



O duty to mitigate the loss no Brasil: o dever do credor de mitigar seu próprio prejuízo

O duty to mitigate the loss no Brasil: the creditor's duty to mitigate your own loss

MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA GROSSI ANDRADE

Desembargadora do TJMG;
Mestra em Ciências Jurídicas (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa);
Especialista em Direito Público (PUC Minas);
Ex-Promotora de Justiça;
Ex-Delegada de Polícia.
gab.aparecidagrossi@tjmg.jus.br

THAÍS GROSSI ANDRADE

Advogada;
Mestranda em Direito Privado (Universidade FUMEC);
Especialista em Direito Notarial e Registral (PUC Minas);
Especialista em Direito Processual Civil (Cândido Mendes/RJ).
gab.aparecidagrossi@tjmg.jus.br

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo explicar os fundamentos jurídicos de recepção da Teoria do duty to mitigate the loss pelo sistema jurídico brasileiro, também chamada de doutrina dos danos evitáveis, um instituto de tradição common law. Discorrerá sobre o dever de mitigar em si, sua origem e sua aplicação no Brasil. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, utilizando como fonte, principalmente, livros, artigos científicos e a legislação.

Palavras-chave: Duty to Mitigate the loss. Fundamentos. Recepção. Brasil. Aplicação.



UNIDADE FUNCIONÁRIOS:

📍 Praça João Pessoa, 200 | Funcionários
Belo Horizonte | MG | 30140-020
☎️ 31 3524.5000

UNIDADE ANCHIETA:

📍 Rua Vitório Marçola, 360 | Anchieta
Belo Horizonte | MG | 30310-360
☎️ 31 3524.5204

UNIDADE PILAR:

📍 Rua Professor Otílio Macedo, 12 | Olhos D'Água
Belo Horizonte | MG | 30390-200
☎️ 31 4009.0994

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain the legal basis of reception of the Theory of Duty to mitigate the loss by the Brazilian legal system, also called doctrine of avoidable damages, an institute of common law tradition. It will discuss the duty to mitigate in itself, its origin and its application in Brazil. Bibliographical research will be used, through the deductive method, using as a source, mainly, books, scientific articles and legislation.

Keywords: *Duty to Mitigate the loss. Fundamentals. Reception. Brazil. Application.*

1 INTRODUÇÃO

São intrigantes as consequências da importação e exportação de institutos de Direitos entre países diferentes.

Frequentemente, ao ultrapassarem fronteiras, tais institutos assumem contornos novos, distintos daqueles ostentados em seu país de origem, provocando frutos para os ordenamentos jurídicos para os quais são transportados.

O presente artigo tem por objetivo explanar os fundamentos jurídicos de recepção da Teoria do duty to mitigate the loss pelo sistema jurídico brasileiro, também chamada de doutrina dos danos evitáveis, um instituto de tradição *common law*, bem como o dever de mitigar em si, sua origem e sua aplicação no Brasil.

2 DESENVOLVIMENTO

Com o advento do novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, inaugurou-se uma nova ordem no que diz respeito à regulação contratual. Um dos pontos mais importantes da nova teoria geral dos contratos é o princípio da boa-fé objetiva, estribado na eticidade, consagrado pela codificação (TARTUCE, 2005).

Impende mencionar que o Código Civil brasileiro não possui nenhuma norma positivada que verse sobre problemas relativos à mitigação dos danos pelo credor.

Entretanto, o artigo 389 do mesmo dispositivo legal¹ dispõe que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, ou seja, na responsabilidade civil contratual, ante o inadimplemento, impõe-se ao devedor o dever de indenizar os prejuízos causados ao credor.

Desse modo, a teoria do *duty to mitigate the loss*, no ordenamento jurídico brasileiro, questiona justamente se o devedor é responsável, inclusive, pelos prejuízos que o credor poderia ter evitado, mediante esforço razoável.

No Brasil, o instituto foi conceituado, em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, como o “preceito decorrente da boa-fé objetiva”, afirmando que os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado, de modo que a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. O agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor é infringência aos deveres de cooperação e lealdade. (BRASIL. STJ. RE nº 758.518. Relator Ministro Vasco Della Giustina, 2010).

2.1 A origem do *duty to mitigate the loss*

O dever de mitigar tem seu nascedouro na tradição *common law*, no direito anglo-saxão, onde se estendeu para os sistemas continentais (FRADERA, 2004). Inúmeros precedentes dos tribunais brasileiros reconhecem essa gênese.

Frisa-se, primeiramente, que na *common law* prestigiam-se os precedentes, o que quer dizer que o direito emana principalmente de uma construção jurisprudencial realizada continuamente pelos tribunais e pelas cortes.

No Reino Unido, nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália, o *duty to mitigate the loss* também é conhecido como *mitigation doctrine* ou *mitigation principle*, podendo ainda ser chamado de *doctrine of avoidable consequences* (COMINO, 2015).

Em tais países, sua aplicação é ampla e tradicional, servindo como um critério a ser observado para fixação da indenização devida ao credor (ANTUNES, 2012).

Em geral, na *common law*, há uma predileção pelo ressarcimento pecuniário dos danos oriundos do inadimplemento, cabendo a execução específica apenas excepcionalmente.

¹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2002).

Diferentemente, os países de tradição romano-germânica preferem a execução específica da obrigação, determinando a reparação em perdas e danos, apenas quando não é possível a realização da prestação pactuada, ou se assim preferir o credor.

Nesse sentido, o instituto, nos países que adotam o sistema common law, propõe que o credor, prejudicado por um inadimplemento, não deverá ser indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias (LOPES, 2011).

Baseado nas lições de Farnsworth, Flumignan assevera:

O escopo da regra no sistema do common law é bastante claro: busca-se evitar o desperdício de recursos econômicos pela inércia do credor quando possível o afastamento do dano mediante esforço razoável. Diante da escassez, os recursos representam um valor social relevante que deve ser preservado. (FLUMIGNAN, 2016, p.02).

Ademais, o embasamento primordial para a doutrina dos danos evitáveis no direito americano e no direito inglês não é o interesse individual, mas sim o social. (MCCORMICK, 1935).

Por isso, Flumignan também afirma:

As regras jurídicas, a doutrina e a jurisprudência não visam apenas resguardar direitos e interesses subjetivos sem e sua visão clássica. A reparação de danos partilha da mesma ideia. O dever jurídico de ressarcimento busca primeiramente proteger a sociedade e garantir a prosperidade da comunidade. (FLUMIGNAN, 2012, p. 02).

O primeiro precedente envolvendo a aplicação do instituto ocorreu em um curioso caso britânico, datado de 1677, final do século XVII (FARNSWORTH, 1999), qual seja:

O caso envolvia a compra e venda de mercadorias a serem entregues na cidade de Ipswich, em local a ser indicado pelo comprador, por ocasião da chegada do vendedor à cidadezinha. O vendedor, já em Ipswich, aguardou por seis horas a chegada do comprador, a fim de que lhe fosse informado o local para a entrega de mercadorias. Nesse período, os cavalos do vendedor, cansados e “standing in aperto aire”, morreram. No intuito de ver-se ressarcido dos danos decorrentes da perda de seus cavalos, o vendedor ajuizou ação indenizatória em face do comprador. O pedido foi negado, ao fundamento de que “foi insensatez do autor deixar os cavalos presos”, na medida em que ele “poderia ter desvencilhado os cavalos da carruagem ou

ter colocado as mercadorias em qualquer local de Ipswich". (COMINO, 2015, p. 18).

Impende mencionar que a mitigation doctrine possui aspectos, isto é, comportamentos que o credor, prejudicado diante do inadimplemento, pode adotar. Tais elementos foram considerados pelos tribunais como parâmetro para aplicação do instituto.

De um lado, há o aspecto positivo da mitigação, que ocorre quando o dano é efetivamente reduzido pelo credor e, conseqüentemente, aquele é excluído da indenização devida pelo devedor. Por outro, existe o aspecto negativo, que se dá quando o mesmo credor se mantém inerte e nada faz para minimizar seu prejuízo, podendo ter excluídas da indenização as perdas e danos que poderia ter evitado com o emprego de esforços ou despesas razoáveis e não o fez (LOPES, 2011).

Nesse cenário, percebe-se que o duty to mitigate the loss invoca duas possibilidades quanto à indenização. A primeira perspectiva consiste no fato de limitar o direito do credor prejudicado de ser indenizado por danos que poderiam ser minimizados. Enquanto a segunda estriba-se na possibilidade de ressarcimento do credor pelas despesas despendidas com esforços mitigatórios.

Além disso, o fato de o credor não ter violado o contrato é irrelevante, o foco é integralmente voltado aos danos que poderiam ter sido evitados por meio de um esforço razoável (BOOTH, 2012).

Por fim, o instituto em estudo já está consolidado na common law, sendo inquestionável sua aplicação no direito contratual inglês e norte-americano. Porém, suas origens não são muito claras, tendo sido o instituto em comento gradualmente desenvolvido pelos tribunais.

2.2 O duty to mitigate the loss na tradição civil law

Com o passar do tempo, a percepção da doutrina dos danos evitáveis, oriunda da common law, foi se introduzindo nos sistemas de tradição romano-germânica.

Releva assinalar, inicialmente, que os sistemas de tradição romano-germânica, também chamados de civil law, são aqueles que prestigiam a codificação, ou seja, o direito decorre precipuamente da lei, de atos emanados do Poder Legislativo.

Como visto anteriormente, diante de um inadimplemento contratual, os sistemas da common law e da civil law adotam formas divergentes quanto à indenização dos danos.

Nos países de tradição civil law reitera-se, nesta oportunidade, a preferência pela execução específica da obrigação descumprida, determinando a reparação em perdas e danos, apenas excepcionalmente.

Justamente por esse motivo, há uma significativa redução no campo de incidência do dever do credor de mitigar seus prejuízos nos países de tradição civil law, uma vez que com o cumprimento da prestação não há espaço para a ocorrência de danos, salvo aqueles decorrentes da mora (MUIR-WATT, 2002).

Todavia, o instituto em questão foi incorporado, sim, em tais países, que o conhecem e o aplicam em seus ordenamentos jurídicos.

Nessa medida, abordar-se-á, brevemente, o dever de mitigar no direito alemão, no italiano, no francês, bem como na Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (NAÇÕES UNIDAS, 1980).

2.3 Direito Alemão

No direito germânico, a teoria do duty to mitigate the loss, em seu aspecto negativo, encontra-se positivada no parágrafo segundo do Bürgerliches Gesetzbuch, que corresponde ao Código Civil alemão:

§ 254

Culpa concorrente:

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

Isso também se aplica se a culpa da parte prejudicada se restringe a falha em chamar a atenção do credor para o perigo de um dano de extensão incomum, quando o credor não estava ou não deveria estar ciente do perigo, ou em falhar em evitar ou reduzir o dano. O disposto no artigo 278 se aplica com as necessárias modificações. (apud LOPES, 2011, p. 55, grifos nossos)

Como se percebe, trata-se de norma inserida no âmbito da culpa concorrente, o que significa que ambas as partes – tanto o agente, quanto a vítima -, colaboraram, simultaneamente, para o resultado lesivo.

Ocorre que a doutrina, majoritariamente, critica tal fundamentação, uma vez que parece ser equivocada.

Isso, porque, no dever de mitigar, o prejuízo ou dano efetivamente é causado, apenas, pelo devedor. Outro fator relevante diz respeito ao momento da ocorrência do mitigation principle, que se dá, necessariamente, após o prejuízo ou inadimplemento, enquanto a culpa concorrente pode ser anterior ou concomitante ao dano, mas nunca posterior.

A norma do parágrafo segundo do BGB (Código Civil Alemão) é aplicada nas hipóteses de responsabilidade contratual e extracontratual, com ampla repercussão prática.

Por outro lado, o aspecto positivo da mitigação no direito alemão é abordado com base na mera liquidação do dano e apuração do efetivo prejuízo. Trata-se de aplicação da teoria da subtração para verificação do quantum a ser indenizado, o que somente pode ocorrer nos danos de ordem patrimonial (FLUMIGNAN, 2016).

2.4 Direito Italiano

Assim como no direito alemão, o Código Civil Italiano possui norma mitigadora positivada, em seu aspecto negativo, fundamentada na culpa concorrente:

Artigo 1227. Concorrência de fato culposo pelo credor.

Se o fato culposo do credor concorreu para causar o dano, o ressarcimento é reduzido segundo a gravidade da culpa e a amplitude das consequências que lhe são derivadas.

O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando diligência ordinária (2.056 e seguintes) (ITALIA, 1942).²

Apesar disso, a doutrina e a jurisprudência italiana têm construído entendimento jurisprudencial com embasamento diverso, de forma a afastar o dever de mitigação do credor, na ocasião em que este precisar ocorrer em medidas onerosas ou muito danosas (ANTONIOLLI; VENEZIANO, 2005).

2.5 Direito Francês

² Art. 1227 do Il Codice Civile Italiano: Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (2056 e seguenti).

Por sua vez, o Código Civil francês não traz, efetivamente, nenhuma norma de caráter mitigador. Entretanto, a doutrina dos danos evitáveis existe e é aplicada na França, há muito tempo.

Todavia, devido à ausência de regras específicas na legislação, o desenvolvimento da teoria ficou prejudicado. Isso ocorreu pelo costume de os magistrados fundamentarem suas decisões em dispositivos do Código Civil pátrio.

Ocorre que, a doutrina passou a verificar a inclinação dos tribunais franceses em aplicar o *duty to mitigate the loss*, em algumas decisões, com base em outros argumentos.

A título de elucidação, vale citar “o caso *Bailleux versus Jarety*, onde o locador permaneceu durante onze anos sem cobrar os aluguéis, e, ao invocar a cláusula resolutória, acaba sendo privado de exercer seu direito, com fundamento na proibição do *venire contra factum proprium*” (FRADERA, 2004).

No precedente em questão, os tribunais franceses utilizaram um conceito derivado do princípio da boa-fé objetiva para fundamentar o dever de mitigar do credor, qual seja, o *venire contra factum proprium*.

Ademais, além da boa-fé, como frisa Fradera, os tribunais franceses vêm encontrando na teoria do abuso do direito outra maneira para solucionar a questão do descumprimento do dever de mitigar o próprio prejuízo (ANTUNES, 2012).

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

A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, também conhecida pela sigla CISG³ e por Convenção de Viena, objetiva estabelecer normas uniformes aplicáveis às operações de compra e venda de mercadorias, no âmbito internacional.

Nesse cenário, o *duty to mitigate the loss* foi contemplado pelo artigo 77 da CISG:

Art. 77

A parte que invocar o descumprimento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para mitigar os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote essas medidas, a parte inadimplente poderá pedir redução

³ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (NAÇÕES UNIDAS, 1980).

na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada. (NAÇÕES UNIDAS, 1980).

Importante mencionar que o artigo 77 da Convenção de Viena está inserido no capítulo V, intitulado “Disposições relativas às obrigações do vendedor e do comprador”.

O artigo 7º, parágrafo primeiro, da própria convenção dispõe que suas normas visam assegurar o respeito à boa-fé objetiva no comércio internacional.⁴

Nesse sentido, o artigo 77 da CISG passou a ser visto como uma expressão do princípio geral de boa-fé no comércio internacional (LOPES, 2011).

Após essa breve análise sobre o dever de mitigar nos sistemas civil law e sua origem, tratar-se-á do instituto no Brasil, bem como os fundamentos de recepção e de sua aplicação.

2.7 O duty to mitigate the loss no Brasil

Conforme já dito anteriormente, no Brasil, o duty to mitigate the loss assumiu aspectos específicos, diferentemente daqueles observados nos países de tradição common law.

Não obstante a presença do dever de mitigação dos danos em sistemas jurídicos estrangeiros e em documentos internacionais, o Código Civil brasileiro de 2002 não traz uma norma de mitigação positivada, em caráter de generalidade.⁵

Por tal motivo, surge um questionamento importante a ser feito quando se aborda a doutrina dos danos evitáveis: o instituto está presente no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que de forma implícita?

Em 2004, Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com seu artigo “Pode o credor ser instado a diminuir o próprio

⁴ Art. 7º da CISG. (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

⁵ Porém, existe norma de mitigação expressa para os contratos de seguro no Código Civil de 2002, *in verbis*: “Artigo 771. Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro”.

prejuízo?”, foi precursora ao tratar do tema no Brasil. Acreditava, sim, ser possível a recepção do dever de mitigar no conjunto de normas jurídicas em vigor no nosso país, de modo que, no sistema do Código Civil de 2002, o instituto poderia ser reputado como um dever acessório do princípio da boa-fé objetiva, agora positivado no artigo 422 do Código sobredito. A propósito, vejam:

Acreditamos ser possível essa recepção. [...]

No sistema o Código Civil de 2002, o duty to mitigate the loss poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com o apoio a 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. [...]

Outro aspecto a ser destacado é o da positivação do princípio da boa-fé objetiva, no novo diploma civil, abrindo, então, inúmeras possibilidades ao alargamento das obrigações e/ou incumbência das partes, no caso, as do credor. (FRADERA, 2004, p. 119).

Nesse contexto, Vera Maria Jacob de Fradera propôs na III Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, com respaldo no artigo 422 do Código Civil, a edição de enunciado sobre o tema, vindo a ser aprovado, com a seguinte redação: “Enunciado nº 169. Artigo 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

O enunciado aprovado, que foi inspirado no artigo 77 da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980, representa muito bem o dever de colaboração presente em todas as fases contratuais. Embora formalmente desprovidos de valor legal, os enunciados constituem um norte interpretativo muito prestigiado pelos tribunais.

Em um cenário de efervescência temática, o dever de mitigar passou a ser progressivamente mais aplicado pelos tribunais brasileiros, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, além dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Mato Grosso do Sul (DIAS, 2011).

É importante notar que, no Brasil, o duty to mitigate the loss e a boa-fé objetiva estão intrinsecamente associados, prova disso é o notável tratamento uniforme que o instituto recebe pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

Destarte, como a boa-fé objetiva ecoa por todo ordenamento jurídico brasileiro, a expansão do dever de mitigar, que perfaz uma solução pragmática para vários problemas, foi imediata e irrefletida. (COMINO, 2015)

2.8 Fundamentos jurídicos de recepção do duty to mitigate the loss no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, é pertinente ressaltar a predisposição dos ordenamentos jurídicos em adotarem os sistemas abertos, por meio das chamadas cláusulas gerais, na dogmática contemporânea do direito civil.

Tal tendência é consequência da óbvia constatação de que a lei, por si só, é insuficiente para regular, de forma precisa, todos os atos oriundos da vida civil (ANTUNES, 2012).

Nesse panorama, surge a perspectiva civil-constitucional, como alternativa para a reunificação do sistema, interpretando todo o direito civil, codificado e extracodificado, à luz da Constituição, em um sistema aberto, de regras e princípios (GOMES, 2006).

Ademais, com o advento do Código Civil de 2002, a eticidade, a operabilidade e a socialidade foram consideradas como setentrião valorativo e consagradas como virtudes essenciais nas relações particulares.

Nesse estudo, merece destaque a eticidade, que impõe nas relações jurídicas os deveres de lealdade e cooperação recíprocas, valorizando as condutas guiadas pela boa-fé.

A prevalência, no Código Civil brasileiro de 2002, do valor ético é visível na opção, muitas vezes, de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais não apresentam um rigorismo conceitual em suas disposições legais (GOMES, 2006).

Essa imprecisão exige uma atividade valorativa por parte do julgador para a sua concreção, de modo a transferir para o aplicador do direito o papel de preencher o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto, de acordo com a ideia de senso comum.

Com o princípio da eticidade, aumenta o poder do juiz para buscar a solução mais justa, na integração de lacunas, e nos casos de deficiência ou falta de ajuste da norma à especificidade do caso concreto. Percebe-se, então, que o legislador preferiu

estabelecer normas mais genéricas, que permitam abarcar uma gama maior de situações, por não dar mais crédito ao mito da plenitude do ordenamento positivo (REALE, 1998).

Por tais motivos, a cláusula geral da boa-fé objetiva representa um ponto crucial no auxílio da resolução da questão concernente ao credor de mitigar o próprio prejuízo.

Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 26 do Conselho Nacional de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

Enunciado nº 26

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

Por fim, o elevado grau de vagueza semântica permite o diálogo do sistema jurídico com padrões valorativos que se situam dentro ou fora dele (ANTUNES, 2012).

2.8.1 Dever acessório da boa-fé objetiva

Reitera-se que, na contemporânea teoria geral dos contratos, um dos assuntos mais relevantes e festejados é o princípio da boa-fé objetiva – que não constava da codificação anterior -, positivado atualmente no artigo 422 do Código Civil brasileiro de 2002, legislação que possui caráter cogente no trato das relações contratuais.

Com tal princípio, surgem novos conceitos visando à integração do contrato, em sintonia com o supramencionado enunciado nº 26, dentre eles o duty to mitigate the loss (TARTUCE, 2005).

Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexos, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (COSTA, 2003).

Dessa forma, a boa-fé objetiva é a boa-fé na conduta adotada. Impõe que o destinatário da norma aja de forma consentânea com aquela socialmente esperada

de um homem probo. Determina a conduta leal, honesta e correta dadas as circunstâncias do caso (LÔBO, 2005).

A propósito, o principal fundamento de recepção do dever de mitigar no ordenamento jurídico brasileiro, defendido pela doutrina e pela jurisprudência, é o de dever acessório.

Para a Professora Vera Maria Jacob de Fradera, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre as partes (TARTUCE, 2015).

Ademais, o enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil⁶, do Conselho da Justiça Federal, dispõe que a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva gera a violação positiva do contrato, hipótese de inadimplemento negocial que independe de culpa, gerando responsabilidade contratual objetiva.

A jurisprudência brasileira compartilha desse mesmo entendimento, conforme demonstrado abaixo:

O mesmo argumento vale para os contratos bancários em que há descumprimento. Segundo nossa interpretação, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim o faz, desrespeita a boa-fé, podendo os juros ser reduzidos, pela substituição dos juros contratuais pelos juros legais. Anote-se que tal conclusão consta de julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS, Acórdão n.2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, DJEMS 24.09.2009, p. 12).

Mais recentemente, a premissa foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que substituiu os juros contratuais pelos legais, diante da demora do credor em cobrar a sua dívida, permitindo que a dívida crescesse substancialmente (TJRJ, Apelação Cível n. 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, julgado em junho de 2011).

Outrossim, o instituto em análise foi utilizado em acórdão do Superior Tribunal de Justiça, publicado no Informativo nº 439, dispondo que devem os contratantes, em todas as fases do negócio jurídico, adotar condutas pautadas na probidade,

⁶ Enunciado 24 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.

cooperação e lealdade, devendo tomar medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. E conclui: “a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano.” (BRASIL. STJ. RE nº 758.518. Relator Ministro Vasco Della Giustina, 2010).

Ainda nesse diapasão, para o civilista Flávio Tartuce, o dever de mitigar possui íntima relação com a cláusula stop loss, tema analisado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2014, que fixa o ponto de encerramento de uma operação financeira com o propósito de parar ou até evitar determinada perda, de modo que a falta de observância do referido ajuste permite a responsabilização da instituição financeira pelos prejuízos suportados pelo investidor (TARTUCE, 2015).

Por sua vez, a boa-fé objetiva, como padrão de comportamento, está disposta no artigo 422 do Código Civil de 2002, in verbis: “Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Assim, a boa-fé objetiva, por ser uma importante cláusula geral, exerce função integradora no direito das obrigações, vez que exige que as partes, em uma relação jurídica, ajam de forma considerada correta no meio social em determinado tempo (LOPES, 2011).

Portanto, a compreensão moderna de relação obrigacional não é somente vista como vínculo pontual que liga credor e devedor, tendo como único elemento relevante a prestação, mas, sim, como organismo ou processo dirigido à satisfação do credor que não se exaure na prestação (SILVA, 2006).

Nesse íterim, ambas as partes na relação jurídica devem ser respeitadas, inclusive o devedor, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Por isso, a cooperação é um dos valores presentes no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à relação obrigacional.

Logo, a boa-fé objetiva poderá como desdobramento, no direito brasileiro, impedir que o credor receba indenização por danos que poderia ter evitado, mediante esforço razoável.

2.8.2 Abuso de Direito

Outro possível fundamento de recepção para o duty to mitigate the loss pelo ordenamento jurídico pátrio é, precisamente, o abuso de direito que está previsto no artigo 187, do Código Civil, in verbis:

Artigo 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”. (BRASIL, 2002, destacou-se).

Agir com boa-fé importa, no direito das obrigações, atitude cooperativa entre credor e devedor, de modo que exerce abusivamente o direito à indenização o credor que pretende ser indenizado, apesar de não ter agido conforme a boa-fé (LOPES, 2011).

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, o dever de mitigar configuraria uma espécie autônoma de abuso de direito, ao lado de categorias como tu quoque, supressio e surrectio, afirmando que o credor, agindo de forma contrária ao dever secundário de cooperação e agravando seu próprio prejuízo, bem como a situação do devedor, estaria configurado o abuso de direito (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Assim, a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé na relação jurídica acarretaria responsabilidade civil objetiva, configurada pela presença do abuso de direito.

2.8.3 Venire contra factum proprium

O venire contra factum proprium, que nada mais é do que uma categoria de abuso de direito, foi também utilizado como fundamento de recepção do dever de mitigar no ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, o venire contra factum proprium apresentar-se-ia na contradição entre a negligência do credor para com o próprio dano e a pretensão de colocá-lo integralmente a cargo do devedor, havendo assim um exercício abusivo do direito à indenização (ANTUNES, 2012).

Contudo, essa corrente não possui muitos adeptos. A crítica consiste, justamente, no fato de não existir contradição no comportamento do credor de requerer indenização por prejuízos evitáveis que ocorreram a partir do inadimplemento.

Ademais, manifestamente, não há como reconhecer na conduta contributiva do credor a aptidão de gerar no devedor a confiança de que ele não irá pleitear a indenização integral pelos danos sofridos, elemento fundamental para a aplicação do venire contra factum proprium (DIAS, 2011).

2.9 Natureza jurídica e aplicabilidade do instituto

Parece que equivocadamente, Vera Maria Jacob de Fradera conceitua o duty to mitigate the loss como um dever jurídico – às vezes pela praticidade da tradução-, enquanto o instituto não perfaz o conceito de dever, propriamente dito: ao contrário, se distancia dele.

Nesse momento, importante se faz lembrar o conceito de dever jurídico, que nada mais é do que a individualização de uma norma jurídica aplicada a um sujeito.

Nos ensinamentos de Francisco Amaral:

O dever jurídico é, portanto, a necessidade de se observar certo comportamento, positivo ou negativo, a que tem direito o titular do direito subjetivo. A este se contrapõe. Se for descumprido, sujeita-se o infrator às sanções preestabelecidas. O não cumprimento de um dever geral de abstenção, nos direitos absolutos pode configurar o ato ilícito, enquanto nos direitos relativos consiste na infração do dever especial, gerando-se em ambos os casos, a obrigação de reparar o dano, chamada responsabilidade civil (AMARAL, 2008, p. 250).

Isso porque, embora o dever de mitigar imponha uma determinada conduta ao credor, o devedor não possui mecanismos razoáveis para que o credor adote esforços mitigatórios. A conduta do credor não é, portanto, exigível como ocorreria em um dever.

Assim, se o credor não adota a conduta conforme a norma de mitigação, a consequência será, simplesmente, a impossibilidade de ser indenizado pelos danos que poderiam ser evitados. Por isso, a doutrina prefere atribuir ao duty to mitigate the loss o caráter de limitação à reparação das perdas e danos suportados pelo credor (LOPES, 2011).

Outrossim, a norma de mitigação pode ser encarada como um ônus ou um encargo, que é a imposição de o agente adotar determinado comportamento, a fim de realizar interesse próprio.

Por fim, as consequências do duty do mitigate the loss no direito pátrio, que consiste em um encargo limitador do direito às perdas e danos suportados pelo credor na relação obrigacional, são: a) o não recebimento de indenização pelos danos decorrentes do inadimplemento, que pudessem ter sido evitados ou reduzidas por meio de esforços de mitigação e b) o direito do credor ao ressarcimento pelas despesas despendidas com medidas utilizadas para reduzir seu prejuízo.

3 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o instituto objeto do presente trabalho tem seu nascedouro nos países de tradição common law, entretanto, nada impede a sua importação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto anteriormente, por configurar uma cômoda alternativa na solução de problemas atuais da vida civil, a doutrina dos danos evitáveis está presente nos mais diversos sistemas jurídicos espalhados pelo mundo e não poderia ser diferente no Brasil.

Com a constitucionalização do direito civil brasileiro e com o advento do Código Civil de 2002, uma nova ordem jurídica contratual foi instaurada, estribada nos valores da eticidade, socialidade e operabilidade, consagrando a proteção da dignidade humana. Uma nova forma de aplicar o direito civil germinou: durante toda a existência de uma relação jurídica, as partes devem adotar condutas pautadas na probidade, na lealdade e na cooperação.

Desse modo, o princípio da boa-fé objetiva, agora positivado no artigo 422 do Código Civil brasileiro, é uma cláusula geral imprescindível para regulamentar e aplicar o direito contratual contemporâneo, possibilitando ao direito acompanhar a própria evolução social.

Nesse contexto, o duty to mitigate the loss foi, indubitavelmente, recepcionado pelo direito contratual brasileiro, embasado como dever anexo da boa-fé objetiva, ou como abuso de direito, quando excedido os limites manifestamente impostos pela sobredita boa-fé objetiva.

Afinal, não é mais possível aceitar, no decorrer de uma relação jurídica, que uma das partes não haja com cooperação e torne a prestação da obrigação mais onerosa para a outra parte. Tal conduta deve ser veemente reprimida pelo direito.

Embora não haja a positivação de uma norma mitigadora positivada no Código Civil brasileiro, o duty to mitigate the loss é totalmente justificável como corolário da boa-fé objetiva, encontrando respaldo nas cláusulas gerais dos artigos 187 e 422 do referido código.

Ademais, o direito civil brasileiro vive um período de concreção do dever de mitigar, com sua progressiva aplicação no direito contratual, nas relações jurídicas privadas.

Destarte, o duty to mitigate the loss caracteriza um instituto moderno, que desempenha importante papel na nova teoria dos contratos, objetivando uma relação pautada na cooperação e perfazendo a solução de diversos entraves.

Por fim, faz-se necessário, sim, que o credor adote esforços razoáveis para diminuir seu próprio prejuízo e para não sobrecarregar a prestação obrigacional atribuída ao devedor, sob pena de agir contra a boa-fé, podendo incorrer em responsabilidade civil objetiva.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANTONIOLLI, Luisa; VENEZIANO, Anna. **Principles of european contract law and italian law**. Haia: Kluwer Law International, 2005.

ANTUNES, Felipe Martins. **O duty to mitigate the loss no direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2012. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/duty_to_mitigate_the_lossev.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BOOTH, Wyatt. **Vandeventer Black LLP**: the duty to mitigate damages “But I didn’t do anything wrong!” LexNexis, 10 mar. 2012. Disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/real-estate/b/real-estate-law-blog/archive/2012/10/03/the-duty-to-mitigate-damages-but-i-didn-t-do-anything-wrong.aspx>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL, **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Disponível em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 758.518 (2005/0096775-4 - 01/07/2010), 3ª Turma. Relator Ministro Vasco Della Giustina, julgado em 17/06/2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9863103&num_registro=200500967754&data=20100701&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 30 jul. 2018.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. 2015. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, 2015.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ano 12, n. 45, p. 89-146, jan./mar. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

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

FLUMIGNAN, José Silvano. O dever de mitigar próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*) e a responsabilidade civil do Estado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4874, 4 nov. 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/35654/o-dever-de-mitigar-o-prejuizo-duty-to-mitigate-the-loss-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 19, p. 109–119, jul./set. 2004.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do direito civil: do individualismo à socialidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ano 7, n. 427 p.32-63, jul./set. 2006.

ITALIA. Codice Civile (1941). **Il Codice Civile Italiano**. Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 30 jul. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: ALVES, Jones Figueiredo *et al.* **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2011.

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

MUIR-WATT, Horatia. Lá moderación des dommages en droit anglo-américain. **Petits Affiches**, Paris, v. 232, p. 45-49, nov. 2002.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. 1980. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/iacyr1.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 752, p. 22-30, jun. 1998.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**: esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: <<http://www.flavio tartuce.adv.br/artigos/6>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

_____. **Direito civil**: volume 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.