

# O DUTY TO MITIGATE THE LOSS NO DIREITO BRASILEIRO: É JUSTO O CREDOR SER INDENIZADO POR PREJUÍZOS QUE DEIXOU DE MITIGAR?

PAULO ARAUJO CHONG<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Mitigação de danos: origem, recepção e fundamentos. 2. A mitigação no Direito brasileiro: *é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?* 3. Requisitos para incidência da norma de mitigação. 4. O *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

## Introdução

O *duty to mitigate the loss* é um instituto do direito anglo-saxão utilizado como forma de limitação da indenização em decorrência do inadimplemento contratual, conhecido também como doutrina dos danos evitáveis. Foi vertido para o Português como “dever de mitigar os próprios prejuízos”, ou seja, diante de um inadimplemento, não pode o credor permanecer inerte e ver o aumento de seu prejuízo para, após, requerer a indenização do valor total, sem a exclusão dos danos evitáveis, quando havia medidas razoáveis que poderiam ter sido tomadas. A boa-fé objetiva ilumina a conduta das partes da relação obrigacional, exigindo-se um agir de forma leal e cooperativa, como parceiros contratuais com a finalidade de se chegar ao adimplemento. A boa-fé também deve estar presente diante do inadimplemento, a fim de que não se agrave ainda mais os prejuízos dele decorrentes. E nesse ponto entra o instituto da mitigação de danos. Diante da importância que o *duty to mitigate the loss* vem ganhando no direito brasileiro, o presente trabalho visa a tentar responder o seguinte questionamento: *é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?* Além da pergunta acima, deve-se questionar: Houve a recepção do chamado dever de mitigar os próprios prejuízos? É realmente um “dever”? Qual o fundamento e os requisitos para tal recepção?

## 1. Mitigação de danos: origem, recepção e fundamentos

A regra no direito contratual é o adimplemento da obrigação, sendo o inadimplemento a exceção. Nesses casos, o credor, vítima do inadimplemento, deverá tomar atitudes para que o seu prejuízo não seja agravado, sob pena de não ter direito à indenização pelos prejuízos que eram evitáveis com esforços

---

O ensaio que ora vem a público teve como origem a monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura realizada no Núcleo Regional de Sorocaba, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.

<sup>2</sup> Chefe de Seção Judiciário do 1º Ofício Cível da Comarca de Tatuí, exercendo a função de Oficial Maior. Bacharel em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Boituva - FIB. Pós-graduado lato sensu em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Pós-graduando lato sensu em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

razoáveis. Isso é o que se denomina Teoria da Mitigação dos Próprios Prejuízos.<sup>3</sup> Para que haja a correta recepção desse instituto (ou sua ideia base) no direito brasileiro, necessário se faz traçar um breve panorama sobre a origem e os contornos da teoria da mitigação, ou como é tradicionalmente conhecida, *duty to mitigate the loss*, em países de tradição *common law* e de tradições romano-germânicas.

Não há como precisar com exatidão a origem da teoria da mitigação de danos, já que o seu desenvolvimento se deu de forma gradativa. É certo que essa teoria teve uma evolução maior no sistema *common law*, talvez principalmente em razão da forma de execução da obrigação inadimplida que, nesse sistema, é preferível a indenização à execução forçada.<sup>4</sup> A origem no direito anglo-saxão se dá em razão de a teoria da mitigação ter-se desenvolvido de forma mais clara nesse sistema, com seus requisitos próprios. Contudo, segundo José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins<sup>5</sup>, no direito romano já havia a ideia de a parte prejudicada evitar ou minimizar o seu prejuízo, com a noção de que a indenização, dependendo da atitude tomada, não poderia ser total. Eram situações dispostas no *Corpus Iuris Civilis* que, mesmo que implicitamente, traziam essa noção de mitigação, ainda baseada na ideia de limitação da responsabilidade e da culpa. Uma das situações trazidas pelo autor<sup>6</sup> (D.18.6.1), a qual mais se aproxima da norma de mitigação atual, mencionando, inclusive, ainda que de forma genérica, a boa-fé na venda do vinho.<sup>7</sup>

No direito romano, há indícios da mitigação em casos específicos e, mesmo que sem ter uma denominação própria, a preocupação com o comportamento leal e de boa-fé em determinadas situações, o que demonstra uma pequena *fumaça* do atual dever de cooperação. Maximiliano Rodríguez Fernández<sup>8</sup> reconhece que, embora o direito romano não tivesse reconhecido de forma plena o ônus da mitigação, nele foram assentadas as suas bases. Se no direito romano já era possível vislumbrar, mesmo que pontualmente, os requisitos da mitigação de danos, por que essa teoria não foi introduzida expressamente nos Códigos derivados

<sup>3</sup> A respeito, ver: KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 19.

<sup>4</sup> Cfr.: FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v.19, n. 5, pp.109-119, jul./set. 2004, p. 112.

<sup>5</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*. São Paulo: Verbatim, 2015.

<sup>6</sup> “Dispõe a norma que o vendedor poderá derramar o vinho caso esteja marcada uma data para a sua medição e isto não é feito. O derramamento, contudo, tem que ser feito na presença de testemunhas e com notificação prévia do comprador. É considerado louvável por parte do vendedor, no entanto, que o vinho não seja derramado e exigir uma compensação pelo uso dos barris, que seriam utilizados para outra atividade (como arrendamento) ou se teria que alugar outros por causa do seu uso. É, ainda, preferível que não derrame o vinho, alugando outras embarcações e não entregar o vinho enquanto o aluguel dos demais não é pago pelo comprador ou *vender o vinho em boa-fé*. Em outras palavras, fazer tudo sem prejudicar a si mesmo e diminuir o máximo possível a perda do comprador.” (MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Ob. cit., p. 29).

<sup>7</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit. p. 30 ss..

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. *Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos*. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n. 15, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rodriguez-fernandez.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

desse sistema? De acordo com Martins <sup>9</sup>, os ordenamentos com base no direito romano tiveram maior dificuldade em reconhecer o *duty to mitigate* como instituto autônomo ou decorrente da boa-fé em razão da falta de amplitude e repetição da regra da mitigação de danos.

O princípio da mitigação de danos, segundo Gustavo Kuleska<sup>10</sup> teve origem nos direitos internos tanto dos países da tradição romano-germânico quanto nos de tradição anglo-saxão, apesar de ter se desenvolvido de forma mais intensa no sistema *common law*. Christian Sahb<sup>11</sup> afirma ser inquestionável a aplicação da mitigação de danos no direito inglês e norte-americano, sendo bastante consolidada nesses países de tradição *common law*. Afirma ainda que a sua origem não é muito clara, a qual foi gradualmente desenvolvida pelos Tribunais.<sup>12</sup>

Como a preferência na *common law* é pela reparação de danos, e com a finalidade de manter um equilíbrio e justiça nas relações contratuais, houve a necessidade de impor limitações à indenização em razão do inadimplemento, quais sejam, imprevisibilidade, incerteza e evitabilidade (*avoidability*). A imprevisibilidade é a impossibilidade de se reparar os danos que não podiam ser previstos na formação do contrato. Também não serão reparados os danos que não possam ser comprovados através de provas com razoável certeza. Há a limitação de evitabilidade, objeto deste trabalho, também chamada de doutrina dos danos evitáveis.

As relações obrigacionais têm seu regular andamento, cujo fim é o seu adimplemento. Esse é o seu curso normal. Contudo, como regra de exceção, tem-se o inadimplemento da obrigação, o qual poderá gerar uma reparação de danos. Na reparação de danos, em primeiro lugar, necessita-se estabelecer quem é o responsável pela indenização e, uma vez definido, pergunta-se: entre todos os prejuízos sofridos pelo credor, quais devem ser suportados pelo devedor? Gustavo Kulesza<sup>13</sup> explica que embora seja diferente de acordo com o sistema jurídico, tem uma característica comum, qual seja, “[...] a imposição de limites à indenização do credor”, sendo a mitigação de danos um desses limites. Havendo o inadimplemento, a parte prejudicada pode simplesmente quedar-se inerte, mesmo sendo possível e através de medidas razoáveis, e deixar de agir para evitar ou, pelo menos, minimizar os prejuízos?

A questão da razoabilidade é fundamental para a aplicação da mitigação de danos, aliás, é “[...] o próprio núcleo da tutela jurídica” <sup>14</sup> se saber o que são medidas razoáveis, passando-se a analisar de que forma a razoabilidade é tratada pela doutrina e jurisprudência. *Como saber o que é razoável?* Diante de o termo ser excessivamente abstrato e a incerteza que ele traz, e para que a conceituação

---

<sup>9</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*.

<sup>10</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>11</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>12</sup> Cfr. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>13</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, p. 122.

<sup>14</sup> Idem, p. 279.

de medidas razoáveis tenha papel central na mitigação de danos, já que possui contornos pouco definidos, não sendo possível, sem a análise do caso concreto, afirmar se uma medida é ou não razoável. Diante da importância de não perder o seu sentido de aplicação, é preciso que seja delimitado para se compreender o que seria uma medida razoável.

O conceito de medidas razoáveis não tem como ser definido *a priori*, sem a análise do caso concreto, já que, para se saber se a medida adotada pelo credor foi razoável, necessário se faz a análise das circunstâncias caso a caso.<sup>15</sup> Somente o caso concreto, diante de suas circunstâncias fáticas, é que pode definir os parâmetros das medidas razoáveis. No direito inglês e norte-americano, existe um modelo de referência, o curso ordinário dos negócios (*ordinary course of business*), o qual traça critérios para a apreciação da razoabilidade, verificando-se as medidas possíveis e disponíveis, sob a ótica do credor, no momento do inadimplemento.

A medida é razoável quando a conduta fosse economicamente eficaz ou útil, sendo consideradas medidas contrárias ao curso normal dos negócios aquelas que colocam o credor em riscos indevidos, como litígios complexos, que maculam sua reputação comercial, ônus indevidos ou sacrifício a bens e direitos.<sup>16</sup> Contudo, há situações em que a interrupção da prestação não será a melhor maneira de mitigar os prejuízos. Em determinadas hipóteses, sempre pautadas na razoabilidade e conforme a natureza do contrato, a conduta mais razoável será o término da obra, do serviço ou dos produtos, e sua venda a terceiros, cobrando apenas as perdas e danos pela diferença entre o valor obtido e o valor contratado.<sup>17</sup>

Para que possa ser realizada uma operação substitutiva, há a necessidade da existência de um mercado para aquele produto ou serviço, pois, sem isso, não há como o credor realizar tal operação se não há interessados no produto, ou se torna bem difícil executar um serviço, quando este é especializado.<sup>18</sup> É difícil a tarefa de se definir o que seria uma medida razoável, e somente caso a caso, analisando as circunstâncias concretas da situação e as características da pessoa, é que se poderá afirmar se a medida foi razoável ou não.

Embora a teoria da mitigação seja chamada tradicionalmente de dever de mitigar os próprios prejuízos, é unânime na doutrina e jurisprudência que não se trata de um dever propriamente dito, pois o seu descumprimento não gera, diretamente, um direito de ressarcimento em favor do devedor. No *common law*, a

---

<sup>15</sup> A respeito, ver: ZELLER, Bruno. *Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)*. Disponível em:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017. Ainda: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 7, pp. 119-146, abr./jun. 2016, p. 05.

<sup>16</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>17</sup> Rafael Villar afirma que, na mitigação de danos, “[...] a razoabilidade é o filtro pelo qual se analisa as medidas que o credor adotou, ou deveria ter idealmente adotado” (GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 283).

<sup>18</sup> Christian Sahb explica que essa faceta da limitação da evitabilidade inspirou o dispositivo §2-704 do *Uniform Commercial Code*. As chamadas operações substitutivas (*cover* ou *substitute transaction*) é a principal forma de mitigação dos próprios prejuízos, ou seja, no seu aspecto da perda evitada, estes são evitados pela realização de operações substitutivas.

mitigação de danos “[...] funciona como um mecanismo que limita a indenização”<sup>19</sup>, ou seja, se o credor deixar de tomar medidas para a minimização dos danos, apenas não terá direito ao ressarcimento dos prejuízos que poderiam ter sido evitados.<sup>20</sup>

Havendo o inadimplemento, incumbirá ao credor a mitigação dos prejuízos, através de medidas possíveis e razoáveis. Mas quem deve arcar com as despesas com a mitigação e de quem é o ônus da prova? Christian Sahb<sup>21</sup> explica que, em razão de o objetivo da evitabilidade ser evitar desperdícios e trazer maior eficiência ao mercado econômico, o *common law* traz dois fortes incentivos para que o credor realize as medidas mitigatórias: 1) se o credor quedar-se inerte não terá direito à indenização pelos prejuízos evitáveis; 2) terá direito ao ressarcimento das despesas realizadas no emprego da mitigação. Explica ainda que os gastos razoáveis com a mitigação deverão ser indenizados, ainda que tais medidas não tenham surtido o efeito desejado. Se o credor agiu de forma a mitigar os prejuízos, caso deseje que as despesas sejam ressarcidas, cabe a ele o ônus da prova das despesas realizadas com a mitigação.

## 2. A mitigação no direito brasileiro: é justo o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?

Como definir o que é justo e o que é injusto? Tratar uma pessoa humana como se fosse um objeto, comercializá-la e escravizá-la é justo? A resposta seria a total injustiça em razão da degradação da dignidade da pessoa humana, pelo menos nos dias de hoje. Mas, e se voltasse ao tempo da escravidão, qual seria a resposta à mesma pergunta? Muitos diriam que era totalmente justo, mesmo porque era legal; outros (defensores da abolição) diriam que, apesar de legal, era totalmente injusto. Portanto, o senso de justiça é muito subjetivo, variando de acordo com ideal moral da sociedade da época, sua cultura etc., e justamente por isso a grande divergência de “justiça”<sup>22</sup> nos diversos países do mundo.<sup>23</sup>

A norma de mitigação de danos, como foi visto, foi desenvolvida gradativamente nas sociedades do sistema *common law*, e esse senso de justiça com certeza é o que impulsionou esse desenvolvimento, ou seja, a busca por uma

---

<sup>19</sup> COMINO, Tomas Barros Martins. *As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (emorte) de um brocardo*. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13610/Versao%20UPLOAD.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2016, p. 35.

<sup>20</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, p. 32. Ainda: LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*, p. 21; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, p. 31.

<sup>21</sup> Ibidem; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit., p. 54-55; KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, p. 146.

<sup>22</sup> A respeito de justiça, ver: LEITE, Gisele. *A Tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça*. Revista *Bonijuris*, v. XXVI, n. 609, pp. 26-34, ago. 2014, p. 30.

<sup>23</sup> Sobre o senso de justiça, ver: DIAS, Jean Carlos. O Conceito de justiça no anteprojeto do Código de Processo Civil: uma leitura de sua crise a partir da teoria de John Rawls. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR, Fredie (Coords.). *O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2ª série. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012, p. 424). Ainda: CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I; tomo I, p. 297.

sociedade justa e solidária. Contudo, em razão da subjetividade do termo “justo”, a pergunta que se deve fazer é outra: É *lícito* o credor ser indenizado por prejuízos que deixou de mitigar?

Diante do inadimplemento da obrigação, o credor (vítima do inadimplemento) pode quedar-se inerte, quando havia a possibilidade, mediante medidas razoáveis, e permitir o agravamento do próprio prejuízo e, após, requerer o ressarcimento total desses prejuízos, inclusive aqueles que poderiam ter sido evitados? Seria lícito no direito brasileiro? Isso é o que se tentará responder neste trabalho. Como a mitigação de danos tem sua origem e aplicação preponderante no direito contratual, apesar de haver outras aplicações fora da relação obrigacional, o foco principal será o decorrente do inadimplemento.

O instituto da mitigação é ainda recente no direito brasileiro, ganhando relevo com o artigo de Véra Maria Jacob de Fradera<sup>24</sup> intitulado *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* O artigo traça a rota para o estudo da mitigação no direito pátrio, servindo de incentivo para o aprofundamento da matéria pela doutrina e jurisprudência. O que propiciou a abertura para esse instituto foi a nova principiologia do Código Civil de 2002, traçando novos paradigmas para as relações privadas antes individualistas. Em especial, destacam-se os princípios da eticidade e da socialidade, os quais, juntamente com o princípio da operabilidade, foram, e ainda são, os fundamentos axiológicos do nosso Código Civil, ou seja, são as “diretrizes hermenêuticas”<sup>25</sup> das relações civis.

O instituto da mitigação de danos exige que o credor aja de boa-fé, cooperando com o seu parceiro contratual, mas também deve levar em conta a sua função social, evitando-se o desperdício econômico que a não observância da mitigação de danos traz à sociedade. Os princípios da eticidade e da socialidade estão intimamente relacionados com a mitigação de danos, servindo de fundamento axiológico para a recepção e aplicação desse instituto pelo nosso ordenamento. Não há dúvidas quanto à recepção do instituto pelo direito brasileiro, mas essa não é a questão. De que forma o instituto da mitigação deve ser recepcionado? A mitigação de danos foi recepcionada no direito estrangeiro de diversas formas e fundamentos, sendo que cada país tem a sua forma de adaptar o instituto à sua sociedade, chegando até a negar a aplicação do instituto (França).<sup>26</sup> Judith Martins-Costa explica que institutos de outros sistemas “[...] não são nunca *transplantáveis*, mas tão somente *acomodáveis por via de certas mutações e adaptações*.”<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Um artigo chave do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016; SILVA, Suzana Ribeiro da. *A Boa-fé objetiva e a função social aplicados aos contratos do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume26/09.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

<sup>26</sup> Cfr.: COMINO, Tomas Barros Martins. *As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo*, p. 13 e p. 100.

<sup>27</sup> Sobre a compreensão do dever de minimizar o prejuízo, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, cit., p. 558.

Denise Pinheiro<sup>28</sup> reconhece “[...] um *duty to mitigate de loss* à brasileira”, com fundamentos específicos, necessitando de adaptações do instituto e aplicação dos filtros necessários à sua recepção no direito pátrio, e, para que haja segurança jurídica, acredita ser importante que o instituto seja introduzido por alteração legislativa. Daniel Pires Novais Dias<sup>29</sup> afirma que apesar de não haver recepção do “[...] *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, a referência a esta expressão em inglês é inevitável: a sua grande popularidade no Brasil torna-a a única expressão que dá efetivamente unidade ao fenômeno apresentado. Propõe, para os casos de mitigação, “[...] a introdução da figura do *encargo de evitar o próprio dano*”<sup>30</sup>. O problema ocorre quando se invoca o “*duty to mitigate the loss*” sem compreender a essência desse instituto, e sem adaptá-lo à realidade social brasileira. Assim, o que se propõe é a recepção do instituto não como cópia do direito alienígena, mas se utilizar do princípio da mitigação de danos e adaptá-lo às normas e realidades nacionais, independente do nome que se dê a este instituto<sup>31</sup>.

Necessária é a análise da diferença de dano e prejuízo. O dever do credor é de mitigar os danos ou mitigar os prejuízos? Chaves, Braga Netto e Rosendal<sup>32</sup> explicam que há dois elementos indispensáveis para que se tenha um dano sancionável pelo ordenamento jurídico, um elemento de fato, o qual se manifesta no prejuízo, e um elemento de direito, que se manifesta na lesão jurídica. Silvano José Gomes Flumignan<sup>33</sup> explana que a noção completa de dano só é possível se analisá-lo por duas vertentes, as quais se completam e, separadamente, são insuficientes para a noção completa do termo, o que se denominou de dano-evento e dano-prejuízo.

O dano-evento é “[...] a lesão ao direito subjetivo ou ao interesse protegido por uma norma”<sup>34</sup>, enquanto o dano-prejuízo “[...] é a consequência dessa lesão.”<sup>35</sup> Antônio Junqueira de Azevedo<sup>36</sup> explica que a lesão pode ser à pessoa e as consequências serem apenas patrimonial, ou ocorrer uma lesão patrimonial com consequências não patrimoniais. O dano-evento é “[...] lesão a um interesse juridicamente tutelado”<sup>37</sup>, ou, no caso de um negócio jurídico, o inadimplemento

---

<sup>28</sup> PINHEIRO, Denise. *Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

<sup>29</sup> DIAS, Daniel Pires Novais. *O Duty to mitigate the loss no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano*. Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual, n. 139, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 29 abr. 2017, p. 12.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>31</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Os Avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé*, cit., p. 92.

<sup>32</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, ob. cit.

<sup>33</sup> FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>35</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>36</sup> Cfr.: AZEVEDO, Antônio Junqueira de apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Op. cit., p. 46. <sup>37</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p. 104.

da obrigação. E o dano-prejuízo ou dano-consequência é justamente a consequência dessa lesão (inadimplemento), que poderá ser patrimonial ou não-patrimonial. Como o dano é o pressuposto da indenização, para que a indenização exista há a necessidade da ocorrência do “fenômeno jurídico dano”<sup>38</sup>, ou seja, para que o dano seja indenizável deverá haver a soma das duas vertentes do dano (dano- evento + dano-prejuízo).

Chaves, Braga Netto e Rosenvald <sup>39</sup> ensinam que para que haja a responsabilidade civil, precisa haver uma qualificação do dano, de acordo com o caso concreto, como dano injusto, ou seja, “[...] o dano indenizável como injusto é aquele relevante segundo uma ponderação de interesses em jogo à luz de princípios constitucionais.” <sup>40</sup> Partindo-se da premissa de lesão/ consequência (dano-evento/dano-prejuízo), tem-se que o inadimplemento é o dano-evento (a lesão a um interesse juridicamente tutelado), sendo que o dano-prejuízo (ou simplesmente a partir de agora “prejuízo”) é a consequência do inadimplemento. O credor deve mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento. Portanto, no presente trabalho, quando se falar de mitigação de danos, estar-se-á falando do instituto ou do princípio, e quando se referir à mitigação dos prejuízos, é a efetiva mitigação das consequências decorrentes do inadimplemento.

### 3. Requisitos para incidência da norma de mitigação

O inadimplemento da obrigação é o elemento inicial para se cogitar a aplicação do dever de mitigar os próprios prejuízos, pois, conforme já analisado, é o dano-evento, ou seja, a lesão a direito juridicamente tutelado que poderá gerar uma consequência (prejuízo).

O cumprimento da obrigação é o esperado em uma relação normal, sendo que o inadimplemento (descumprimento) é a exceção. O inadimplemento é absoluto quando “[...] a obrigação não pode ser mais cumprida, tornando-se inútil ao credor”<sup>41</sup>, e o inadimplemento é relativo (mora), quando “[...] há apenas um descumprimento parcial da obrigação, que ainda pode ser cumprida”.<sup>42</sup> Há também o inadimplemento pela violação positiva do contrato ou adimplemento ruim. Aqui, conforme ensina Judith Martins-Costa<sup>43</sup>, não se está diante de um descumprimento a interesse de prestação (principal, secundário ou anexo), mas sim há uma violação a interesses de proteção (deveres laterais).<sup>44</sup>

A incidência da norma de mitigação de danos tem maior relevância quando se trata de um inadimplemento absoluto (seja total ou parcial), pois nesse caso, a obrigação ou parte dela não poderá mais ser cumprida, gerando, portanto, o direito a eventual indenização. Na mora, como a obrigação ainda poderá ser cumprida, caso o credor opte pela execução específica, a princípio, não há incidência da

---

<sup>38</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 239.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 238.

<sup>41</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 370.

<sup>42</sup> Ibidem, mesma página.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*.

<sup>44</sup> Ainda: MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 691.

mitigação de danos. Contudo, caso se converta em perdas e danos, ou a opção seja a indenização, poderá haver a incidência da norma. Isso também vale para o adimplemento ruim (violação positiva do contrato), desde que presentes todos os requisitos para incidência da mitigação de danos, principalmente com o pleito indenizatório. Mas para que o inadimplemento tenha relevância, necessário que seja imputado ao devedor, isto é, a imputação do inadimplemento “[...] constitui o elemento pelo qual se aponta o responsável, atraindo para este as consequências do fato danoso.”<sup>45</sup>

O Código Civil, no seu artigo 396, é expresso ao afirmar que “[...] não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”, bem como, o artigo 393 no qual “[...] o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Exige-se “[...] que o inadimplemento seja imputável ao devedor a fim de que tenha relevância jurídica a atividade de mitigação ou, ainda, que o devedor tenha se responsabilizado também pelo descumprimento decorrente de caso fortuito ou de força maior.”<sup>46</sup>

Para se caracterizar o dano indenizável é necessário que ocorra a violação do direito juridicamente tutelado (inadimplemento), juntamente com a sua consequência (prejuízo), sem o qual não há se falar em indenização. À primeira vista dá a impressão que o prejuízo decorrente de um inadimplemento é apenas patrimonial, mas não é bem assim, pois a lesão a um interesse pode ter como consequência tanto um prejuízo patrimonial como extrapatrimonial (dano moral).<sup>47</sup>

Chaves, Braga Netto e Rosenvald<sup>48</sup> ensinam que “[...] o dano moral poderá naturalmente irromper dentro de relações obrigacionais”, pois “[...] se o fato ilícito é um comportamento antijurídico e o dano moral é uma violação a um interesse extrapatrimonial digno de proteção pelo ordenamento, tanto faz se o ilícito foi produzido dentro de uma relação obrigacional ou fora dela”. Para se chegar a esse posicionamento, deve-se deixar de lado a visão reducionista do inadimplemento, pois “a melhor forma de abrir os horizontes do leitor é partir da fundamental distinção entre a *patrimonialidade da prestação e a extrapatrimonialidade do interesse*.”<sup>49</sup>

Como a norma da mitigação apenas incide em casos de se pleitear a indenização, eventual dano moral gerado pelo inadimplemento deve ser convertido em compensação pecuniária e, aí sim, haver uma limitação nesse valor, caso o credor quede-se inerte em minimizar as consequências patrimoniais do dano moral. Contudo, tal medida é excepcional e só poderá ser analisada com o caso concreto.<sup>50</sup> Excepcionalmente, eventual pedido indenização decorrente de um dano extrapatrimonial poderá ser aplicada a norma da mitigação de danos.

---

<sup>45</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 270.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>47</sup> FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*, ob. cit.

<sup>48</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 314-315.

<sup>49</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 315.

<sup>50</sup> Ver: MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. *Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro*, cit., p. 148.

Para que se possa ter uma noção mais precisa do que seria irrazoável, necessário ter em mente que o credor precisa fazer o que é razoável e não o que for possível<sup>51</sup>, ou seja, mesmo que haja medidas possíveis para a mitigação dos danos, deve-se analisar se tais medidas são razoáveis. Espera-se do credor uma conduta baseada na colaboração, mas para que isso ocorra é necessária que a medida seja possível e também razoável. *E se o credor deixar de mitigar os prejuízos em razão de falta de recursos financeiros?* A mitigação é possível, contudo, não é razoável se “[...] exigir do credor que cumpra sua incumbência com sacrifício próprio”<sup>52</sup> e, portanto, não se pode exigir do credor esforços “[...] extraordinários ou excessivamente custosos.”<sup>53</sup> O credor não terá o dever de mitigar os prejuízos caso isso implique o risco de uma mácula a sua reputação, pois não se pode exigir do credor um prejuízo ainda maior, sob o pretexto de minimizar o prejuízo do devedor, o qual foi o próprio causador do dano.

Mesmo havendo uma medida possível que reduziria o prejuízo, tal medida não será considerada razoável por manchar a reputação do credor. Nessa mesma linha, também não se considera razoável a medida mitigatória quando “[...] implique humilhação indevida para o credor.”<sup>54</sup> Se o credor renunciar ou desistir de um direito, ou até mesmo cometer um ato ilícito para mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento, tal conduta não se mostra razoável, embora possível.

Rafael Villar<sup>55</sup> ensina que havendo a impossibilidade de atuação do credor, não há ilicitude pelo abuso do direito. Outra questão relevante para a incidência da norma de mitigação é de que o credor precisa estar em condição mais favorável de mitigar os prejuízos do que o próprio devedor. Não se pode exigir do credor uma conduta para minimizar os prejuízos quando o devedor tiver a mesma oportunidade de adotar as medidas mitigatórias, pois isso demonstra um descaso do devedor que, inclusive, foi o causador do dano. Portanto, “[...] não se pode justificar uma reação do ordenamento jurídico, de modo a tutelar um interesse do devedor quando este mesmo interesse foi menoscabado pelo próprio devedor”<sup>56</sup>, pois a razoabilidade é núcleo central que norteia a correta aplicação da mitigação de danos.<sup>57</sup>

A análise das medidas razoáveis não pode se dar pela ótica da “[...] comodidade do devedor inadimplente ou de seu mero interesse egoístico”<sup>58</sup>, nem tampouco o devedor questionar as medidas tomadas pelo credor, quando já passada a situação de emergência, decorrente da situação criada pelo próprio

<sup>51</sup> ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*, cit.

<sup>52</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Op. cit., p. 50.

<sup>53</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*, cit., p. 237.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>55</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 274.

<sup>56</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 278.

<sup>57</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 282.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 287-288.

devedor.<sup>59</sup> A conduta omissa do credor em mitigar os próprios prejuízos, por si só, não revela um comportamento digno de ser tutelado pelo direito. Tal conduta é apenas um dos elementos necessários de uma relação complexa que culmina em um ilícito caducificante (“perda de um direito como efeito de um ato ilícito”<sup>60</sup>).

Na relação complexa, vários elementos devem estar presentes, quais sejam, o inadimplemento da obrigação imputado ao devedor, um prejuízo decorrente desse inadimplemento, a omissão do credor em agir quando havia a possibilidade através de medidas razoáveis. Com todos esses elementos juntos, o “*start*” para a configuração da atividade abusiva é justamente a propositura de ação pleiteando a indenização, sem a dedução dos danos evitáveis. Nesse momento, nasce para o devedor o direito de refutar os valores apresentados pelo credor, na parte dos danos evitáveis, através de exceção, de natureza substancial<sup>61</sup> e *eperemptória*<sup>62, 63</sup>.

*Pode haver o reconhecimento de ofício pelo juiz do dever em estudo? A quem compete o ônus da prova?* O artigo 77 da CISG (Convenção de Viena), na sua parte final, consta a expressão “a outra parte poderá pedir redução na indenização”, levando à dedução de que cabe ao devedor a alegação da incidência da norma. Christian Sahb<sup>64</sup> e Gustavo Kulesza<sup>65</sup> entendem pela possibilidade de aplicação da regra de ofício. Em sentido contrário, Fábio Siebeneichler e Celiana Diehl Ruas<sup>66</sup> se posicionam pela não aplicação da regra de ofício.

Rafael Villar<sup>67</sup> afirma não caber a alegação da matéria de ofício, pois apesar de o seu fundamento ser o abuso do direito, “[...] está-se no domínio das relações patrimoniais privadas”, e, portanto, “[...] não se pode banalizar a caracterização de uma matéria como pertencendo à ordem pública, sob pena de inverter toda a sistemática vigente”. Além disso, o credor seria obrigado “[...] não só comprovar o inadimplemento, o dano e o nexa causal”, mas também “[...] que mitigou, mesmo antes de saber se o devedor deduzirá tal alegação em resposta.”<sup>68</sup> O devedor é autorizado a impugnar especificamente a alegada falha na mitigação dos prejuízos pelo credor e as “[...] medidas que poderiam ter sido tomadas, demonstrando a sua disponibilidade para o credor e a razoabilidade de sua adoção”<sup>69</sup>, com a análise das circunstâncias do caso concreto. Rafael Villar<sup>70</sup> explica, ainda, que se o abuso do direito estiver vinculado à ordem pública, poderá ser apreciado de ofício pelo juiz, porém, se estiver, “[...] como em regra está, ligado a questões meramente

---

<sup>59</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit.

<sup>60</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 147.

<sup>61</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *A Exceção de contrato não cumprido*, p. 11-12.

<sup>62</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 15.

<sup>63</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. Op. cit., p. 11-12.

<sup>64</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*.

<sup>65</sup> KULESZA, Gustavo Santos. *Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual*.

<sup>66</sup> Ver: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. *Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual*, pp. 119-146.

<sup>67</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 322.

<sup>68</sup> GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*, p. 322.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 326.

patrimoniais ou econômicas — tal como sói ocorrer nos casos de mitigação de danos —, essa apreciação não poderia ocorrer, por ausência de interesse público legitimador dessa atuação”.

A regra, portanto, é de que não há a apreciação de ofício pelo magistrado. Contudo, haverá exceção quando a matéria tratada, embora de cunho também privado, tenha um interesse público em jogo, como é o caso das relações de consumo, como forma de proteger a parte vulnerável dessa relação. No Direito do Consumidor, Cristiano Chaves de Farias<sup>71</sup> ensina que “[...] o *superendividamento* é exemplo eloquente de abuso do direito em razão do *duty to mitigate the loss*”, pois, “no momento em que o banco concede crédito a um cliente que já se encontra em dívida, amplia-se a chance de incorrer em insolvência civil”. Como regra, não é admitido o reconhecimento de ofício, salvo em casos em que a matéria é de ordem pública, ou seja, há um interesse público envolvido.

#### 4. O *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira

A expressão “*duty to mitigate the loss*” é, sem dúvida, muito utilizada na jurisprudência <sup>72</sup>, embora nem sempre com a técnica necessária. No Superior Tribunal de Justiça, o marco que abriu a utilização da norma de mitigação na jurisprudência pátria foi o REsp n. 758.518/PR.<sup>73</sup> Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a conduta do autor “[...] viola o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade

---

<sup>71</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito na relação de família: o *venire contra factum proprium*, a *suppressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010, p. 208.

<sup>72</sup> Realizada pesquisa de jurisprudência no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> - 12/05/2017 - 9h30min.) com a expressão “*duty to mitigate the loss*”, obteve-se 683 resultados.

<sup>73</sup> 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 proibidade, 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 significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria 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. (STJ - REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010).

imposta pela Corte originária.”<sup>74</sup> Ainda, a aplicação concreta do instituto em foco é verificada na Corte Paulista, dentre outros, nos seguintes julgados: Apelação Cível n. 0027461-15.2012.8.26.0005<sup>75</sup>; Apelação nº 1000172-88.2016.8.26.0510<sup>76</sup>; Apelação nº 0017135-02.2011.8.26.0564<sup>77</sup> e Apelação nº 1000984-32.2014.8.26.0048<sup>78</sup>.

É certa a importância da mitigação de danos na jurisprudência brasileira, e que também trazem certa preocupação com a incorreta aplicação do instituto. Algumas vezes é utilizado de forma incorreta, outras como mero “embelezamento” da decisão, sem qualquer necessidade prática. A jurisprudência tem aplicado a norma da mitigação de danos com fundamento na boa-fé objetiva como decorrência do descumprimento do dever anexo de cooperação e lealdade, gerando uma falsa ideia de que se trata do *duty to mitigate the loss*. Contudo, apesar de haver decisões utilizando-se da expressão *duty to mitigate the loss*, parte delas não tem os requisitos da regra de mitigação, servindo apenas como fundamentação equivocada.

---

<sup>74</sup> STJ - Resp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: REPDJe 01/07/2010.

<sup>75</sup> Ementa: PLANO DE SAÚDE - Inércia da inicial e cerceamento de defesa - Inexistência - Cobrança de cinco mensalidades - Consumidor que não chegou a pagar qualquer importância após a adesão ao plano - A inércia da fornecedora em não tomar as providências para o cancelamento do contrato, assim que decorrido o prazo de 60 dias de mora, importou em violação ao “dever de mitigar o próprio prejuízo” (*duty to mitigate the loss*)- Obrigação de pagar limitada ao período em que o contrato não poderia ser suspenso ou rescindido unilateralmente - Recurso provido em parte. (TJ/SP

- APL: 00274611520128260005 SP 0027461-15.2012.8.26.0005, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 15/09/2015, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/09/2015).

<sup>76</sup> Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - RECURSO - CARTÃO BNDES - MÚTUO QUE APRESENTA TAXAS DE JUROS REMUNERATÓRIOS ABAIXO DA MÉDIA DE MERCADO, COLIMANDO FOMENTO DE MICROS, PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS - ÔNUS PROBATÓRIO DE PRÁTICA DE ABUSIVIDADE CARREADO À EMPRESA DEVEDORA - ART. 373, II DO CPC - MONTANTE DA OBRIGAÇÃO QUE DEVERÁ SER RECALCULADO, CONSTATADA INERCIA DO CREDOR, QUE SOMENTE AJUIZOU DEMANDA QUANDO O VALOR MAIS DO QUE DUPLICARÁ DEVIDO AOS ENCARGOS MORATÓRIOS - DUTY TO MITIGATE THE LOSS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP - APL: 10001728820168260510 SP 1000172-88.2016.8.26.0510, Relator: CARLOS ABRÃO, Data de Julgamento: 23/03/2017, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/03/2017).

<sup>77</sup> Ementa: DANO MATERIAL Conta corrente Comunicação verbal do encerramento pelo correntista Inexistência de qualquer movimentação financeira na conta pelo autor. Lançamento de tarifas, encargos e tributos na conta inativa por mais de dois anos Ilegitimidade da cobrança dos encargos por serviços não prestados. Violação do princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III, do CDC) e do dever anexo de cooperação no adimplemento do contrato (dever de mitigar a perda ou “*duty to mitigate the loss*”) (...) (TJ-SP - APL: 171350220118260564 SP 0017135-02.2011.8.26.0564, Relator: RICARDO NEGRÃO. Data de Julgamento: 06/08/2012, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/08/2012).

<sup>78</sup> Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Sentença de procedência. Apelo da ré. Relação de consumo configurada. Demora excessiva no fornecimento de peças de reposição que retardou, consideravelmente, o conserto do veículo sinistrado. Privação, pelo consumidor, do uso do bem adquirido. [...] Análise da extensão dos danos experimentados. Danos materiais parcialmente configurados. Incidência do dever de mitigar as próprias perdas (*duty to mitigate the own loss*), corolário do standard ético-jurídico da boa-fé objetiva, sob pena de caracterização de abuso de direito. (...) (TJ-SP - APL: 10009843220148260048 SP 1000984-32.2014.8.26.0048, Relator: CARLOS DIAS MOTTA. Data de Julgamento: 01/02/2017, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/02/2017).

## Proposições conclusivas

O *duty to mitigate the loss* (ou dever de mitigar os próprios prejuízos) é um instituto que teve seu maior desenvolvimento nos países de tradição *common law*, apesar de já encontrar a ideia da mitigação de danos no *Corpus Iuris Civilis* do direito romano, em razão da forma como o inadimplemento contratual é tratado nesse sistema, em que a preferência é pelo ressarcimento dos prejuízos ao invés da execução específica.

No sistema *common law*, a mitigação de danos é chamada de doutrina dos danos evitáveis, ou seja, é uma forma de limitação da indenização pelos prejuízos que poderiam ter sido evitados. Diante do inadimplemento, o credor não pode permanecer inerte e ver o agravamento dos seus prejuízos, quando possível e por meio de medidas razoáveis, pois caso venha a pleitear indenização total, não terá direito aos prejuízos que era possível evitar. A razão da própria existência da norma de mitigação de danos é a razoabilidade, pois somente é exigível do credor essa norma quando as medidas a serem tomadas foram razoáveis.

Definir o que é razoável é tarefa nada fácil, diante de seu significado bastante aberto, e somente as circunstâncias de cada caso concreto é que poderão definir o que é uma medida razoável. Mas alguns parâmetros ajudam a definir o que seria uma medida razoável: a) a medida precisa ser adequada, ou seja, deve ser possível, do contrário não há incidência da norma de mitigação; b) sendo possível, verifica-se se tais medidas são perigosas ou onerosas, como, por exemplo, que coloquem em risco a vida ou a saúde da pessoa, traga humilhação, ou onere demasiadamente o credor, o que também exclui a incidência da norma.

Nos países de tradição romano-germânica, o desenvolvimento ocorreu de formas diversas, como Alemanha e Itália, que têm previsão expressa da norma de mitigação, ao contrário de França que, apesar de existir proposta de alteração legislativa para inclusão da norma, a *Cour de Cassation* chegou a afirmar a inexistência da mitigação naquele país.

A ideia da mitigação de danos foi introduzida no Brasil, e isso se deu principalmente por influência da Convenção de Viena (CISG) e da aprovação do enunciado 169 do CJF. Na relação obrigacional, não se concebe mais pensar nas partes como antagonistas, mas sim como parceiros dessa nova relação complexa, como um processo dinâmico, exigindo-se das partes uma conduta leal e cooperativa para se atingir a finalidade esperada: o adimplemento. Mas, também quando houver o inadimplemento, essa conduta é exigida. Isso decorre do princípio da boa-fé objetiva, o qual foi introduzido no Código Civil de 2002 como cláusula geral. A boa-fé objetiva ilumina todo o ordenamento jurídico, criando deveres anexos e laterais para as partes da relação, bem como atua na função de controle do exercício de direitos, evitando-se que ocorra o abuso do direito.

Com o inadimplemento, exige-se do credor uma conduta ativa para evitar o agravamento do próprio prejuízo, desde que haja a possibilidade, e por intermédio de medidas razoáveis, sob pena de, não o fazendo, ter uma limitação da indenização, com a exclusão dos prejuízos que poderiam ter sido evitados.

As expressões *duty to mitigate the loss* ou dever de mitigar próprio prejuízo, apesar de já consagradas na doutrina e jurisprudência, não se trata de um dever

propriamente dito, pois não gera à outra parte a possibilidade de se exigir o cumprimento. Por isso, grande parte da doutrina entende que a mitigação de danos tem natureza jurídica de ônus, pois o seu descumprimento apenas gera uma consequência para a própria parte (perda do direito de ser indenizado pelos prejuízos evitáveis). Contudo somente o ônus no seu sentido tradicional, também não resolve o problema, pois a mitigação estaria no meio do caminho entre o ônus e o dever de proteção; e a solução é a introdução do ônus material ou encargo, o qual tem a estrutura de um dever, mas que não pode ser exigido o seu cumprimento. A figura do encargo realmente resolveria a questão da natureza jurídica, porém, o problema é que não há previsão legal no ordenamento jurídico que estabeleça de forma clara esse encargo.

O fundamento mais utilizado para explicar a mitigação de danos é a boa-fé objetiva, em razão da criação de deveres de lealdade e cooperação. Mas não são deveres anexos, pois estes geram o inadimplemento da obrigação, uma vez vinculados a interesse de prestação.

Na mitigação de danos, há a incidência dos chamados deveres laterais (deveres de proteção), pois ligados a um interesse de proteção, não levam ao inadimplemento, pois não se referem à prestação diretamente. Como dever de proteção, a boa-fé objetiva serve de fundamento para a conduta do credor. Contudo, embora sirva de fundamento, sozinha não resolve o problema, pois essa conduta esperada do credor é apenas um dos elementos da relação complexa que é o instituto da mitigação de danos.

Há necessidade de que haja um inadimplemento imputável ao devedor, e que desse inadimplemento decorra prejuízos ao credor. Com isso, pautado na boa-fé objetiva (como dever de proteção), exige-se uma conduta cooperativa do credor para que evite o agravamento dos seus prejuízos, quando houver a possibilidade e mediante medidas razoáveis. Mesmo presentes todos esses requisitos, ainda não há uma conduta ilícita. Para que a conduta se torne ilícita, necessário que seja dado o *start*, que é a propositura de ação indenizatória, sem a exclusão dos prejuízos evitáveis. A partir do momento em que o credor pleiteia indenização total, comete um ato ilícito (com efeito caducificante), e faz nascer para o devedor a possibilidade de impugnar tais valores.

Por ser uma faculdade do devedor, como regra, a norma da mitigação não pode ser aplicada de ofício pelo magistrado, salvo, por exemplo, no Direito do Consumidor, em que a matéria tratada é de ordem pública. Do contrário, tratando-se de relação patrimonial, a alegação é do devedor, o qual, inclusive, tem o ônus da prova de que o credor não agiu de forma a mitigar os prejuízos, ou que as medidas não foram razoáveis.

A conduta em foco do credor gera três possíveis consequências: i) o credor permanesse omissivo, mesmo havendo possibilidade e com medidas razoáveis: haverá a limitação do seu direito de indenização (efeito caducificante do ato ilícito), excluindo-se os danos que poderiam ter sido evitados; ii) o credor adota medidas mitigatórias, mas não consegue evitar o agravamento dos prejuízos: aqui o que se deve analisar é a conduta do credor, ou seja, verifica-se se as medidas tomadas foram razoáveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto e, em caso positivo, terá direito à indenização total e ainda às despesas que teve com as

medidas tomadas, independentemente do resultado da mitigação (contudo, se o agravamento foi intencional, não terá direito à indenização pelos danos agravados e nem pelas despesas realizadas); iii) o credor adota medidas mitigatórias e consegue evitar o agravamento dos prejuízos: se as medidas foram positivas, não há o agravamento do prejuízo e, portanto, se não há prejuízo, não há o que indenizar. Se o credor, ao mitigar, conseguir auferir lucro, este poderá ser abatido da indenização. As despesas realizadas com a mitigação devem ser ressarcidas ao credor, mesmo porque os prejuízos foram evitados.

A jurisprudência pátria tem utilizado bastante a expressão “*duty to mitigate the loss*”, contudo nem sempre com a técnica necessária, muitas vezes colocando a expressão apenas como um reforço a outros fundamentos, e, às vezes, utilizando como violação de um dever anexo, e até mesmo para fundamentar uma culpa concorrente. Mas o mais preocupante é a utilização equivocada, como nos casos de exercício tardio do direito, quando há a utilização do instituto da mitigação para justificar a redução da indenização em razão da demora de o banco propor a ação judicial. Apesar de recente, o instituto da mitigação de danos é uma arma importante ao nosso ordenamento jurídico. Há ainda muito que se estudar sobre o *duty to mitigate the loss*, principalmente para compreender os seus requisitos, a fim de se evitar o uso desnecessário e, principalmente, equivocado do instituto, o que pode trazer insegurança jurídica.

#### Referências bibliográficas

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, pp. 119-146, abr./jun. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHENGWEI, Liu. **Remedies for non-performance: perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL**. set. 2003. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

COMINO, Tomas Barros Martins. **As Desventuras do Duty to Mitigate the Loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Disponível em: <<http://biblioteca.digital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13610/Versao%20UPLOAD.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2016.

CORDEIRO NETO, Alberto de Campos; RADAEL, Gisely Moura; CALÁBRIA- LOPES, Luiz Felite. **O Brasil e a ratificação da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG): vantagens e desvantagens**. Disponível em: <[http://www.cisg-brasil.net/downloads/O\\_BRASIL\\_E\\_A\\_RATIFICACAO\\_DA\\_CISG.pdf](http://www.cisg-brasil.net/downloads/O_BRASIL_E_A_RATIFICACAO_DA_CISG.pdf)>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português: parte geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I; tomo I.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *Duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista Direito UNIFACS - Debate Virtual**, n. 139, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1894/1441>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

DIAS, Jean Carlos. O Conceito de justiça no anteprojeto do Código de Processo Civil: uma leitura de sua crise a partir da teoria de John Rawls. In: ADONIAS, Antônio; DIDIER JR, Fredie (Coords.). **O Projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos**. 2ª série. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

DICKSTEIN, Marcelo. **A Boa-fé objetiva na modificação tácita da relação jurídica: *Surrectio* e *Suppressio***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *suppressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. In: ARMELIN, Donaldo (Coord). **Tutelas de urgência e cautelares**. Estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Variações do abuso do direito na relação de família: o *venire contra factum proprium*, a *suppressio/surrectio*, o *duty to mitigate the loss* e a violação positiva do contrato. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: direito dos contratos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERNÁNDEZ, Maximiliano Rodríguez. Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos. **Revista de Derecho Privado**, Universidad Externado de Colombia, n.15, 2008. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rodriguez-fernandez.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **O Dever de mitigar o prejuízo (duty to mitigate the loss) e a responsabilidade civil do Estado**. 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/2>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Dano-evento e dano-prejuízo**. 2009. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-18112011-131559/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

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

GAGLIARDI, Rafael Villar. **A Exceção de contrato não cumprido**. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7246/1/A%20Excecao%20De%20Contrato%20Nao%20Cumprido.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. **Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. 2016. 384f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18871/2/Rafael%20Villar%20Gagliardi.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

GARBI, Carlos Alberto. **A Intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé: uma nova visão do adimplemento contratual**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Ônus, dever e obrigação: conceitos e distinções. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 71, n. 559, pp. 50-63, maio 1982.

GUERRA, Alexandre. Responsabilidade civil por abuso do direito. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção prof. Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

IDEC pede mudanças nas novas regras do rotativo do cartão de crédito. **IDEC**, 20 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/em-foco/idec-pede-mudancas-nas-novas-regras-do-rotativo-do-cartao-de-credito>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2015. LA FONCTION préventive de la responsabilité

pour troubles anormaux de voisinage. *ADIAL*, 17 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.institut-numerique.org/2-la-fonction-preventive-de-la-responsabilite-pour-troubles-anormaux-de-voisinage-4d34a413dcb79>>. Acesso em: 25 mar. 2017

LEITE, Gisele. A Tese de Hans Kelsen, a norma fundamental e o conceito de justiça. *Revista Bonijuris*, v. XXVI, n. 609, p. 26-34, ago. 2014.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no direito civil brasileiro**. São Paulo: Verbatim, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Os Avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIGATION of loss: they did it again! Le principe de non-aggravation du dommage. **Squire Patton Boggs**, 23 Novembre 2016. Disponível em: <[http://larevue.squirepattonboggs.com/Mitigation-of-loss-They-did-it-again--br-Le-principe-de-non-aggravation-du-dommage\\_a3010.html](http://larevue.squirepattonboggs.com/Mitigation-of-loss-They-did-it-again--br-Le-principe-de-non-aggravation-du-dommage_a3010.html)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. I.

PINHEIRO, Denise. **Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

REALE, Miguel. **Um artigo chave do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/artchave.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

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

SANSEVERINO, Paulo de Tarso V. O Princípio da reparação integral e os danos pessoais. *Jornal Carta Forense*, 02 out. 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos>>

peessoais/4768>. Acesso em: 02 mai. 2017.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. A Interpretação do duty to mitigate the loss na Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias e a sua recepção pelo Direito Civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, v. VIII, n. 2, p. 499-538, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2012.

\_\_\_\_\_. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Suzana Ribeiro da. **A Boa-fé objetiva e a função social aplicados aos contratos do Código Civil**. Disponível em: <<http://www.fdsdm.edu.br/site/posgraduacao/volume26/09.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

SIQUEIRA, Carlos André Cassani; CAMPEÃO, Paula Soares. A Cessação dos efeitos do inadimplemento obrigacional por não mitigação da perda pelo credor. In: **Congresso Direito e Sociedade do Unilasalle: a fragmentação do direito e a tutela dos consumidores no Brasil, II**. Coordenação de Marcos Catalan. Canoas, RS: Ed. Unisalle, 2015.

TARTUCE, Flávio. **A Boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8715-8714-1-PB.htm>>. Acesso em: 21 out. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN de MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ZELLER, Bruno. **Comparison between the provisions of the CISG on mitigation of losses (Art. 77) and the counterpart provisions of PECL (Art. 9:505)**. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp77.html>>. Acesso em: 19 mar. 2017.