Lei 8.078/90, sendo também aplicável a Lei 9.656/98, conforme asseverado, o art. 35-C”.

⁴⁸⁸ É o que se nota do seguinte trecho: “Registre-se que a parte Autora passou por diversos transtornos que ultrapassam, de longe, o mero aborrecimento, não tendo a parte Ré mitigado o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), ao verificar que a parte Autora, um bebe recém-nascido, estava correndo risco de vida, o que de fato se concretizou com o seu falecimento posterior. Entretanto, sua postura caminhou justamente em sentido contrário, pois permaneceu recalcitrante com a negativa de cobertura”.

5.7 O Agravo de Instrumento 2174067-22.2014.8.26.0000/SP: a aplicação descontextualizada do dever de mitigar

A decisão prolatada no Agravo de Instrumento 2174067-22.2014.8.26.0000⁴⁸⁹ merece ser comentada, por ter sido nela lançado o *duty to mitigate the loss*, sem maiores explicações para tanto.

Trata-se de caso no qual, nos autos de ação declaratória de inexigibilidade de débito cumulada com pleito de danos morais, foi deferida a tutela antecipada para obrigar a empresa agravante a restabelecer, em favor do consumidor, o fornecimento de energia elétrica na propriedade rural, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00.

Irresignada, a empresa fornecedora de energia elétrica ingressou com agravo de instrumento, alegando que a multa diária deveria ser excluída, já que desproporcional, além de configurar enriquecimento sem causa.

Ao referido agravo, foi dado parcial provimento, com a redução do valor da multa diária para R\$ 800,00, bem como impondo-se o limite de R\$ 24.000,00, já que em primeira instância não havia sido imposto qualquer limite.

No dispositivo, e apenas nele, é mencionado o *duty to mitigate the loss*, porém sem maiores explicações, conforme pode ser constatado da sua transcrição: “diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso da ré, para reduzir a multa diária para R\$ 800,00, com limitação de R\$ 24.000,00, sem se olvidar do *duty to mitigate the loss*.”.

Nota-se do trecho transcrito acima que o *duty to mitigate the loss* foi mencionado de forma extremamente lacônica, sem se indicar em que contexto ele deveria ser levado em consideração. Seria ele um fundamento para a redução da multa e a imposição do limite? Seria apenas uma espécie de advertência ao consumidor no sentido de que, em havendo possibilidade para tanto, deveria realizar os atos tendentes a mitigar os seus danos, sob pena

⁴⁸⁹ Ementa: “Agravo instrumental. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c.c. danos morais. Liminar deferida, com aplicação de multa diária. Cabimento de sua fixação, nos termos do art. 461, § 4.º, do CPC, mas necessária a redução do valor. Recorrente que não traz provas mais convincentes quanto à dificuldade em cumprir a obrigação. Princípio que não poderia ter sido olvidado: ‘*duty to mitigate the loss*’. Dá-se parcial provimento ao agravo de instrumento da Concessionária/ré, para reduzir a multa diária para R\$ 800,00, limitada ao valor R\$ 24.000,00”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2174067-22.2014.8.26.0000*. Relator: Des. Campos Petroni. Julgamento: 10/11/2015. Órgão Julgador: 27.ª Turma de Direito Privado. Registro: 12/11/2015).

de redução do valor total da multa? Não se sabe. Não se informa a quem se dirigiria o dever de mitigar e qual seria a conduta esperada no caso concreto para que tal dever fosse invocado.

Com isso, demonstra-se o perigo de vulgarização do dever de mitigar, com uma aplicação pouco criteriosa, o que pode acarretar o seu próprio esvaziamento.⁴⁹⁰

5.8 A Apelação 1000124-72.2014.8.26.0002/SP: exemplo de cumprimento parcial do dever de mitigar com a demonstração criteriosa dos parâmetros de sua aplicação

A decisão prolatada na Apelação 1000124-72.2014.8.26.0002⁴⁹¹ caminha no sentido oposto ao da decisão logo acima analisada. Enquanto naquela outra foi verificada uma menção descontextualizada e pouco criteriosa do dever de mitigar, nesta verificou-se o oposto.

Trata-se de caso no qual a empresa Platinun Administração de Bens e Participações Ltda ajuizou demanda indenizatória em face de Nicolas Schulemberger e Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda. Alega a autora que, descumprindo contrato firmado, os réus devolveram imóvel locado sem a realização dos necessários reparos, de modo que o bem permaneceu

⁴⁹⁰ Não se olvide a advertência de Anderson Schreiber para o perigo da superutilização da boa-fé, que pode acarretar o seu esvaziamento, o que pode ser aplicado ao dever de mitigar. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.125-126

⁴⁹¹ Ementa: “APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – LOCAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO CONCISA – VÍCIO RECHAÇADO – DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES – ÔNUS DA PROVA – DESPESAS COM REPAROS – OBSTÁCULO À PROPRIEDADE – DEVER DE MITIGAR OS DANOS.

- Fundamentação concisa que não importa em nulidade ou omissão da decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal). Decisão suficientemente fundamentada – preliminar exclusivamente fundada na irresignação da parte contra o teor da sentença que lhe fora desfavorável;
- Devolução retardada do imóvel locado – pendência acerca dos reparos, impositiva a devolução do bem nas mesmas condições em que fora recebido (cláusula contratual e Lei de Locações). A demora na efetiva entrega das chaves e a necessidade de reparos impõe a restituição dos danos materiais (emergentes e lucros cessantes - arts. 389 e 402, do Código Civil);
- Danos emergentes incontestes – comprovada a necessidade dos reparos pela autora, cognoscível a condenação da ré pelos valores despendidos, confessada a insuficiência dos reparos ao tempo da efetiva devolução do imóvel;
- Lucros cessantes reduzidos - Boa-fé objetiva (art. 422, do CC) – standard de conduta que impõe aos indivíduos o dever de mitigar os danos (‘duty to mitigate the loss’), enunciado n. 169, da III Jornada de Direito Civil. Inadmissível a admissibilidade dos lucros cessantes pelo período que foge ao razoável, limitação em 6 (seis) meses, conforme a natureza da obrigação e conduta das partes;

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 1000124-72.2014.8.26.0002*. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 25/11/2015. Órgão Julgador: 30.^a Turma de Direito Privado. Registro: 26/11/2015).

nove meses inapto para a locação. Diante disso, alegou terem sido causados danos emergentes e lucros cessantes.

O feito foi julgado parcialmente procedente em primeira instância, com a condenação ao pagamento de danos emergentes e lucros cessantes, fixados em R\$ 4.700,00 e 67.500,00, respectivamente.

Inconformada, a empresa ré recorreu, tendo sido dado parcial provimento à apelação, com a redução dos lucros cessantes para R\$ 45.000,00.

A aplicação do dever de mitigar no caso foi o que fundamentou a mencionada redução, bem como foi o que fundamentou a condenação dos réus a indenizar a autora pelos danos emergentes. Isso porque a empresa locatária manifestou desinteresse na continuidade do contrato de locação firmado, tendo sido fixado nos autos que a rescisão do contrato teria ocorrido em janeiro de 2012. Sucede que, segundo a locadora, o imóvel teve a sua utilização restrita até setembro de 2012, tendo-se em vista que foi devolvido sem que tivesse sido realizada a totalidade dos reparos necessários, sendo que, segundo previsto no contrato, tais reparos seriam de responsabilidade da ré.

Diante da incompletude dos reparos, a autora alegou que realizou gastos no montante de R\$ 4.700,00 para completá-los. Tal foi o valor ao qual a ré foi condenada a título de danos emergentes, o que foi reconhecido na decisão em comento.⁴⁹² O que se infere daí, portanto, é que, de fato, a empresa autora envidou esforços no sentido de mitigar o seu prejuízo. E isso foi reconhecido, tanto é que houve a condenação da ré ao pagamento dos danos emergentes, no valor de R\$ 4.700,00. Porém, esses esforços não foram suficientes, isto é, poderia a ré ter realizado mais do que fez. Essa situação se refletiu na condenação relativa aos lucros cessantes. O dever de mitigação foi considerado cumprido, porém apenas parcialmente. Isso porque, em que pese ter sido reconhecido na decisão que houve demora na devolução do bem, o prazo de nove meses de lucros cessantes, admitido em primeira instância, foi rechaçado na

⁴⁹² Confira-se do seguinte trecho: “A despeito do termo de quitação entrega das chaves remetidos pela ré à autora em 31 de janeiro, as obras contratuais não tinham sido satisfeitas, despropositado supor que entre 27 de janeiro (fl. 33) e 31 do mesmo mês houvesse sido realizada a obra pendente confessada pela preposta da requerida (Sra. Juliana). A autora, entretanto, admitiu a rescisão em janeiro de 2012; argumentando que até setembro de 2012 o imóvel esteve restrito de utilização.

Os danos emergentes estão fundados na falta de diligência da ré na devolução do bem (arts. 389 e 402, do Código Civil). A autora afirmou a insuficiência dos reparos efetivados pela ré, afirmando ter despendido R\$ 4.700,00. De fato, a autora sequer se dignou a trazer (sic) vistoria no imóvel, entretanto, a troca de e-mails entre as partes evidencia que os reparos não estavam completos, impondo à ré a prova de que seu preposto havia, efetivamente, realizados os reparos contratados (fl. 106)”.

segunda, por não ser razoável que os reparos complementares realizados pela autora demorassem tanto tempo até que ficassem prontos.⁴⁹³

Conforme assentado na decisão, foi verificado que o imóvel foi devolvido em janeiro de 2012, tendo sido constatado, ainda, que até abril de 2012 havia tratativas entre as partes no sentido de, amigavelmente, ser promovida pela ré a regularização do imóvel. Considerou-se no acórdão que, até ali, seria razoável a inércia da autora. Considerou-se, ainda, que após aquele último contato, infrutífero, seria razoável supor que a autora levasse mais um mês, até efetivar a contratação de uma empresa que realizasse os reparos. Assim, na realidade, o obstáculo causado pela ré teria durado, aproximadamente, seis meses. A partir daí, passou-se a considerar desarrazoada a demora da autora em efetivar os atos tendentes a mitigar o dano. Observou-se, assim, um ponto de virada ao cabo daqueles seis meses, de modo que foi entendido que os danos causados a partir daí teriam causa na conduta da autora. Como o valor do aluguel era de R\$ 7.500,00, multiplicou-se o referido valor pelos seis meses de responsabilidade da ré, chegando-se ao montante final de R\$ 45.000,00, relativos aos lucros cessantes.⁴⁹⁴

É interessante notar a adequada fundamentação do acórdão no que diz respeito àquilo que foi considerado para fins de fixação do montante da indenização. De início, restou bastante claro o que levou à condenação a título de danos emergentes, bem como o respectivo valor. Já no que se refere aos lucros cessantes, restou bastante claro todo o raciocínio que levou o órgão julgador a reduzir o montante indenizatório. Independentemente de se concordar ou não com as conclusões do acórdão, certo é que se afigura louvável a apresentação de todo o iter lógico percorrido para se chegar à indenização fixada.

⁴⁹³ Nota-se isso do trecho a seguir: “No tocante aos lucros cessantes, a demora na devolução do bem é indubitosa. O prazo de 9 (nove) meses admitido pelo MM. Magistrado, no entanto, é despropositado. Argumentar que os reparos necessários obstarão a locação do bem e somente foram terminados em setembro de 2012 contraria a razoabilidade. Basta considerar o orçamento de fls.106, que previa prazo de 20 dias úteis para a regularização do bem, para tornar inadmissível o prazo alegado pela autora”.

⁴⁹⁴ Confira-se do seguinte trecho: “No caso destes autos, a entrega efetiva do bem no fim de janeiro de 2012 (sic), não é razoável admitir tamanho lapso temporal. Ainda que admitido o último contato entre as partes (abril de 2012), não é legítimo impor à ré a desídia da autora na regularização do imóvel e pronto estabelecimento para nova locação. Decorre da boa-fé objetiva o dever de mitigar os danos – ou, como previsto no direito anglo-saxão – ‘duty to mitigate the loss’. O standard de probidade e lealdade que irradia todo o sistema jurídico não permite supor eu o credor aguarde em berço esplêndido pelo cumprimento da parte adversa, mantendo-se inerte até a regularização do bem [...]. Com efeito, os lucros cessantes devem ser limitados ao período razoável de impossibilidade da utilização do bem. Neste esteio, considerando que ainda em abril de 2012 a autora buscava a solução requerida, legítimo supor que tenha despendido outro mês para localizar um fornecedor e orçar o projeto, cuja realização não demanda mais do que um mês. Deste modo, o obstáculo efetivo ao aluguel se deu por seis meses (6 x R\$ 7.500,00 = R\$ 45.000,00)”.

5.9 A Apelação 0017716-65.2009.8.26.0506/SP: redução do valor total das *astreintes* com base no dever de mitigar

Trata-se a apelação 0017716-65.2009.8.26.0506⁴⁹⁵ de caso no qual se entendeu ser exorbitante o montante pleiteado pelo credor a título de *astreintes* sob argumento de violação do dever de mitigar.

No caso em questão, decisão judicial impôs à financeira ré a obrigação de entregar veículo à parte autora, sob pena de multa diária de R\$ 500,00, restando transitada em julgado em 21/07/2011. Após o trânsito, a parte autora, credora da obrigação de fazer, ficou inerte nos autos, o que levou a que o processo fosse remetido ao arquivo até fevereiro de 2012, quando a autora pleiteou a intimação do réu para o pagamento da verba de R\$ 10.245,00, relativa ao valor atual do veículo. A executada foi intimada e, diante de sua inércia, foi deferida a penhora *on-line*, sendo os valores transferidos à credora.

Posteriormente, pouco tempo após a transferência realizada, ingressou a parte autora com requerimento de novo bloqueio, agora no montante de R\$ 263.121,08, relativos ao total das *astreintes*, contadas essas desde a agosto de 2011 até a efetivação daquele primeiro bloqueio.

⁴⁹⁵ Ementa: “APELAÇÃO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SENTENÇA EXTINTIVA – ASTREINTES – TERMO INICIAL – INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSÁRIA – VALOR EXORBITANTE – DEVER DE MITIGAR OS DANOS – BOA-FÉ OBJETIVA – STANDARD DE CONDUTA – REDUÇÃO DA VERBA.

- Sentença cominatória – eficácia imediata da obrigação de fazer a partir do trânsito em julgado da decisão. A reforma da legislação processual evidencia que fora superada a necessidade de intimação pessoal do devedor (Súmula 410, do Superior Tribunal de Justiça). Termo inicial considerado desde a intimação oficial do trânsito em julgado – sentença anulada;

- Descumprimento incontestado da obrigação de fazer – necessária movimentação do Judiciário para satisfação da ordem judicial. Desídia processual já sancionada nos termos do artigo 17, do Código de Processo;

- *Astreintes* (art. 461, §§ 4.º e 5.º, do CPC) que têm fundamento intimidatório e coercitivo – jamais indenizatório, precedentes. ‘Quantum’ exorbitante, apto a ensejar locupletamento indevido – impositiva a redução da verba com fundamento no artigo 461, § 6.º, do Código de Processo Civil;

- Eficácia irradiante do artigo 422, do Código Civil – boa-fé objetiva que constitui cláusula geral do sistema jurídico, não adstrito às relações contratuais;

- Boa-fé objetiva – standard de conduta que impõe aos indivíduos o dever de mitigar os danos (‘duty to mitigate the loss’), enunciado n. 169, da III Jornada de Direito Civil. Inadmissível a tutela jurídica do credor que se mantém inerte em vista do aumento da multa diária da parte adversa;

RECURSO PROVIDO, sentença anulada – multa limitada em R\$25.000,00”. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 0017716-65.2009.8.26.0506*. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 22/07/2015. Órgão Julgador: 30.ª Turma de Direito Privado. Registro: 24/07/2015).

Ultrapassando-se as demais questões debatidas na referida decisão – que não se referem ao assunto ora estudado –, chega-se à aplicação do dever de mitigar. Segundo a decisão em comento, a obrigação de fazer foi superada pelo bloqueio realizado. Ou seja, a inércia da devedora levou a que a efetivação da decisão somente tenha ocorrido mediante a decisão de bloqueio. Asseverou-se, contudo, que a inércia da devedora não deve gerar locupletamento do credor.⁴⁹⁶ Assim, se, de um lado, foi verificada a inércia da devedora em cumprir a obrigação de fazer, de outro, não poderia o credor se quedar inerte, mantendo-se silente, visando ao aumento da multa diária imposta, com a inobservância do princípio da boa-fé objetiva, insculpido no art. 422 do Código Civil.⁴⁹⁷

Assim, considerou-se que a credora teria sido conivente com o dano sofrido, de modo a violar o dever de mitigar, levando-se a que o total das *astreintes* fosse limitado em R\$ 25.000,00.⁴⁹⁸

Nota-se daí que, claramente, a parte autora poderia ter lançado mão de medida eficaz para fins de efetivação do seu direito (requerimento de bloqueio), como, aliás, o fez, porém, com desarrazoado atraso. Percebe-se que a parte poderia ter pleiteado a efetivação da decisão favorável logo após o trânsito em julgado. Entretanto, preferiu nada fazer, acompanhando, inerte, o aumento do total da multa e, ainda, os danos decorrentes da sua privação em relação ao bem. Pode-se afirmar que, em casos como tais, a causa da multa, a partir de determinado momento, deixa de ser, propriamente, a inércia do devedor, passando a ser a inércia do credor, que, possuindo instrumentos à mão para a efetivação célere da decisão favorável, nada faz.

⁴⁹⁶ Nota-se isso do trecho a seguir: “In casu, a obrigação de fazer foi superada pelo bloqueio judicial da verba devida (conversão da obrigação), de forma que a análise é pretérita. Em outras palavras, o ‘quantum’ fixado aparentava ser necessário à satisfação da obrigação, porém, foi inócuo, exigindo a movimentação da máquina pública para cumprimento da ordem judicial. Não obstante, a inércia da devedora não permite supor o locupletamento da parte adversa, impositiva a redução do ‘quantum’ com fulcro no artigo 461, § 1.º, do Código de Processo Civil”.

⁴⁹⁷ É o que se nota do seguinte trecho: “E decorre da boa-fé objetiva o dever de mitigar os danos – ou, como previsto no direito anglo-saxão, ‘duty to mitigate the loss’. O standard de probidade e lealdade que irradia todo o sistema jurídico não permite supor que o credor aguarde em berço esplêndido pelo cumprimento da parte adversa, mantendo-se silente com vista no aumento da multa diária imposta”.

⁴⁹⁸ Confira-se no seguinte trecho: “Destarte, ainda que inuvidosa a responsabilidade da recorrida pela multa diária há muito imposta e a gravidade de sua desídia, não se pode ignorar que o credor (recorrente) foi conivente com o dano sofrido. E, diga-se, não houve dano direcionado à parte, uma vez que a mora já supriu o lapso temporal, sendo que o descumprimento atingiu exclusivamente a efetividade da decisão e, consequentemente, o Poder Judiciário. Logo, considerando-se a violação ao ‘duty to mitigate the loss’ e a função da sanção imposta, sem olvidar da desídia da parte adversa no cumprimento da ordem judicial, entendo por bem limitar as *astreintes* em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) – lembrando que a verba não tem natureza indenizatória, mas coercitiva, já esvaziada a tutela pretendida”.

Como se sabe, a multa diária não tem caráter indenizatório, mas sim coercitivo.⁴⁹⁹ Portanto, o efeito do dever de mitigar no presente caso incide, excepcionalmente, sobre verba não indenizatória. Isso, porém, não desnatura a aplicabilidade do dever de mitigar. Afinal, se, no início, a incidência da multa é consequência do inadimplemento da obrigação de fazer, em um dado momento a sua incidência passa a ser consequência da omissão do credor em lançar mão dos meios processuais para efetivar a decisão a ele favorável. Vale dizer: o agravamento das *astreintes* é decorrência da violação do dever de mitigar. Sendo assim, o reconhecimento da violação deste terá por consequência natural a exclusão da incidência da multa acarretada por aquela omissão.

5.10 A Apelação 0208219-57.2013.8.21.7000/RS: reconhecimento da violação do dever de mitigação por ato comissivo do credor

A apelação 0208219-57.2013.8.21.7000⁵⁰⁰ versa sobre situação na qual foi considerado que o dever de mitigar foi violado em razão da realização de um ato comissivo por parte do credor, e não de um ato omissivo.

⁴⁹⁹ Como ensina Luiz Guilherme Marinoni, “[...] a multa não tem nada a ver com o valor da prestação inadimplida ou com as perdas e danos. Sua função é eminentemente coercitiva, isto é, o seu objetivo é convencer o réu a cumprir a decisão judicial”. (MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.293).

⁵⁰⁰ Ementa: “AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDOS DE INDENIZAÇÃO. 1. Reputa-se abusiva a cláusula contratual que permite à instituição financeira alterar os prazos de entrega da obra, bem como a ressalva contratual que permite a prorrogação do contrato por tempo indeterminado diante de situações de caso fortuito e força maior. 2. Os embargos à obra impostos pela Delegacia Regional do Trabalho não constituem hipóteses de caso fortuito ou força maior. A observância da legislação trabalhista é dever legal da empresa construtora, consistindo num risco inerente à sua atividade econômica, e, portanto, hipótese de responsabilidade objetiva (art. 927 § único do CCB). 3. Fica reconhecido o atraso na entrega da obra, que estava prevista para dezembro de 2010 e até o presente não se tem notícia de que terminou, compelindo-se a demandada a cumprir o contrato. 4. Os pedidos de aplicação de multa pelo atraso exagerado e de incidência de juros e outros encargos desde a fase de construção até a efetiva entrega do imóvel não merecem acolhimento por absoluta falta de previsão contratual. O pedido de multa de 1% por mês de atraso consiste numa inovação recursal, logo, não merece apreciação, sem prejuízo, porém, do reconhecimento da incidência da multa legal e judicialmente aplicada na forma do art. 461, § 2.º, do CPC, pelo não cumprimento do *facere* em tempo hábil. 5. Não se pode imputar à construtora um prejuízo cuja aferição do valor depende de circunstâncias alheias a sua responsabilidade, tal como a diferença entre o valor do condomínio atualmente pago e o valor do condomínio que seria pago no imóvel adquirido junto à requerida. 6. O pedido de indenização dos juros de mora e a correção monetária incidentes sobre o valor pago pelos móveis planejados adquiridos pelo autor também não procede. Percebendo o autor que a obra estava bastante atrasada não podia ter se adiantado e adquirido móveis planejados. O risco de ficar com esse dinheiro

Em 05/10/2009, as partes celebraram contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Segundo cláusula contratual, a entrega da obra deveria ocorrer até o último dia útil do mês de dezembro de 2010, prazo esse não cumprido, não havendo notícias de que a obra tenha sido entregue até a ocorrência do julgamento, o que ocorreu em julho de 2013.

Diante do atraso, a parte autora ingressou com ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais. A demanda foi julgada improcedente. Ajuizada a apelação, a ela foi dado parcial provimento, com a determinação do cumprimento da obrigação de fazer, que consistia na entrega do imóvel, sob pena de multa, com base no art. 461, § 2.º do Código de Processo Civil, bem como foi imposta condenação à ré de indenizar a parte autora, por danos morais, no valor de R\$ 3.000,00.

O dever de mitigar foi aplicado ao caso para fundamentar o afastamento da indenização correspondente aos juros de mora e correção monetária incidentes sobre o valor pago pelos móveis planejados adquiridos pelo autor. Conforme consta do acórdão, considerou-se que se o credor tinha ciência do atraso na entrega do imóvel, não deveria ter se antecipado e comprado os móveis planejados. Ao fazê-lo, assumiu o risco de ver o referido valor imobilizado. Logo, concluiu-se que foi a conduta do autor que deu ensejo ao dano alegado, razão pela qual seria descabida a indenização no ponto.⁵⁰¹ Daí ter sido considerado violado o dever de mitigar o próprio dano.

Note-se que, no caso em questão, ao contrário dos casos usuais, não houve uma omissão do devedor que tenha permitido o agravamento dos seus danos, mas, ao contrário, um ato comissivo que acarretou o surgimento dos danos. Repare-se que, nesse caso, não se trata de um campo propício à utilização do dever de mitigar. Afinal, este se aplica em situações nas quais um determinado dano é provocado, devendo a parte prejudicada agir no sentido de mitigar as

imobilizado é seu. Doutrina do ‘duty do mitigate the loss’. Convenção de Genebra, art. 77. 7. Devido o pedido de danos morais pelo atraso na obra. Arbitramento. Súmula 362 STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 0208219-57.2013.8.21.7000. Relator: Des. Elaine Harzheim Macedo. Julgamento: 04/07/2013. Órgão Julgador: 17.ª Câmara Cível. Publicação: DJ 17/07/2013).

⁵⁰¹ Observa-se isso do seguinte trecho: “Também não procede o pedido de indenização dos juros de mora e a correção monetária incidentes sobre o valor pago pelos móveis planejados adquiridos pelo autor, do efetivo desembolso até a efetiva entrega do imóvel. Com efeito, percebendo o autor que a obra estava bastante atrasada não podia ter se adiantado e adquirido móveis planejados. Adotando esse procedimento, correu o risco de ver o dinheiro empenhado ficar imobilizado. Trata-se de um ônus imputável apenas ao autor, não sendo razoável utilizar o argumento do ‘atraso da obra’ para justificar uma decisão afoita e mal pensada. Chancelar um pedido desse tipo significaria legitimar o enriquecimento sem causa”.

consequências. Quedando-se inerte, estará violado o dever de mitigar, sendo a própria vítima do dano considerada responsável pelos danos evitáveis. Por conseguinte, quando se fala em dever de mitigar o próprio dano, fala-se em responsabilidade da própria vítima em virtude de um ato omissivo. No presente caso, contudo, isso não ocorre, já que foi um ato comissivo a inaugurar um novo nexa causal.

5.11 A Apelação Cível 70025609579/RS: indeferimento, *in totum*, do requerimento de indenização por lucros cessantes, com base na violação do dever de mitigar

A decisão prolatada na Apelação Cível 70025609579⁵⁰² merece ser analisada, tendo-se em vista tratar-se de situação na qual o requerimento de indenização por lucros cessantes foi afastado, por completo, no acórdão, sob a alegação de violação do dever de mitigar.

⁵⁰² Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO C/C LUCROS CESSANTES. DANO DIAGNOSTICADO EM MÁQUINA. CONSERTO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO LOSS OF PROFITS. INOBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. 1- Lucros Cessantes: As provas constantes nos autos não permitem aferir o lucro cessante experimentado pela autora, por conta da desventura do negócio jurídico entabulado com a ré. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o *loss of profits* no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acautelou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação de serviço com outra empresa, no afã de substituir a máquina danificada, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora. 2- Dever de mitigar o próprio prejuízo: a parte que invoca o revés financeiro derivado de infortúnio negocial deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as contingências do caso concreto, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante do evento danoso e o standard de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial, e que não foi diagnosticado no agir da parte autora. 3- Ônus de sucumbência: por conta do decaimento da parte autora, cumpre redimensionar os ônus de sucumbência, à razão de 80 % (autora) e 20% (ré), no referente às custas processuais. Quanto aos honorários advocatícios, é de ser majorada a verba honorária fixada em valor que atenda ao comando estabelecido nos parágrafos 3.º e 4.º do art. 20 do CPC. Verba honorária fixada em R\$ 2.000,00 para os patronos da ré e R\$ 500,00 aos patronos da autora. 4- Multa prevista no artigo 475-J e Fase de Cumprimento da Sentença: considerando que ainda nem sequer encerrou a fase cognitiva, não é o momento processual para discorrer acerca do termo inicial da multa prevista no artigo 475-J, muito menos sobre os honorários da fase executiva. Excluídos da sentença os dispositivos atinentes à outra fase processual. Apelo parcialmente provido”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70025609579. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 20/05/2009. Órgão Julgador: 5.ª Câmara Cível. Publicação: DJ: 27/05/2009).

Trata-se de caso no qual uma empresa alega ter adquirido, junto a outra, em 20/12/2005, máquina necessária ao desempenho de sua atividade. Alega, ainda, que a máquina, desde a sua entrega, encontrava-se com defeito. Informa, ainda, que, após negociações, adquiriu outra máquina, mais cara, junto à mesma empresa fornecedora, com a devolução do primeiro aparelho. O novo aparelho entrou em operação em 28/04/2006. Assim, desde o momento da aquisição do primeiro aparelho, até o início efetivo de operação do segundo, decorreu o período de quatro meses. Diante disso, dentre outros pedidos, a parte autora pleiteou indenização pelos lucros cessantes, correspondentes ao período em que não houve operação.

O órgão julgador afastou a indenização pelos lucros cessantes. De início, foi mencionado na decisão que a máquina inicialmente adquirida já contava, no momento de sua aquisição, com aproximadamente 30/35 anos de uso, o que lhe teria provocado um natural desgaste, a impedir que ela produzisse na intensidade deduzida pela parte autora em suas razões.⁵⁰³ Isso, porém, não seria empecilho a que fosse concedida à parte autora a indenização por lucros cessantes, ainda que por um valor inferior. Na realidade, o que, de fato, levou o órgão julgador a afastar os lucros cessantes foi, ao que parece, a violação do dever de mitigar.

Considerou-se na decisão que a parte autora, ao receber a máquina defeituosa, deveria ter realizado os atos tendentes à mitigação dos danos sofridos, o que, segundo consta no acórdão, não logrou fazer⁵⁰⁴, particularmente no que se refere à aquisição de outra máquina ou à contratação de terceiros para realizar o serviço que deveria ser realizado pela máquina defeituosa.

⁵⁰³ Confira-se o seguinte trecho: “Inicialmente, não se pode afirmar que a máquina adquirida produziria o que fora alegado, tendo em conta que o seu natural desgaste (30 a 35 anos) obstaculizaria o rendimento na totalidade de horas postuladas, de sorte a não agregar o valor postulado ao faturamento da empresa autora. Logo, se havia necessidade premente de aquisição da máquina, tenho que a autora inobservou o standard do agir negocial”.

⁵⁰⁴ Nota-se isso do seguinte trecho, o qual se remete ao art. 77 da Convenção de Viena: “A leitura do dispositivo não deixa dúvidas acerca do ônus incumbido à parte que sofreu o dano: agir de forma razoável, dentro da realidade circundante, de modo a mitigar o prejuízo. Ou seja, impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado. Em que pese a alegação da demandante, no sentido de que o evento danoso lhe rendeu o loss of profits no valor de R\$ 25.440,00 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta reais), caberia à autora demonstrar que se acatou de eventual prejuízo, seja ao adquirir outra máquina que desempenhasse a mesma função, ou mesmo entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa, no que não logrou êxito, e que seria de mister, a teor do art. 333, I, do CPC. Ademais, não se pode aferir objetivamente a possibilidade do lucro aventado, que adviria do trabalho gerado pela máquina de eletroerosão em sua produção. Não se podem presumir danos hipotéticos sugeridos pela autora. Por fim, malgrado as alegações do autor, no sentido de demonstrar seu reconhecimento, experiência e prestígio no ramo negocial, vê-se que competia ao autor se acatou de evitar a superveniência de quaisquer máculas na defesa de seus interesses – standard de conduta que se espera observar de empresas experimentadas no nicho negocial”.

Algumas observações merecem ser feitas quanto às conclusões do acordão. Em primeiro lugar, deve ser levado em consideração que a parte autora adquiriu sim uma nova máquina, tendo sido esta adquirida em face da própria ré, com a devolução da máquina anterior. Portanto, foram realizados atos tendentes à mitigação, cabendo indagar, apenas, se isso foi realizado em prazo razoável. Essa consideração não foi feita na decisão, pois partiu-se da premissa de que nada teria sido realizado no sentido de mitigar o dano.

Outra questão que deveria ter sido analisada é a de que, ainda que, a partir de dado momento, eventual inércia da parte autora tenha sido desarrazoada, se, de fato, a máquina já apresentava defeito desde o momento de seu recebimento, parece claro que, ao menos em relação a um período, houve a geração de danos inevitáveis em desfavor do autor. Afinal, foi indevidamente privado da utilização da máquina, ainda que, a partir de determinado momento, a sua inércia em mitigar o dano tenha fugido à razoabilidade. Diante disso, não parece ser correta a exclusão, por completo, da indenização por lucros cessantes, eis que, ao menos durante determinado período, os danos experimentados pela parte autora foram inevitáveis, ensejando indenização.

5.12 A Apelação Cível 1.0701.07.183692-1/001/MG: reconhecimento de que somente devem ser indenizadas as despesas razoáveis realizadas com vistas à mitigação dos danos

A decisão prolatada na Apelação Cível 1.0701.07.183692-1/001⁵⁰⁵ pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais merece ser analisada porque nela se explicita a ideia de que

⁵⁰⁵ Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Age com culpa aquele que conduz o seu veículo em velocidade superior à permitida no local. Do mesmo modo, atua culposamente o motorista que efetua uma mudança de faixa sem as devidas cautelas. 2. Configurada a culpa concorrente entre os envolvidos no acidente, reparte-se a indenização de acordo com o grau de culpabilidade de cada um, consoante se extrai do disposto no artigo 945 do Código Civil. 3. A imputação do dever de indenizar exige a presença do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles. 4. É possível a cumulação de danos morais e estéticos. 5. Os direitos da personalidade, além da imagem, do nome, da boa fama etc., englobam a integridade fisiológica do indivíduo. Assim, constatada a lesão grave à integridade física da vítima, não há dúvida da ocorrência de dano moral indenizável. 6. O valor da indenização por danos morais deve atender ao chamado ‘binômio do equilíbrio’, não podendo causar enriquecimento ou empobrecimento das partes envolvidas. Leva-se em consideração ainda o grau de culpabilidade do ofensor e a gravidade do dano. 7. O dano estético relaciona-se às conseqüências físicas do acidente. Decorre da dor causada à vítima, obrigada a conviver com a triste realidade de ter sua aparência física alterada irreversivelmente, e de sua exposição à comiseração pública, quando se depara com reações

somente devem ser indenizados os gastos realizados pelas partes, com vistas à mitigação dos próprios danos, que sejam razoáveis.

Enfocando-se os fatos relevantes para o presente estudo, trata-se de situação na qual foi verificada a ocorrência de acidente automobilístico, ocasião em que foram causados danos significativos a um dos veículos, bem como danos físicos nos seus ocupantes, com a condenação da parte contrária a repará-los. Entretanto, houve discussão acerca da extensão dos danos materiais a serem reparados. Isso porque, no que tange aos danos sofridos pelo veículo, os seus proprietários, ao repará-los, despenderam valores que atingiram o dobro do que seria necessário para a aquisição, no mercado, de um modelo similar.

Já em relação aos danos materiais correspondentes aos gastos com tratamentos médicos, as vítimas, em lugar de se internarem em ambulatório, o que seria coberto pelo plano de saúde, migraram para um apartamento, elevando as despesas com o tratamento, sem que fosse comprovada a necessidade para tanto.

Em virtude da aplicação do dever de mitigar, a condenação pelos danos materiais não abrangeu o montante que sobejou o valor de mercado do veículo, bem como não abrangeu a diferença referente ao incremento na acomodação.⁵⁰⁶

de pena ou de aversão em suas relações sociais. 8. O ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil, orienta-se, em regra, pelo princípio da ‘restitutio in integrum’ - art. 944, caput, do Código Civil -, ou seja, a indenização deve possibilitar a recomposição original do estado patrimonial da vítima, o seu retorno ao ‘status quo’ ante. 9. Em casos em que o ilícito provoca lesão corporal à vítima, o próprio Código Civil, em seu artigo 949, prevê o caráter indenizável das despesas com tratamento médico. 10. No campo extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva se dá por meio do instituto do abuso de direito. O ‘duty to mitigate the loss’, que encontra origem no direito anglo-saxão, consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo. Destarte, a reparação dos danos materiais suportados, se possível por diversos meios, deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor. Da mesma forma, o agravamento desnecessário dos danos materiais pelo credor não deve ser indenizado. 11. No tocante aos danos morais e estéticos, a indenização deve ser corrigida e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da data de publicação do acórdão. Por outro lado, em relação aos danos materiais, aplicáveis as súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, de modo que a correção e os juros devem incidir desde a data do evento danoso”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0701.07.183692-1/001. Relator: Des. Wagner Wilson. Julgamento: 11/03/2009. Órgão Julgador: 16.^a Câmara Cível. Publicação: 17/04/2009).

⁵⁰⁶ Confirma-se o seguinte trecho: “Em tese, não haveria motivo para a limitação da indenização pelos danos causados ao veículo dos primeiros apelantes, pois o ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil, orienta-se, em regra, pelo princípio da restitutio in integrum – art. 944, caput, do Código Civil –, ou seja, a indenização deve possibilitar a recomposição original do estado patrimonial da vítima, o seu retorno ao status quo ante.

Do mesmo modo, demonstradas as despesas com a internação hospitalar, consoante os documentos de fls. 133/135, impor-se-ia, em princípio, a condenação do apelado à reparação de tais danos materiais, já que, em casos de lesão corporal, o próprio Código Civil, em seu artigo 949, prevê o caráter indenizável dos custos com tratamento médico. Eis a redação do dispositivo:

‘Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.’

Conforme já mencionado no presente trabalho, uma das principais consequências do dever de mitigar, quando cumprido, é o reembolso do valor gasto para tanto, em favor de quem o mitigou. Ocorre que esses gastos não devem ser desarrazoados. Note-se que foi exatamente a ideia exposta na decisão relativa ao caso *Darbishire v. Warran*, julgado pela Royal Courts of Justice em 30 de julho de 1963.⁵⁰⁷ A vítima está livre para mitigar seus danos da maneira que melhor lhe aprouver, inclusive realizando certas extravagâncias. Essas, porém, não devem ser realizadas às expensas da parte contrária. Se a parte decidiu se internar, para tratamento de saúde, em um apartamento, em lugar do ambulatório, está livre para fazê-lo. Porém, não será cabível o ressarcimento respectivo, por não ser razoável a imposição, a outrem, de gastos, a rigor, desnecessários à mitigação do dano.

Todavia, no caso dos autos, salvo no tocante à despesa prevista no recibo anexado na parte superior da fl. 134, não fazem os primeiros apelantes jus ao recebimento das diferenças pleiteadas ora em sede recursal. O Código Civil vigente positivou em seu artigo 422 o princípio da boa-fé objetiva.

As consequências do reconhecimento desse princípio não se limitam às relações contratuais, irradiando-se para diversos ramos do Direito, inclusive para o Direito Processual.

No campo da responsabilidade civil extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva decorre do instituto do abuso de direito, consubstanciado no artigo 187 do Código Civil, in verbis:

‘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.’

O princípio da boa-fé objetiva é composto por diversos subprincípios, entre os quais gozam de destaque no meio jurídico o venire contra factum proprium e o tu quoque.

Utilizado em menor escala, há outro que encontra aplicação no caso dos autos: o duty to mitigate the loss, que encontra origem no direito anglo-saxão e consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo.

Tal subprincípio foi contemplado no Enunciado n. 169 da III Jornada de Direito Civil (‘princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo’).

Na espécie, o dever de mitigar tem aplicação em ambas as situações retratadas nos dois primeiros parágrafos deste tópico: a) diante da possibilidade de a reparação dos danos materiais causados ao veículo ser feita, de modo menos gravoso para o devedor, pela aquisição de um similar, deve ser esta a via escolhida, em detrimento da reposição de peças no automóvel acidentado, o que praticamente dobraria a indenização devida; b) e, paralelamente, os apelantes não fazem jus ao ressarcimento das despesas com ‘diferença de acomodação’, ou seja, mudança de ambulatório (cujos custos são cobertos integralmente pelo plano de saúde) para apartamento, pois, defronte à ausência de provas de sua necessidade, consistem em violação ao referido subprincípio, pois oneraram indevidamente o devedor.

Assim, nesse ponto, merece provimento o recurso tão somente para incluir na condenação a despesa representada pelo recibo anexado na parte superior da fl. 134, consistente em honorários de anestesista, em virtude de sua patente necessidade para o restabelecimento da saúde da vítima Maria Aparecida da Silva Santos”.

⁵⁰⁷ Vide item 1.1.1.

CONCLUSÃO

O caminho trilhado no presente trabalho demonstra que o dever do credor de mitigar o próprio dano parece ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro para ficar, o que se espelha, sobretudo, na farta quantidade de decisões judiciais nas quais é invocado, bem como na admissão, pelo Superior Tribunal de Justiça, de sua aplicabilidade.

Demonstrou-se, ainda, que a farta invocação do dever de mitigar na jurisprudência não é acompanhada pela doutrina, já que não são muitos os trabalhos nos quais se analisa, especificamente, o referido instituto. Essa escassez de interesse da doutrina possivelmente é uma das razões da atecnia com que o dever de mitigar é, por vezes, aplicado.

Pretendeu-se, então, no presente estudo, fornecer alguns parâmetros para a adequada aplicação do dever de mitigar. Para tanto, de início, foi necessário realizar uma breve análise de como o *duty to mitigate the loss* é compreendido na sua origem, o direito anglo-saxão, colhendo-se alguns casos concretos nos quais foi aplicado.

Ato contínuo, passou-se a analisar a incorporação do *duty to mitigate the loss* no direito brasileiro, o que implica a sua transmutação para *dever do credor de mitigar o próprio dano*. Nessa seara, em vista da necessidade de verificação da compatibilidade e utilidade da referida incorporação, foi estudado o fundamento do dever de mitigar no direito brasileiro. Após, foram analisados os efeitos, em nosso ordenamento, da sua aplicação. Tendo-se em vista a compreensão de que os institutos jurídicos não são isolados, foi estudada a maneira como, no direito brasileiro, o dever de mitigar interage com outros institutos. Por fim, foi realizada uma breve análise jurisprudencial, para fins de se verificar como os nossos tribunais entendem o dever de mitigar e se o aplicam adequadamente.

Passa-se a apresentar, a seguir, algumas das conclusões a que se chegou no presente estudo:

I. O estudo do *duty to mitigate the loss* na experiência jurídica anglo-saxônica

1. De início, foi realizado um estudo acerca do *duty to mitigate the loss* no direito anglo-saxão, e de como ele é lá entendido.
2. Como principais efeitos do dever de mitigar podem ser elencados os seguintes: a) o demandante não pode ser ressarcido por danos que, razoavelmente, poderia evitar; b) o demandante será ressarcido pelas despesas que teve ao realizar os atos tendentes à mitigação dos danos; e c) a fixação da indenização da vítima deverá levar em consideração o

resultado das providências adotadas para fins de mitigação dos danos. Isso implica dizer que não serão abrangidos os valores referentes aos danos evitados, como deverão ser levados em consideração eventuais ganhos daí decorrentes.

II. O dever de mitigar no Brasil

1. Parece já estar consolidada a incorporação do *dever de mitigar* em nosso país, o que se reflete, em especial, pela sua já aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.
2. Enquanto se verifica uma significativa quantidade de julgados invocando o dever de mitigar nos tribunais brasileiros, a doutrina brasileira pouco se dedicou ao seu estudo. Dentre os poucos que o fizeram, a maioria entende ser o dever de mitigar fundamentado na boa-fé objetiva, o que parece correto, observando-se, pois, a compatibilidade do dever de mitigar com o nosso sistema.
3. E o dever de mitigar se compatibiliza com a boa-fé objetiva quer no que se refere à função dessa de restringir o exercício abusivo de direito, quer no que se refere à função criadora de deveres anexos ou acessórios à obrigação principal. Em relação à primeira função, deixar que o dano se agrave configura abuso na medida em que submete a parte contrária a uma maior insegurança jurídica, que poderá ser demandada por um montante superior ao que seria devido em caso de mitigação. E caso a vítima venha, efetivamente, a cobrar da outra os danos decorrentes da não mitigação, isso será a manifestação de um interesse em inflar artificialmente os danos para, após, obter indenização mais elevada.
4. Já em relação à função da boa-fé objetiva de criar deveres anexos, esses desaguam na realização de condutas que refletem uma preocupação com a outra parte e que extrapolam o âmbito das prestações principais. Logo, a conduta no sentido de mitigar vai inteiramente de acordo com: a) a necessidade de que a finalidade da obrigação seja atingida com o inadimplemento e a satisfação das partes; b) que sejam reduzidos os riscos do inadimplemento; c) que, uma vez inadimplida a obrigação, os seus custos sociais sejam reduzidos ao mínimo necessário; e d) que os custos sociais da reparação sejam mantidos no menor nível possível. Por meio de condutas que

objetivem tais resultados, certamente que a parte estará manifestando inequívoco respeito à esfera jurídica alheia.

5. Como consequência desse fundamento, o dever de mitigar, de fato, é um *dever*. Ou seja, há, segundo a boa-fé, um dever de conduta de se mitigar o próprio dano. Se o que denota a violação do dever de mitigar é uma omissão, essa somente é juridicamente relevante em caso de haver a imposição, pelo ordenamento, de um dever de agir. E é a boa-fé objetiva que realiza essa imposição.
6. E com a imposição dessa conduta, afasta-se a causalidade como o fundamento do dever de mitigar em nosso ordenamento. A conduta foi, então, valorada pelo ordenamento brasileiro, não sendo cabível fundamentar o dever de mitigar na causalidade. A eventual redução do dever de indenizar por força do descumprimento pela vítima do dever de mitigar o próprio dano é consequência que depende, naturalmente, do estabelecimento da relação de causalidade entre esses dois fatores – como, de resto, ocorre em todo o setor da Responsabilidade Civil –, mas isso não significa que o fundamento do dever de mitigar o próprio dano seja a relação de causalidade. O fundamento do dever de mitigar antecede a discussão de causalidade e se situa, como já dito, na boa-fé objetiva.
7. Diante do fato de as relações extracontratuais também estarem submetidas à boa-fé objetiva, não se verificam empecilhos a que o dever de mitigar também se aplique em casos de responsabilidade extracontratual. Por outro lado, as distinções da responsabilidade extracontratual em relação à contratual não são impeditivos a que se aplique, também àquela, o dever de mitigar.
8. Ressalte-se, ainda, que a invocação do dever de mitigar é de grande utilidade, não sendo esta suprida pela mera invocação da boa-fé objetiva. Afinal, a invocação daquele evita a superutilização da boa-fé objetiva, que poderia acarretar o esvaziamento desta.
9. Demonstra-se, assim, que o dever de mitigar encontra as condições de incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, eis que aqui encontra fundamento teórico, além de ser útil.

III. Os efeitos do dever de mitigar

1. No âmbito de um sistema no qual vigora o dever de mitigar, a conduta que se espera da vítima é a de agir no sentido de mitigar o dano. E como deve ser essa ação? A vítima deve adotar medidas razoáveis tendentes à mitigação.
2. O que será uma *medida razoável* dependerá das circunstâncias do caso concreto. Entretanto, é possível estabelecer alguns parâmetros objetivos para que se verifique o que é razoável. Logo, para se verificar se determinada medida é razoável, devem ser levados em consideração os seguintes aspectos relativos aos atos que visam à mitigação: a) a possibilidade de se mitigar, dividindo-se essa em possibilidade econômica e possibilidade técnica; b) a eficácia em se mitigar; c) a eficiência em se mitigar; e d) a segurança.
3. Em relação à possibilidade econômica, os custos da mitigação devem ser viáveis para aquele que tem o dever de mitigar. Ou seja, devem ser consideradas as condições específicas da vítima. Já quanto à possibilidade técnica, os atos tendentes à mitigação devem estar dentro da capacidade técnica da vítima. Observa-se, contudo, que eventual incapacidade técnica pode ser transponível, caso seja viável a contratação de terceiros para a realização material das medidas tendentes a mitigar.
4. Quanto à eficácia, as medidas a serem exigidas da vítima devem ser potencialmente hábeis a conduzir à mitigação.
5. Em relação à eficiência, necessária se faz uma análise da relação custo-benefício da providência a ser adotada quanto aos resultados pretendidos. Dessa forma, os custos da mitigação não podem ser tais que os benefícios daí decorrentes não compensem o esforço realizado.
6. Em relação à segurança, deve ser analisada no caso concreto a relação benefícios-riscos das medidas a serem adotadas para fins de se mitigar os danos.
7. Além dos parâmetros para que se verifique o que é uma medida razoável tendente à mitigação, deve-se perquirir acerca do momento a partir do qual se espera seja adotada a conduta razoável. Trata-se de verificar a partir de que momento será exigida da vítima a conduta tendente a mitigar o próprio dano. Para tanto, devem ser considerados os seguintes aspectos: a) o potencial lesivo do incremento do dano; b) a ciência, por parte do responsável pelo

dano, do evento danoso; c) a existência de informação, por parte do causador do dano, de que irá repará-lo; e d) a ciência, por parte da vítima, das condições que o causador do dano possui de repará-lo.

8. Uma vez verificado o que se entende por medida razoável e a partir de que momento se exige a realização de tal conduta, foram estudados os efeitos decorrentes do cumprimento do dever de mitigar e do seu não cumprimento.
9. No caso de ser cumprido o dever de mitigar, podem ser exergadas duas situações: a) a primeira, é aquela na qual as medidas razoáveis são realizadas e atingem o objetivo de mitigar; e b) a segunda, é aquela na qual as medidas são realizadas e, a despeito de razoáveis, não atingem o objetivo de mitigar. No caso da primeira situação, o valor da indenização corresponderá ao valor gasto com a mitigação acrescido este do valor corresponde ao dano decorrente do ilícito. No segundo caso, o valor da indenização corresponderá ao valor gasto com a mitigação acrescido do valor decorrente do ilícito, mas com uma diferença em relação à situação anterior: o valor decorrente do ilícito abrangerá o montante correspondente ao agravamento do dano, eis que inflação do dano foi inevitável, ocorrendo independentemente das medidas razoáveis de mitigação.
10. No caso de não ser cumprido, por parte da vítima, o dever de mitigar o próprio dano, a principal consequência disso será a inexistência de condenação do autor do fato a indenizar os danos não mitigados. Isso porque os danos decorrentes da não mitigação devem ser atribuídos não ao agente do dano originário, mas sim, àquele que não mitigou.
11. Portanto, verifica-se o nexu causal exclusivo entre a omissão do credor e o agravamento de seu próprio dano quando a referida omissão é apta a interromper o fluxo causal originário, isto é, aquele decorrente da conduta do agente. E a relevância dessa omissão para o direito, a ponto de possuir o condão de inaugurar um novo fluxo causal, decorre do fato de que o ordenamento – por meio da boa-fé objetiva – impunha um dever de agir para se mitigar o próprio dano, que restou frustrado.
12. E a consequência de a vítima não ser indenizada por parcela dos danos sofridos poderia, em princípio, parecer uma exceção ao princípio da reparação integral, que, no Código Civil, é consagrada no art. 944. Não se trata, porém, de exceção. Isso porque, como já mencionado, a parcela do dano

não indenizada em virtude da violação do dever de mitigar, na realidade, foi causada pela própria vítima. Daí não se tratar de exceção à reparação integral, já que a parcela do dano causado pelo autor do fato será integralmente indenizada.

IV. Questões pontuais relativas ao dever de mitigar

1. Quanto ao dever de mitigar e a cláusula penal, tendo-se em vista essa se tratar de uma prefixação dos danos, deve ser honrada em caso de inadimplemento, não se falando em dever do credor de mitigar o próprio dano. Há, porém, a ressalva relativa aos casos em que é prevista a indenização suplementar, com a possibilidade de haver a exclusão do excedente ou de parte dele em caso de violação do dever de mitigar. Existe, ainda, outra exceção, em razão do disposto no art. 413 do Código Civil. Note-se que a consideração acerca de ser excessiva ou não a cláusula penal deve ser realizada considerando-se os danos inevitáveis. Se esses forem irrisórios, mesmo não o sendo os danos evitáveis, a redução da cláusula penal se imporá.
2. Em relação às situações nas quais uma das partes tem responsabilidade objetiva, essa circunstância não interfere no dever de mitigar. Isso porque, a responsabilidade objetiva se refere aos danos causados à parte contrária. Em se tratando de dever de mitigar, está-se falando em danos causados àquele mesmo que é objetivamente responsável. O próprio fundamento da responsabilidade objetiva, que é o desempenho de atividade que gera risco aos direitos de outrem, não é relevante quando se trata de um dano causado a si próprio. Assim, o simples fato de alguém ser objetivamente responsável não interfere na maneira de se aferir o nexo de causalidade da sua omissão com os danos a si próprio causados.
3. Quanto à repercussão do dever de mitigar nas relações não paritárias, deve-se dizer que a boa-fé objetiva se aplica a ambas as partes. Portanto, não é dado a ninguém se escusar de agir com boa-fé objetiva sob a alegação de que está inserido em relação jurídica não paritária. Logo, os parâmetros abstratos para se aferir se uma determinada pessoa agiu de maneira razoável com a finalidade de mitigar o seu dano serão os mesmos quer para a parte vulnerável, quer para a parte não vulnerável da relação jurídica. O que pode variar são as condições concretas. Por exemplo, pode

ser que a parte vulnerável disponha de menos recursos econômicos que a parte contrária para realizar os atos tendentes à mitigação, o que interfere no parâmetro da possibilidade econômica de mitigar, como contemplado no subitem 3 do item III desta Conclusão.

4. Quanto à relação entre o dever de mitigar e a proibição de comportamento contraditório, verificou-se que aquele não se fundamenta nesta. Em caso de descumprimento do dever de mitigar, não há como o devedor inadimplente alegar que teria uma legítima expectativa de que a vítima mitigasse o dano. Assim, o dever de mitigar se fundamenta na boa-fé objetiva, mas não sob a perspectiva da proibição do comportamento contraditório.
5. Também na seara da proibição de comportamento contraditório, deve ser considerada a situação na qual a vítima vem a demandar por danos não mitigados. Nesse caso, está-se diante de hipótese de comportamento contraditório. Isso porque a inércia da vítima em mitigar o seu próprio dano gera na parte contrária a legítima expectativa de que, por aqueles danos, não será demandada. Se a vítima causa danos a si própria com a não mitigação, nada mais natural que o agente originário entenda ser tal conduta uma expressão da autonomia privada e que, por conseguinte, não será demandado.
6. Ainda na mesma seara, foi visto que é possível a ocorrência de situação na qual a alegação de violação ao dever de mitigar pode ser repelida com fundamento na proibição do comportamento contraditório. E isso nos casos em que, havendo um fato danoso, a vítima procura o agente que empenha sua palavra no sentido de que reparará os danos causados. A vítima, confiando na palavra da outra parte, nada faz no sentido de mitigar o dano. Ocorre que o agente, que havia se comprometido a reparar o dano, também nada faz nesse sentido. No caso, se o agente, acionado para arcar com o agravamento dos danos, suscitar a violação ao dever de mitigar, essa alegação deverá ser afastada. Afinal, a postura do agente de se comprometer a reparar os danos, mas, após, nada fazer, e, ainda, posteriormente, alegar a violação do dever de mitigar, consiste em comportamento contraditório.
7. Quanto à relação do dever de mitigar com o *tu quoque*, verificou-se que pelo fato de o dever de mitigar estar fundado na boa-fé objetiva, não se pode justificar o seu descumprimento no fato de a parte contrária não ter

agido, igualmente, conforme a boa-fé objetiva. A exigência de que uma parte aja de acordo com a boa-fé objetiva não é condicionada pela conduta da parte contrária de também agir de acordo com a boa-fé objetiva.

8. Verificou-se, ainda, ser possível haver situações que se enquadram tanto na violação do dever de mitigar como na *suppressio*. Evidentemente que, para que se verifique a hipótese de *suppressio*, o ato que também configura a violação do dever de mitigar deve ser passível de inspirar a confiança na parte de que aquele direito não mais seria exercido.
9. Quanto à relação entre o dever de mitigar e a perda de uma chance, demonstrou-se que, tal como nessa última, no dever de mitigar a verificação de probabilidades também alcança importância relevante, já que jamais será possível saber, com absoluta certeza, se o ato não realizado alcançaria o resultado pretendido. Assim, deve-se tentar mensurar a probabilidade, em abstrato, que o ato não realizado teria de conduzir à mitigação do dano. Logo, quanto maior for a probabilidade de o ato atingir o objetivo de mitigar o dano, maior será a parcela de responsabilidade da vítima pelo agravamento do dano e vice-versa. Nota-se que essa análise é importante para a fixação de eventual indenização.
10. Analisou-se, ainda, a aplicação do dever de mitigar em casos de exercício tardio do direito de ação. Nessa seara foi proposta a seguinte categorização: a) o dever de mitigar nos casos em que se verifica uma conduta reiterada por parte do causador do dano; e b) os casos em que é único o ato do causador do dano. Na hipótese da alínea a), tendo-se em vista que a conduta danosa é reiterada, nem mesmo é possível a inauguração de uma nova cadeia causal decorrente da inércia da vítima. O exemplo dado foi o do aluguel não pago: em determinado mês, houve inadimplemento. No mês seguinte, sobreveio um novo inadimplemento e assim por diante. Logo, a inércia da vítima não seria passível de inaugurar um novo fluxo causal, na medida em que logo no mês seguinte novo inadimplemento ocorreria. Nesses casos, a demora do credor em ingressar em juízo não acarreta a violação do dever de mitigar.
11. Já com relação à hipótese da alínea b), acima, não havendo atos reiterados do agente, mas apenas um único ato base causador de um dano, a eventual inércia da vítima acarretará o agravamento dos efeitos daquele ato único.

Portanto, não haverá a produção de novos danos, reiterados. Assim, será verificada a possibilidade de inauguração de um novo fluxo causal, decorrente da inércia da vítima em agir para mitigar os danos por ela sofridos.

12. Analisaram-se, ainda, as situações nas quais o dever de mitigar é invocado no âmbito de um processo judicial. Nesses casos, a medida tendente a mitigar o dano seria a adoção de um ato processual. Quando, para que haja a mitigação, encontra-se à disposição da vítima um ato processual eficaz para a mitigação, mas esse não é praticado, será possível a alegação de violação do dever de mitigar. Um exemplo é quando, para a mitigação, pode ser realizada a penhora *on-line* de valores da parte contrária. O credor, omitindo-se na realização do requerimento, pode estar violando o seu dever de mitigar.
13. E a mesma lógica se espraia para as *astreintes*, isto é, se tiver ocorrido a fixação de multa, sem que a parte dela beneficiária realize os atos processuais tendentes à efetivação do julgado, também poderá ser alegada a violação do dever de mitigar, com a perda dos valores das multas incidentes a partir do momento em que a omissão em agir para mitigar se torna desarrazoada.
14. Analisaram-se, ainda, os casos em que se alega que o dever de mitigar teria sido violado pela não interposição de recurso. Foi verificado que, nos referidos casos, não há espaço para a alegação daquela violação, já que, a rigor, já haveria a soma de duas forças contrárias aos interesses da vítima: a primeira, o próprio ato do agente; a segunda, a decisão judicial que não eliminou os efeitos do ato do agente. Com isso, o liame causal do dano se dá com esse somatório de forças e não com a omissão da vítima.
15. Verificaram-se, ainda, as situações de dever de mitigar aplicadas no âmbito das relações jurídicas estabelecidas no âmbito da internet. Em razão dos efeitos do art. 19 do Marco Civil da Internet, a alegação do dever de mitigar nas relações mantidas entre vítima e provedor de aplicações não terá repercussão relevante. Isso porque o provedor, segundo o referido dispositivo, somente poderá ser responsabilizado caso não cumpra uma decisão judicial. Assim, seja célere ou não o ingresso da vítima em juízo, isso de nada importará em face do provedor de aplicações.
16. Salientou-se, contudo, que além da relação mantida entre vítima e provedor de aplicações, deve ser levada em consideração, ainda, a relação mantida

entre o produtor do conteúdo e a vítima. Nesse caso, o dever de mitigar já poderá apresentar repercussão. Isso porque, no que se refere à relação em comento, a disciplina da responsabilidade civil se dá nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil, e não nos termos do art. 19 do Marco Civil. Dessa maneira, se a vítima do dano não agir com a devida celeridade para mitigar o prejuízo (adotando as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis), inclusive junto aos provedores de aplicações, o produtor do conteúdo poderá, em tese, alegar a violação do dever de mitigar.

17. E a necessidade de se agir de forma célere, inclusive com os meios extrajudiciais cabíveis, será aplicada, também, nas hipóteses do art. 21 do Marco Civil, que prevê situações nas quais é excepcionada a lógica do art. 19, adotando-se, ali, o *notice and take down*. Por fim, importante atentar para os termos da notificação extrajudicial, devendo conter os dados necessários à individualização do conteúdo alegadamente ofensivo, nos conforme o parágrafo único do art. 21.

V. A análise jurisprudencial

1. Das decisões comentadas, percebeu-se ser bastante vasto o leque de situações nas quais o dever de mitigar é invocado nos tribunais. Uma das situações mais recorrentes é aquela na qual o agente causador do dano incorre em condutas reiteradas, observando-se isso quer em situações de inadimplemento de prestações em relações de compra e venda – normalmente de imóveis –, quer em inadimplemento de aluguéis. O caso comentado se refere à primeira situação, isto é, inadimplemento reiterado de prestações decorrentes de contrato de promessa de compra e venda.
2. Outra situação apresentada é aquela na qual é reconhecida a violação do dever de mitigar pelo não cumprimento do dever de prestar uma informação, isto é, a vítima não presta uma determinada informação, deixando-se, assim, de evitar a provocação do dano.
3. Apresentaram-se, ainda, situações de aplicação do dever de mitigar a casos em que a vítima deixa de impugnar algum ato judicial que lhe seja desfavorável. Importante ressaltar a distinção realizada entre os casos em que o ato judicial não impugnado é uma decisão judicial e aqueles exercidos pelo Poder Judiciário em sua atividade atípica.

4. Observou-se que os casos que envolvem relação consumerista também são usualmente resolvidos com base no dever de mitigar. Por vezes, entende-se violado o dever de mitigar por parte do fornecedor do produto ou serviço, mesmo quando ele, fornecedor, em momento algum foi vítima. Há casos, então, nos quais o dever de mitigar foi aplicado não em relação ao próprio dano, mas sim em relação a dano alheio, o que parece configurar uma distorção.
5. Tendo-se em vista as várias situações consumeristas nas quais o dever de mitigar é invocado, apresentaram-se dois julgados, em um dos quais o dever de mitigar foi aplicado sem qualquer fundamentação e outro, no qual o dever de mitigar foi aplicado, com a demonstração do caminho percorrido pelo Órgão Julgador para se chegar à fixação da indenização.
6. Hipótese curiosa, ainda, é aquela na qual o dever de mitigar foi considerado violado por ter sido praticado ato comissivo por parte da vítima, e não por conta de omissão em mitigar.
7. Outra hipótese relevante de aplicação do dever de mitigar nos tribunais é naquela em que se verifica, como efeito da utilização desse instituto, a redução do valor total devido a título de *astreintes*.
8. Igualmente relevante são os casos nos quais a aplicação do dever de mitigar redundou na redução (ou exclusão) dos lucros cessantes.
9. Não poderiam deixar de ser analisados, também, casos nos quais, de forma expressa, há a condenação em indenização por danos emergentes, decorrentes dessas despesas realizadas com os atos tendentes à mitigação.
10. Passa-se, agora, às conclusões relativas à valoração do modo como foi aplicado o dever de mitigar nos casos citados. Nesse sentido, demonstrou-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica o dever de mitigar em situação de exercício tardio do direito de ação. Porém, aplica-o mesmo nos casos de inadimplemento reiterado, o que, como se verificou, é indevido, já que, nas referidas situações, nem sequer é possível ser formado um novo fluxo causal a partir da omissão da vítima em agir para mitigar o seu dano.
11. Demonstrou-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica o dever de mitigar em situação na qual o dano alegado teria surgido no âmbito de processo judicial, em virtude de equívoco material do cartório, cuja correção não foi requerida pelo interessado. Essa omissão ensejou a violação do

dever de mitigar. Fez-se a distinção entre o referido caso e aquele no qual o dano alegado é causado ou, ao menos, potencializado, por uma decisão judicial. No caso de decisão judicial, a falta de interposição do recurso respectivo não deve ser considerada como violação do dever de mitigar.

12. Apresentou-se julgado no qual o Tribunal Regional Federal da 5.^a Região aplica o dever de mitigar em situação de culpa concorrente, o que é indevido. O campo propício à alegação do dever de mitigar é aquele no qual um dano é produzido, mas a vítima respectiva deixa de adotar as medidas tendentes à sua mitigação. Ato contínuo, surge um novo nexos causal, formado entre a conduta omissiva da parte e o agravamento do dano. Já no caso da culpa concorrente, desde a origem o dano encontra a sua causa na conduta de mais de uma pessoa. No caso, uma dessas pessoas foi a própria vítima. Portanto, não se trata de situação adequada à invocação do dever de mitigar.
13. Apresentou-se situação na qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro aplica indevidamente o dever de mitigar sob a alegação de que o interessado não insistiu no pedido de tutela antecipada, cuja apreciação foi expressamente postergada pelo juízo. No caso em questão, não se pode considerar que prestigiar uma decisão judicial, não sendo interposto o recurso cabível contra a decisão de postergação, tenha sido uma afronta à boa-fé objetiva. O nexos causal do agravamento do dano não se estabelece com a omissão da vítima, mas sim com o ato do agente potencializado pela decisão judicial que, expressamente, postergou a apreciação da tutela antecipada.
14. Apresentaram-se julgados nos quais o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aplica o dever de mitigar, indevidamente, como fundamento em casos nos quais não se trata de agravamento dos próprios danos, mas sim nos quais se verifica a geração de danos em relação à parte contrária. Note-se que a violação do dever em questão se dá quando não são realizados os atos tendentes a evitar o agravamento do próprio dano. Se, entretanto, o que está em jogo não é um dano próprio, mas sim alheio, estar-se-á diante de hipótese de violação do dever jurídico de não causar dano a outrem – *alterum non laedere* – não de violação do dever de mitigar o próprio dano.
15. Apresentou-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual o dever de mitigar é aplicado de maneira inteiramente descontextualizada, sem qualquer justificativa e, ainda, sem que tenham sido explicitados, no

julgado, os efeitos concretos de sua utilização. Isso demonstra inequívoca atecnia em sua aplicação.

16. Por outro lado, apresentou-se exemplo do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no qual o dever de mitigar foi aplicado de forma criteriosa, por ter sido demonstrado com clareza o momento a partir do qual a omissão da vítima se tornou desarrazoada, a acarretar a violação do dever de mitigar. Dessa forma, sendo estabelecido o ponto de virada a partir do qual se inaugurou uma nova cadeia causal, permitiu-se verificar qual o raciocínio percorrido pelo juízo até chegar ao valor de indenização por ele fixado.
17. Apresentou-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo no qual a violação do dever de mitigar foi o fundamento para a exclusão de parte dos valores devidos a título de *astreintes*. A vítima, beneficiária de obrigação de fazer não cumprida, demorou muito para ingressar com requerimento de penhora *on-line* de valores pertencentes à outra parte, para fins de obter resultado equivalente ao da obrigação inadimplida. Diante dessa demora, foi excluída a maior parte do total da multa, sob o argumento de violação do dever de mitigar. Demonstrou-se que, em que pese as *astreintes* não terem caráter indenizatório, mas sim coercitivo, isso não impede que sofram os efeitos do dever de mitigar. E isso porque se, em um primeiro momento, a multa é consequência do inadimplemento, a partir de determinado momento ela passa a ser consequência da inércia do credor.
18. Apresentou-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual foi reconhecida a violação do dever de mitigar em razão de ato comissivo da vítima. Demonstrou-se que, no referido caso, não se trata de campo propício para a invocação do dever de mitigar, tendo-se em vista que a sua aplicação é adequada quando se inaugura um novo fluxo causal com a omissão da parte que acarrete o agravamento dos danos.
19. Apresentou-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual houve o indeferimento, na totalidade, da indenização por lucros cessantes, sob o argumento de violação do dever de mitigar. Demonstrou-se que a exclusão da totalidade da indenização foi indevida, na medida em que, nas situações em que se verifica a violação do dever de mitigar, remanesce um período dentro do qual os danos foram inevitáveis. Em razão disso, o

correto teria sido a exclusão de, apenas, parte da indenização a título de lucros cessantes, e não da sua totalidade.

20. Apresentou-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no qual foi reconhecido que somente devem ser ressarcidas à vítima as despesas razoáveis realizadas com a finalidade de mitigar o dano em acidente automobilístico. Com isso, não foram indenizadas as despesas com a reparação de automóvel que superaram o valor de mercado de um veículo novo. Por outro lado, em relação à reparação das lesões sofridas no acidente, considerou-se que se o plano de saúde da vítima cobria a internação ambulatorial e esta era suficiente para a recuperação da vítima, os valores relativos à internação em apartamento não poderiam recair sobre a parte contrária.

As conclusões, acima sintetizadas, demonstram que, se, por um lado, a incorporação do dever de mitigar no Brasil parece ter se consolidado, por outro, a sua aplicação ainda vem sendo, em certos casos, pouco técnica. Daí a necessidade de se tentar compreender melhor o instituto analisado, primeiro passo para se racionalizar a sua aplicação, bem como a necessidade de se oferecer parâmetros mais concretos para tanto.

É o que se pretendeu fazer neste estudo.

REFERÊNCIAS

ADAR, Yehuda. Comparative negligence and mitigation of damages: two sister doctrines in search of reunion. *Quinnipiac Law Review*, v.31, p.783-842, 2013. Disponível em: <<http://weblaw.haifa.ac.il/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=yYirPc/9FL>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Jornada de direito civil*. Brasília: CJF, 2005. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 04 set. 2015.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Introdução ao direito comparado*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATES, Paul J. Mitigation of damages: a matter of commercial common sense. *Advocate's Quarterly*, v.13, p.273-307, 1991-1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Campinas: Servanda, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.3-20.

_____. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.317-342.

_____. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.237-265.

_____. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.343-380.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.381-421.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Pedro Pitta Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

CASSETARI, Christiano Cassetari. *Multa contratual*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

COHEN, George M. The fault lines in contract damages. *Virginia Law Review*, v.80, n.6, p.1225-1349, 1994.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Tratado de direito civil português I: parte geral*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2005. Tomo I.

_____. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. Tomo II-III.

CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. 2.ed. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quórum, 2008.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin's tort law*. 7.ed. Oxford: Oxford, 2012.

DIAS, Daniel Pires Novais. O duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, n.139, p.1-57, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 15 set. 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Podium, 2007. v.2.

FACHIN, Luiz Edson. Contratos e responsabilidade civil: duas funcionalizações e seus traços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.100, n.903, p.26-37, 2011.

FARNSWORTH, E. Allan. Legal remedies for breach of contract. *Columbia Law Review*, n.7, v.70, p.1145-1216, 1970.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3.ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.5, n.19, p.109-119, 2004.

FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p.236-254.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na perda de uma chance*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná-UFPR, Curitiba, 2010.

GORDLEY, James. *Foundations of private law: property, tort, contract, unjust enrichment*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law*. Disponível em: <http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Boa fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.50, p.217-236, 2012.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERIA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. *Civilistica.com*, v.1, n.2, p.1-24, 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Konder-e-Renteria-civilistica.com-a.1.n.2.2012.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

LEWICKI, Bruno. Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.357-385.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito civil: contratos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. O caso dos produtos tostines: uma atuação do princípio da boa-fé na resilição de contratos duradouros e na caracterização da supressão. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.513-542.

_____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Org.). *Questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2007. v.6. p.505-544.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.63, p.69-94, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NALIN, Paulo; SIRENA, Hugo. A Convenção de Viena de 1980 e a sistemática contratual brasileira: a recepção principiológica do duty to mitigate the loss. *Revista Jurídica*, São Paulo, n.422, p.31-46, 2012.

NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.221-253.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. *Revista da EMERJ*, v.11, n.44, p.124-139, 2008. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edições/revista44>. Acesso em: 14 maio 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.4.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 27.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.1.

_____. *Instituições de direito civil*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2.

_____. *Instituições de direito civil*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.3.

_____. *Instituições de direito civil*. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.4.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, v.107, p.1351-1352, 2009. Disponível em: <<http://chicagounbound.uchicago.edu/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=m7fhhhC5S/&dl>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.457-488.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012. p.192-204.

_____. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. A tríplice transformação do adimplemento. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.97-118.

_____. Abuso do direito e boa-fé objetiva. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.49-60.

_____. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.4-24.

_____. Direito e mídia. In: *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013. p.9-26.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p.151-172.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.437-458.

_____. *Twitter, Orkut e Facebook: considerações sobre a responsabilidade civil por danos decorrentes de perfis falsos nas redes sociais direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Org.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p150-164.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011.

_____. *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=2>>. Acesso em: 30 out. 2012.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.199-215.

_____. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.73-111.

_____. Notas sobre o nexos de causalidade. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Tomo II. p.63-81.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: *Temas de direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.267-291.

_____. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.3-19.

_____. Velhos e novos mitos na teoria da interpretação. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Tomo III. p.419-421.

_____. Inadimplemento contratual e tutela específica das obrigações. In: *Relações obrigacionais e contratos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. v.2. p.133-148.

_____. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (Org.). *Direito e justiça social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. São Paulo: Atlas, 2013. p.257-272.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v.2.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.); SCHREIBER, Anderson. A boa fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.29-44

_____. *Código civil comentado: direito das obrigações: artigos 233 a 420*. São Paulo: Atlas, 2008. v.4.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TETLEY, William. Good faith in contract: particularly in the contracts of arbitration and chartering. *Journal of Maritime Law & Commerce*, v.35, n.4, p561-583, 2004. Disponível em: <heinonline.org>. Acesso em: 12 jun. 2015.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. 2.^a reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000. v.1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.4.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

WEIR, Tony. *An introduction to tort law*. 2.ed. Oxford: Oxford, 2006.

Documentos Jurídicos:

BANCO de Portugal vc. Waterlow & Sons Ltd. Disponível em:
<<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1932/1.html>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Decreto Legislativo n.º 538, de 2012. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-norma-pl.html>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag115.023/SP*. Relator: Min. Barros Monteiro. Julgamento: 03/09/2002. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJ: 25/11/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 1087661/SC*. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti. Julgamento: 02/12/2010. Órgão Julgador: 4.ª Turma. Publicação: DJe 01/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 171.753-GO*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 04/04/2013. Órgão Julgador: 6.^a Turma. Publicação: DJe 16/04/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 266.426-SC*. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 07/05/2013. Órgão Julgador: 6.^a Turma. Publicação: DJe 14/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 255.744-PR*. Relator: Assusete Magalhães. Julgamento: 06/12/2012. Órgão Julgador: 6.^a Turma. Publicação: DJe 07/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 356821-RJ*. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 23/04/2002. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJ 05/08/2002 p. 334.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 758.518-PR*. Relator: Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS). Julgamento: 17/06/2010. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJe: 28/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.325.862-PR*. Relator: Luis Felipe Salomão. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: 4.^a Turma. Publicação: DJe.: 10/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 114671/RJ*. Relator: Min. Carlos Madeira. Julgamento: 20/10/1987. Órgão Julgador: 2.^a Turma. Publicação: DJ 13/11/1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 341*. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 15 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. *AC 0014885-23.2010.4.05.8300*. Relator: Des. Federal Cíntia Menezes Brunetta. Julgamento: 05/07/2012. Órgão Julgador: 3.^a Turma. Publicação: DJE 13/07/2012.

BRITISH Westinghouse Electric and Manufacturing Co -V- Underground Electric Railways CO (London) Limited; HL 1912. *Swarb.Co.Uk*, 2015. Disponível em: <<http://swarb.co.uk/british-westinghouse-electric-and-manufacturing-co-v-underground-electric-railways-co-london-limited-hl-1912/>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

CONVENÇÃO da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Disponível em: <http://www.globalsaleslaw.org/__temp/CISG_portugues.pdf>, Acesso em: 22 nov. 2012.

DARBISHIRE v WARRAN. Julgado pela *Royal Courts of Justice*, em 30/07/1963. Disponível em: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1963/2.html>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LAW REFORM (Contributory Negligence) Act 1945. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/8-9/28/section/1>>. Acesso em: 1.º set. 2015.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. AC 2009.022658-4/0000-00. Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgamento: 21/09/2009. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Registro: 24/09/2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 1.0701.07.183692-1/001. Relator: Des. Wagner Wilson. Julgamento: 11/03/2009. Órgão Julgador: 16.ª Câmara Cível. Publicação: 17/04/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 591028295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento: 06/06/1991. Órgão Julgador: 5.ª Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70030102719. Relator: Des. Desa Liege Puricelli Pires. Julgamento: 18/03/2010. Órgão Julgador: 6.ª Câmara Cível. Publicação: DJ 01/04/2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70046205951. Relator: Des. Denise Oliveira Cezar. Julgamento: 23/02/2012. Órgão Julgador: 22ª Câmara Cível. Publicação: DJ 29/02/2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 98.001.14922. Relator: Nagib Slaibi Filho (Juiz Convocado). Julgamento: 09/03/1999. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Publicação: 23/04/1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 2009.001.17109. Relator: Des. Calos Santos de Oliveira. Julgamento: 19/05/2009. Órgão Julgador: 9.ª Câmara Cível. Publicação: 28/05/2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0302424-56.2008.8.19.0001. Relator: Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Julgamento: 28/02/2012. Órgão Julgador: 18.ª Câmara Cível. Publicação: 02/03/2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC 0063013-85.2011.8.19.0001. Relator: Des. Mario Assis Gonçalves. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Publicação: 17/04/2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 1639488-93.2011.8.19.0004*. Relator: Des. Eduardo de Azevedo Paiva, Julgamento: 21/03/2013. Órgão Julgador: 19.^a Câmara Cível. Publicação: 03/04/2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0079794-48.2012.8.19.0001*. Relator: Des. Maria Luiza de Carvalho. Julgamento: 14/07/2014. Órgão Julgador: 23.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 16/07/2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0220694-81.2012.8.19.0001*. Relator: Des.: Marcelo Anatocles. Julgamento: 27/08/2014. Órgão Julgador: 23.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 01/09/2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0006606-20.2009.8.19.0068*. Relator: Des. Marcelo Anatocles. Julgamento: 19/11/2014. Órgão Julgador: 23.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 25/11/2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 00669430920148190000 RJ 0066943-09.2014.8.19.0000*. Relator: Des. Gabriel de Oliveira Zefiro. Julgamento: 05/03/2015. Órgão Julgador: 13.^a Câmara Cível. Publicação: 09/03/2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AI 0053775-03.2015.8.19.0000*. Relator: JDS Des. Maria Aglaé Tedesco Vilaro. Julgamento: 07/12/2015. Órgão Julgador: 27.^a Câmara Cível Consumidor. Publicação: 09/12/2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação 0008115-72.2009.8.19.0007*. Relator: José Carlos Paes. Julgamento: 06/07/2011. Órgão Julgador: 14.^a Câmara Cível. Publicação: 08/07/2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação 0019271-11.2010.8.19.0205*. Relator: Des. Sérgio Jeronimo A. Silveira. Julgamento: 14/02/2012. Órgão Julgador: 4.^a Câmara Cível. Publicação: 16/02/2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *AC 0140179-93.2011.8.19.0001*. Relator: Des. Rogério Oliveira de Souza. Julgamento: 28/08/2012. Órgão Julgador: 9.^a Câmara Cível. Publicação: 03/09/2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70025609579*. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 20/05/2009. Órgão Julgador: 5.^a Câmara Cível. Publicação: DJ: 27/05/2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 70037440682*. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgamento: 30/09/2012. Órgão Julgador: 12.^a Câmara Cível. Publicação: DJ: 07/07/2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AC 0208219-57.2013.8.21.7000*. Relator: Des. Elaine Harzheim Macedo. Julgamento: 04/07/2013. Órgão Julgador: 17.^a Câmara Cível. Publicação: DJ 17/07/2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AC 0001605-36.2011.8.26.0344*. Relator: Des. Alcides. Julgamento: 15/05/2012. Órgão Julgador: 1.^a Câmara de Direito Privado. Data de registro: 18/05/2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *AI 2174067-22.2014.8.26.0000*. Relator: Des. Campos Petroni. Julgamento: 10/11/2015. Órgão Julgador: 27.^a Turma de Direito Privado. Registro: 12/11/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 0017716-65.2009.8.26.0506*. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 22/07/2015. Órgão Julgador: 30.^a Turma de Direito Privado. Registro: 24/07/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação 1000124-72.2014.8.26.0002*. Relator: Des. Maria Lúcia Pizzotti. Julgamento: 25/11/2015. Órgão Julgador: 30.^a Turma de Direito Privado. Registro: 26/11/2015.

S. J. GROVES & Sons Company, Appellant, v. Warner Company. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/576/524/254816/>>. Acesso em: 02 set. 2015.