

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

VITÓRIA WEBER

A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E SUAS REPERCUSSÕES NA
RESPONSABILIDADE CIVIL:
Uma análise sob a ótica da boa-fé objetiva

São Leopoldo
2021

VITÓRIA WEBER

**A TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E SUAS REPERCUSSÕES NA
RESPONSABILIDADE CIVIL:
Uma análise sob a ótica da boa-fé objetiva**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientadora: Profa. Me. Isabel Cristina Porto Borjes

São Leopoldo

2021

À Ilse Maria Weber.

AGRADECIMENTOS

Por vezes, o recurso a clichês é não só necessário, mas a única forma de expressar minimamente aqueles sentimentos impossíveis de serem reduzidos a meras palavras. Estes agradecimentos estão sendo redigidos quase ao final de um ciclo que exigiu muito e, de fato, me vejo sem saber de que modo expressar minha gratidão àqueles que estiveram segurando minha mão ao longo deste período.

Inicio agradecendo a **Deus**. A Ele, recorri diversas vezes no intuito de buscar forças, mas, certamente, as orações de agradecimento Lhe foram endereçadas em número infinitamente maior.

Andrea e **João**, a quem tenho a honra e a bênção de chamar de “pais”, obrigada pelo apoio e incentivo incondicionais. Vocês são não apenas a minha base, mas a razão de ser de tudo isso. “Muito obrigada” é muito pouco para agradecer tudo o que vocês fizeram, fazem e continuarão a fazer por mim.

Confesso que é extremamente difícil descrever tamanho amor, carinho e gratidão que sinto em relação aos meus avós paternos, **Eldo** e **Ilse Maria**. Meus grandes exemplos, minhas verdadeiras inspirações e minha maior saudade. Onde quer que estejam (embora saiba que estão sempre ao meu lado), tenham a certeza de que a sua neta vive para orgulhá-los.

Agradeço, também, aos meus avós maternos, **Plínio** e **Wera**, de quem muito me orgulho e me lembro diariamente com carinho. De modo especial, minha vózinha, nunca será demais reiterar que és meu maior modelo de mulher forte, guerreira e amorosa. Se algum dia eu puder conquistar 10% da do teu caráter e da tua generosidade, estarei imensamente feliz.

Gratidão a toda a minha **família** – e aqui me reservo ao direito de não citar todos os nomes –, peça fundamental na minha trajetória pessoal, acadêmica e profissional. Um dos maiores orgulhos da minha vida é tê-los sempre por perto. De modo especial, agradeço ao meu namorado, **Maurício**, não apenas por compreender minhas loucuras acadêmicas, mas por sempre se prostrar ao meu lado, me dando forças e fazendo questão de deixar os meus dias mais felizes.

Do mesmo modo, agradecimento nenhum será capaz de expressar minha gratidão à professora **Isabel Cristina Porto Borjes**, que me orientou no decorrer deste trabalho e que se mostrou, também, uma grande inspiração não só profissional, mas de ser humano. A admiração vem desde o primeiro dia de aula da

disciplina de Responsabilidade Civil – e só aumentou durante o período da orientação.

Aos amigos que a Equipe de Arbitragem da Unisinos me concedeu, em especial **Larissa Mazzucco, Lílian Stein, Camila Nienow, Antonio Almeida, Frederico Pessoa, Danilo Brum, Vitor Barcellos e Matheus Stortti**, agradeço a parceria que transcende as competições das quais participamos, esta que, diga-se, foi essencial para o desenvolvimento deste trabalho. Muito me honra ter todos vocês ao meu lado.

Ao **Milton Lamor Manoel Filho**, por inculcar em mim o amor pela Responsabilidade Civil, por nossos intermináveis debates envolvendo (ou não) o Direito e por sempre se colocar à disposição para me ajudar no que for preciso. Espero um dia poder retribuir tamanho apoio.

Às minhas referências profissionais, **Geraldo, Luciana, Jane e Fernanda**, exemplos não apenas de profissionais dedicados(as) e de atuação ímpar, mas também de pessoas de índole e bondade singulares, que marcam para sempre os corações daqueles que têm a sorte e felicidade de trabalhar sob a sua direção.

Agradeço, enfim, a **todos os meus amigos e amigas** que aqui não foram nomeados, que compreenderam minha ausência neste período, mandaram mensagens de apoio, lembraram de mim em momentos especiais ou mesmo auxiliaram materialmente no desenvolvimento deste trabalho.

A verdade é que nenhuma conquista pessoal seria possível, ou mesmo faria sentido ser ter pessoas maravilhosas na linha de chegada. Nenhum êxito teria graça sem vocês para comemorar comigo. O fato de tê-los trilhando o (muitas vezes árduo) caminho da vida ao meu lado é o que faz tudo valer a pena. Já destaquei no início, mas reitero: não existem palavras para agradecê-los por tanto.

A verdadeira viagem da descoberta consiste não em buscar novas paisagens,
mas em ver com novos olhos.

(PROUST, 1913)

RESUMO

A finalidade deste trabalho consiste no exame da compatibilidade do *duty to mitigate the loss* – ou dever de mitigar o próprio prejuízo – no ordenamento jurídico brasileiro. Esta teoria, que teve seu berço na *common law* e que versa sobre a necessidade de que o credor adote uma postura ativa diante do ilícito perpetrado pelo devedor, tem por objetivo minimizar as perdas e danos decorrentes do evento danoso por ele próprio experimentados. Para tanto, busca-se verificar se noções já consagradas na responsabilidade civil autorizam o ingresso de tal doutrina no sistema de Direito nacional. Pretende-se, outrossim, examinar a origem, o desenvolvimento e a aplicação de tal regra no âmbito do Direito estrangeiro e internacional, bem como sua afinidade com a utilização da teoria pelas Cortes brasileiras, estudo que implica a análise de precedentes jurisprudenciais que versam sobre o tema. Objetiva-se, desse modo, demonstrar que o ordenamento brasileiro impõe tal conduta ao credor, ainda que não expressamente, por força da função corretora da boa-fé objetiva, esta que se concretiza na figura da vedação ao abuso de direito, ambas cláusulas gerais de ampla abrangência e eficácia. Enfim, constata-se que a acolhida da teoria da mitigação dos danos pelo Direito brasileiro representa mais um passo à materialização de valores civis-constitucionais que estão situados na base do sistema jurídico pátrio, encontrando neles seu principal fundamento de recepção.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Boa-fé. Abuso de direito. Teoria da mitigação dos danos. Razoabilidade.

ABSTRACT

The purpose of this work is to investigate the compatibility of the duty to mitigate the loss with the Brazilian Civil Law, doctrine that has its roots in common law and which concerns to the burden that the injured party adopt an active conduct against a debtor's breach of contract, in order to minimize the damages resulting from the harmful event experienced by himself. Therefore, this research seeks to verify whether legal institutes already consolidated in Brazilian Civil Liability system authorize the reception of such doctrine into the national legal order. It is also intended to examine the origin, development and application of such rule in the scope of foreign and international Law, as well as its connection with the use of the theory by Brazilian Courts, a study that involves the analysis of jurisprudential precedents that deal with the theme. Thus, the main goal is to demonstrate that the Brazilian law imposes such conduct on the victim, even if not expressly, on account of the corrective function assumed by the good-faith principle, which is materialized in the figure of the prohibition of abusive exercise of rights, both general clauses in its meanings and effects. Finally, it appears that the acceptance of the duty to mitigate the loss by Brazilian Law represents a step towards the materialization of civil-constitutional values that are settled at the base of the legal order structure, finding in them its main basis for encompassing the theory in Brazil.

Keywords: Civil liability. Good faith. Abuse of rights. Duty to mitigate the loss. Reasonableness.

LISTA DE SIGLAS

AFUBRA	Associação dos Fumicultores do Brasil
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CC/02	Código Civil de 2002
CC/16	Código Civil de 1916
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CISG	<i>United Nations Convention on Contracts of International Sale of Goods</i>
CJF	Conselho da Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	13
2.1 Conceito e aplicabilidade do princípio da reparação integral.....	14
2.1.1 Origens do princípio da <i>restitutio in integrum</i>	15
2.1.2 Fundamentos do princípio no Brasil	17
2.1.3 Hipóteses de mitigação do princípio da reparação integral	21
2.2 Pressupostos, teorias e espécies da responsabilidade civil	26
2.2.1 Pressupostos do dever de indenizar	28
2.2.2 Teorias que fundamentam a responsabilidade civil.....	38
2.2.3 Espécies de responsabilidade civil	55
3 ORIGENS DA TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E INGRESSO NO DIREITO BRASILEIRO	63
3.1 Nascimento e evolução da teoria	63
3.1.1 Berço e desenvolvimento na <i>common law</i>	64
3.1.2 Acolhimento da teoria nos sistemas francês, alemão e italiano	70
3.1.3 Tratamento jurídico no Direito internacional.....	76
3.2 A recepção da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro	80
3.2.1 Os primeiros marcos fundamentais da introdução da teoria no Brasil	82
3.2.2 Pressupostos de aplicação no âmbito da responsabilidade civil contratual	87
3.2.3 Possibilidade de extensão da teoria à responsabilidade extracontratual.....	93
4 A ESTRUTURA JURÍDICA DE APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL.....	100
4.1 A experiência jurídica pátria a respeito da aplicação da teoria	101
4.1.1 Fundamentos da recepção da teoria no Direito pátrio	102
4.1.2 A qualificação jurídica da teoria	110
4.1.3 A teoria da mitigação dos danos como hipótese de abuso de direito	118
4.2 Consequências jurídicas da aplicação da teoria.....	129
4.2.1 Compatibilidade com o princípio da reparação integral	130
4.2.2 Eficácia da mitigação dos danos.....	133
4.2.3 A avaliação casuística pelo julgador.....	137
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	153
REFERÊNCIAS.....	156

1 INTRODUÇÃO

É cediço que, em face de um ilícito perpetrado por uma parte, designada devedora, nasce para a outra, dita credora, a pretensão de ver reparados os eventuais prejuízos derivados do evento danoso. Esta, afinal, é a base do sistema de responsabilidade civil brasileiro, que tem na busca pela concretização do princípio da reparação integral a sua força motriz.

Questiona-se, contudo, se ao Direito interessa investigar a postura adotada pelo credor após o ato ilícito cometido pela contraparte, isto é, se este tem de adotar medidas aptas a minimizar os prejuízos decorrentes do fato danoso por ele próprio experimentados, quando assim razoavelmente poderia tê-lo feito. Indaga-se, outrossim, caso tal resposta seja positiva, quais as consequências jurídicas dessa inação para o credor omissor. Ou, por outro lado, a atitude do credor perante o evento danoso é absolutamente irrelevante do ponto de vista jurídico, especialmente tendo em vista a inexistência de regra expressa a respeito no ordenamento brasileiro?

São estas, em síntese, as provocações que nortearão o desenvolvimento do presente trabalho, cujo objetivo principal consiste em solver tais questionamentos à luz da teoria do *duty to mitigate the loss*, figura cunhada pela *common law*, com expansão para países de tradição romano-germânica e recepção gradual pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do início dos anos 2000.

A escolha da abordagem de tal temática decorre, por um lado, da inexistência de norma expressa nas codificações pátrias estabelecendo esse dever – ou ônus – para o credor e, de outro, das divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza e efeitos jurídicos de dita regra. Cabe analisar, destarte, os fundamentos da recepção da teoria da mitigação dos danos no Brasil, partindo-se da constatação acerca da existência (ou não) de uma lacuna legislativa, até chegar-se ao exame das consequências decorrentes da aplicação prática do *duty to mitigate the loss* nas Cortes brasileiras.

É fato notório que o Direito Privado evoluiu substancialmente nas últimas décadas, de modo a conformar-se com os valores presentes na base da Constituição Federal e estendidos ao Código Civil. O fenômeno, comumente denominado pela comunidade jurídica de “constitucionalização do Direito Privado”, culminou em uma série de consequências para o instituto da responsabilidade civil,

tanto no âmbito negocial quanto no extracontratual, notadamente em razão da maximização da importância de princípios como o da solidariedade, da cooperação e da função social do contrato.

Contudo, destaque especial deve ser reservado à boa-fé objetiva, cláusula geral que representa verdadeiro pilar do ordenamento pátrio. Seus reflexos incidem sobre a interpretação dos contratos, sobre o *standard* comportamental esperado das partes e sobre a própria estrutura jurídica normativa em geral, de tal modo que as regras relacionadas à responsabilidade civil como um todo devem ser aplicadas sempre visando à potencialização da pauta axiológica presente em nossas codificações.

É nesse contexto que se insere a necessidade do exame da possibilidade de recepção do *duty to mitigate the loss* pelo Direito brasileiro. Com efeito, embora careça de norma explícita a respeito, o ordenamento pátrio parece acolher dita teoria, justamente em razão dos fundamentos valorativos antes referidos, em especial o da boa-fé. Perceba-se, portanto, que o problema que se busca resolver por meio do presente trabalho apresenta relevância não apenas no aspecto teórico-jurídico, mas, também, no âmbito social, visto que, da aplicação prática do instituto em comento, decorre a concretização dos valores mais basilares consagrados nos diplomas legais pátrios.

Portanto, o presente estudo partirá da reunião de referências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do *duty to mitigate the loss*, tanto brasileiras quanto estrangeiras, para, ao seu final, concluir-se pela sua conformação ou não ao sistema de Direito já existente no Brasil e, em sendo positiva tal resposta, inferir-se pela melhor definição jurídica a ser utilizada para a teoria no ordenamento pátrio, o que culminará na definição dos contornos práticos de sua utilização.

Nesse sentido, o objetivo geral deste trabalho será traçar um panorama, desde a análise de tópicos já familiares em matéria de responsabilidade civil, perpassando pelo surgimento da teoria da mitigação dos danos até a sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, para que, ao final da monografia – e embora não se pretenda esgotar o tema, considerando a riqueza do seu conteúdo – possa-se chegar a uma resolução plausível ao problema posto na delimitação da matéria.

Para que tais finalidades sejam atingidas, o presente trabalho foi dividido em três capítulos principais, estes que, por seu turno, subdividem-se em novos tópicos,

com a finalidade de especializar as abordagens e tornar mais claras as conclusões que serão tomadas.

Em um primeiro momento, será empreendido um exame da responsabilidade civil, com destaque para as suas figuras mais relevantes para o âmbito do presente estudo – espécies, pressupostos e teorias que a fundamentam –, bem como para o princípio da reparação integral, este que representa a finalidade precípua da reparação civil. Tal exame é primordial não só para executar as fundações de todo o trabalho posterior, mas, também, para que se possa aferir se a teoria da mitigação dos danos é compatível com o sistema de Direito já plenamente consagrado no Brasil.

Já no segundo capítulo, será realizada uma análise do próprio *duty to mitigate the loss*, perpassando por sua origem nas cortes anglo-saxônicas, por suas principais características e por seu âmbito de aplicação no Direito estrangeiro. Outrossim, abordar-se-á a incidência da teoria na esfera do Direito internacional, examinando-se a sua previsão em diversas *soft laws* que regulam a compra e venda de mercadorias entre as nações. Ainda, pretende-se registrar as primeiras aparições da regra da mitigação dos prejuízos no Direito nacional, partindo-se da menção feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior em obra datada de 2003 até chegar-se ao *leading case* apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2010.

O terceiro e último capítulo abordará a aplicação da teoria da mitigação dos danos no Brasil como um modo de concretização do princípio da boa-fé objetiva. Mais especificamente, ocupar-se-á da possibilidade de que a postura do credor vitimado pelo ilícito perpetrado pelo devedor represente conduta regulada pela cláusula geral da vedação ao abuso de direito, prevista no art. 187, do vigente Diploma Civil.

Conforme anteriormente referido, a escolha do *duty to mitigate the loss* como temática a ser abordada neste trabalho tem por um de seus motivos as dúvidas causadas na comunidade jurídica brasileira a respeito da possibilidade e formato de introdução da teoria no Direito pátrio. Com efeito, embora, por certo, não se possa esgotar a matéria nos estreitos limites destas páginas, dada a sua riqueza não só teórica, mas também prática, pretende-se demonstrar que a teoria opera lado a lado com o mecanismo da responsabilização civil, auxiliando na materialização de valores essenciais para o sistema de Direito nacional.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O presente trabalho tem como escopo apresentar todo o cenário envolvendo a teoria da mitigação dos danos, o seu surgimento no Direito estrangeiro, sua recepção no ordenamento jurídico nacional, os seus pontos positivos e também as críticas recebidas. Contudo, para que o objetivo final desta monografia seja atingido, é necessário, primeiro, revisitar conceitos inerentes ao instituto da responsabilidade civil, já conhecidos do operador do Direito brasileiro, os quais são essenciais para a futura discussão sobre a recepção do *duty to mitigate the loss* em nosso sistema.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste estudo buscará fazer uma breve, porém essencial análise do princípio da reparação integral e, após, trazer ao leitor um panorama sobre as bases dogmáticas da responsabilidade civil, lançando luzes aos pressupostos do dever de indenizar, às teorias que fundamentam o instituto e às espécies de responsabilidade, com ênfase no descumprimento contratual como fonte do dever de indenizar. Tal tema será fundamental para o exame do plano de aplicação da teoria da mitigação dos danos no ordenamento jurídico pátrio.

Como se sabe, a responsabilidade civil sofre uma contínua transformação para conformar-se com uma sociedade em constante (e veloz) renovação. Seus conceitos modificam-se, ora sendo limitados, ora estendidos, papel que cumpre primordialmente à doutrina e à jurisprudência, cujo esforço interpretativo tem por fundamento um sistema civil aberto, repleto de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados¹.

Aguiar Dias já bem anotava:

O instituto [da responsabilidade civil] é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerando, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.²

Especialmente por se tratar de um conceito relativamente novo, sem previsão expressa em nossa legislação e, ainda, com arcabouço doutrinário e jurisprudencial

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 875.

² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

vacilante, a aplicação prática da teoria da mitigação dos danos merece, antes, repousar sobre uma base teórico-jurídica sólida, já consolidada entre os operadores do Direito. É justamente esse alicerce que se buscará construir neste primeiro capítulo, por meio do estudo do princípio da reparação integral e dos fundamentos que sustentam a responsabilidade civil no direito pátrio.

2.1 Conceito e aplicabilidade do princípio da reparação integral

A recepção de institutos jurídicos alienígenas, tais como a teoria da mitigação dos danos, deve antes confrontar a estrutura jurídica já existente no ordenamento que pretende aplicá-los³. É precisamente por isso que cumpre, neste primeiro momento, abordar noções muito caras à responsabilidade civil e que estão diretamente relacionadas com a aplicação da teoria em exame na prática judiciária e arbitral.

O primeiro conceito cuja análise é imprescindível para, mais adiante, se atingir a finalidade última do presente trabalho é o princípio da reparação integral, situado por juristas como aquele em torno do qual se articula a responsabilidade civil⁴. Isso porque a razão de ser do *restitutio in integrum* confunde-se com a própria função do instituto da responsabilidade: restabelecer o equilíbrio anteriormente existente entre o agente e a vítima, reposicionando o prejudicado ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito, na maior extensão possível⁵.

Destarte, é primordial fazer-se um estudo sobre a origem e evolução desse brocardo na história do Direito, bem como sobre as suas bases no sistema jurídico brasileiro e, por fim, acerca das hipóteses de mitigação da regra da reparação integral, para que, mais adiante, se examine a conciliação (ou não) da teoria da mitigação dos danos com o princípio em tela.

³ FACCHINI NETO, Eugênio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, p. 252, out./dez. 2017.

⁴ Nesse sentido, já se manifestaram Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio. In: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5-6) e Sergio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26).

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26.

2.1.1 Origens do princípio da *restitutio in integrum*

O fundamento do princípio em estudo fixa suas bases na noção de “justiça corretiva”, que teve origem na filosofia grega, mais especificamente na Ética a Nicômaco de Aristóteles, considerada por Paulo de Tarso Sanseverino como o “embrião da noção moderna de responsabilidade civil, bem como do próprio princípio da reparação integral do dano”⁶.

Na referida obra, o filósofo grego aborda as virtudes, com foco, neste trabalho, para a virtude da justiça, que o filósofo define como “a forma mais perfeita de excelência moral”⁷. Aristóteles divide a noção de justiça em duas espécies: a geral, em que o ato é justo quando praticado de acordo com a lei; e a particular, essa conduzida pela ideia de igualdade, subdividindo-se, por seu turno, em duas modalidades, a saber, a justiça distributiva e a justiça corretiva⁸.

A justiça distributiva refere-se às relações do cidadão com o Estado, e tem por objetivo a distribuição de bens públicos como base em um critério de igualdade geométrico ou proporcional⁹, isto é, que considera os dotes naturais do cidadão, sua dignidade, o nível de suas funções, sua formação e sua posição na hierarquia para “calcular” o que lhe é devido na *Polis*¹⁰. Já a justiça corretiva – esta que, como mencionado, interessa ao presente estudo – relaciona-se “com a igualdade a ser preservada nas relações privadas em geral”¹¹.

Nessa modalidade, deve ser feita uma proporção aritmética para se chegar ao resultado do que é devido à vítima. Isso porque, para a justiça corretiva, descabe verificar a índole das partes envolvidas, tanto do ofensor quanto do prejudicado (diferentemente do que ocorre com a justiça distributiva), uma vez que, nesta

⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

⁷ Ibid., p. 51.

⁸ BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Filosofia e Direito privado**: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinrib. São Paulo: Grupo Almedina, 2019. p. 90. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934409/pageid/89>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁹ Sobre o ponto, muito bem explica Kelsen: “Assim, o princípio da justiça distributiva é expresso em uma fórmula matemática: se um Direito a é conferido a um indivíduo A, e um Direito b ao indivíduo B, a exigência da justiça distributiva é cumprida sea razão entre o valor a e o valor b for igual à razão entre o valor A pelo valor B.” (KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 126).

¹⁰ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 46, p. 208, jan./mar. 2004.

¹¹ SANSEVERINO, op. cit., p. 19.

espécie, ambas são tratadas como iguais, sendo a análise do juiz limitada à verificação do cometimento (ou não) de uma injustiça e o sofrimento de um dano¹².

Com efeito, o julgador, para o restabelecimento de um patamar justo à relação, tratará de impor uma penalidade ao ofensor, o que cabe tanto para relações voluntárias (que, são, por exemplo, contratos, vendas, empréstimos, locação etc.) quanto para as involuntárias, que compreendem os atos ilícitos em geral¹³.

Décadas depois, já na Idade Média, Tomás de Aquino desenvolveu a noção de “justiça comutativa” em sua *Summa Theologica*, que consistia em um aprimoramento do conceito de justiça desenvolvido por Aristóteles pelo Direito Romano, isto é, adaptada aos preceitos do Cristianismo em razão da sua posição social, estreitamente ligada à religião.

Foi no final da Idade Média, inclusive, que as noções contemporâneas da responsabilidade civil começaram a se consolidar. Paulo de Tarso Sanseverino realça três circunstâncias marcantes desse período:

Destacam-se três aspectos nesse período, sendo o primeiro a afirmação gradual do princípio de que todo dano causado deve ser reparado. Em segundo lugar, ocorre uma lenta separação entre os delitos penais e civis com a distinção entre pena e reparação. Em terceiro lugar, começam a ser estabelecidos critérios mais objetivos para distinguir as modalidades de reparação (natural ou pecuniária) para definir critérios de cálculo da indenização¹⁴.

Todo esse contexto histórico, somado às lutas empreendidas no âmbito da Revolução de 1789, culminou no célebre Código Civil francês de 1804, cujo art. 1.382 determina: “*Tout fait quelconque de l’homme, que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”¹⁵.

Tal preceito foi muito celebrado à época, tendo inaugurado a separação entre a responsabilidade civil e a penal, bem como prestigiado a natureza subjetiva da primeira, centralizando a culpa como elemento primordial para aferição da existência da obrigação de indenizar¹⁶. Diante da indeterminação da noção de delito civil,

¹² POZZOLI, Lafayette; SILVA, Luciano Braz da. Argumentações sobre a ética e a virtude para uma fundamentação da justiça no pensamento de Aristóteles. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 30, p. 430, jul./dez. 2012.

¹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

¹⁴ Ibid., p. 23.

¹⁵ Em tradução livre: “Todo e qualquer fato do homem que cause dano a alguém, obriga aquele que o causou culposamente a repará-lo”.

¹⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 24.

fundada apenas na cláusula geral do mencionado art. 1.382¹⁷, restou à doutrina e à jurisprudência o encargo de coordenar o sistema de responsabilidade civil francês, como, por exemplo, a determinação dos danos indenizáveis e dos pressupostos da obrigação de indenizar.

Ademais, o art. 1.149 do *Code Civil*¹⁸ francês estabelece que a indenização pelos prejuízos derivados do inadimplemento de obrigação cuja origem é o descumprimento do contrato abrange tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Embora não faça referência expressa, é consenso na doutrina e na jurisprudência que tal norma abarca também a responsabilidade extracontratual¹⁹.

Portanto, é certo que a noção de justiça corretiva criada por Aristóteles e aprimorada por Tomás de Aquino, bem como a sistematização da responsabilidade civil francesa, influenciaram grande parte dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, dentre eles o brasileiro, este que, frise-se, desde sempre prestigiou o princípio da reparação integral²⁰. A seguir, serão examinados os pressupostos de recepção do preceito no Brasil, bem como destacada a sua extrema importância para a consecução das finalidades da responsabilidade civil.

2.1.2 Fundamentos do princípio no Brasil

No Brasil, o Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916 – CC/16)²¹ já previa, em seu art. 1.059, que “[...] as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, replicando, ainda que de forma implícita, o posicionamento francês antes estudado e, assim, contemplando o princípio em análise.

¹⁷ Segundo Eugênio Facchini Neto, magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o artigo 1.382 do Código Napoleônico “teve influência direta na redação do artigo 159 do Código Civil brasileiro de 1916 e do artigo 186 do Código Civil vigente no Brasil” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Code Civil* francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 62-63, abr./jun. 2013).

¹⁸ “*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu’il a faite et du gain dont il a été privé [...].*” Em tradução livre: “Os danos devidos ao credor são, em geral, o prejuízo que este sofreu e os ganhos de que foi privado [...]”.

¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 26.

²¹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

Já o art. 944, do atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002 – CC/02)²² expressamente dispõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Aliás, importa sublinhar que a codificação de 2002 é orientada pelas diretrizes da eticidade, socialidade e operabilidade, instrumentalizando na prática a justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles. Como aponta Judith Martins-Costa, a concepção ética grega, que havia sido deixada de lado nas codificações anteriores, foi retomada com força nos códigos contemporâneos em razão da necessidade de que “as relações entre os que vivem em comunidade devem ser pautadas por um critério justo de (con)vivência social”²³.

Ocorre que o princípio da reparação integral representa duas faces de uma mesma moeda: por um lado, o julgador deve buscar a reparação do dano em grau máximo, mas, por outro, não pode ultrapassá-lo sob pena de enriquecer sem causa a vítima.

Esta é a ideia por trás do adágio *tout le dommage, mais rien que le dommage*²⁴, também idealizado no âmbito do sistema jurídico francês. Tal noção diz respeito à medida da extensão do dano, assentando tanto um “pisso” indenizatório (“todo o dano”) quanto um “teto” para a indenização devida (“não mais que o dano”). Desse modo, a doutrina brasileira desenvolveu três funções para o princípio em estudo: a compensatória, a indenitória e a concretizadora.

A **função compensatória** do princípio da reparação integral significa que a reparação do dano, para ser reputada plena, deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do fato danoso. Fazendo-se um contraponto ao termo “integral”, constante do princípio em estudo, diz-se que indenizar pela metade seria responsabilizar a vítima pelo resto, ao se impor que esta última suportasse o restante dos prejuízos não indenizados²⁵.

Não há uma definição exata do conceito de dano, visto que novas espécies de prejuízos ressarcíveis surgem e/ou são ampliadas constantemente – não sem

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1. p. 463.

²⁴ “Todo o dano, mas não mais que o dano” (tradução livre).

²⁵ PIZZARO, 1991 *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil: Arts. 927 a 965**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 372. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/pageid/394>. Acesso em: 14 mar. 2021.

duras críticas²⁶. Todavia, como assevera Clóvis do Couto e Silva²⁷, a conceituação de dano é primordial para que se conheça o funcionamento do sistema jurídico a ele relacionado. É o que, portanto, passa-se a fazer.

Agostinho Alvim²⁸, membro da comissão encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código Civil na parte referente ao Direito das Obrigações, define o dano como “lesão de qualquer bem jurídico” e, citando a doutrina italiana, acrescenta que se trata da “diminuição ou subtração de um bem jurídico”²⁹. Tais bens ou interesses juridicamente tutelados nada mais são do que nosso patrimônio moral e material, que, ao ser lesado, merece reparação por parte daqueles que não observarem o dogma romano do *neminem laedere*³⁰.

Com efeito, Pontes de Miranda, tratando da medida do dano indenizável, assevera que a função primordial da reparação integral é indenizar todo o dano, sendo que “por ‘todo dano’ se há de entender o dano em si e as repercussões do dano na esfera jurídica do ofendido [...]”, destacando, ainda, que não se diferenciam “graus de culpa, nem qualidades das causas que concorreram”³¹.

Desse modo, a função compensatória do princípio da reparação integral consiste, justamente, em servir de guia para a recomposição desse dano, buscando-a em grau máximo para, assim, fazer desaparecer os efeitos do evento danoso³².

Já a **função indenitária** estabelece que a indenização não deve ultrapassar os danos efetivamente sofridos pela vítima, sob pena de enriquecimento sem causa desta última. Trata-se de um verdadeiro papel limitador do princípio da reparação integral, existindo, nesse ponto uma verdadeira ligação entre a responsabilidade civil

²⁶ Sobre o tema, vide SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81-120.

²⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no Direito brasileiro e no Direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991.

²⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 172.

²⁹ *Ibid.*, p. 171.

³⁰ Trata-se de um dever geral de abstenção, imposto a toda sociedade. De acordo com Chaves de Farias, Braga Netto e Rosenvald, “a responsabilidade civil está fundada no princípio do *neminem laedere*, ou seja, a fórmula, de elaboração romana, que nos recomenda agir de forma a não lesar os Direitos de outrem” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 874).

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 26. p. 70.

³² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

e proibição do enriquecimento sem causa, esse último positivado no art. 884, do CC/02³³⁻³⁴.

Nesse sentido, o dano está situado no cerne da obrigação de indenizar³⁵. Sem ele, não há que se falar em dever de reparar pois, ao fim e ao cabo, não há prejuízo a ser recomposto³⁶. Sérgio Cavalieri Filho sublinha que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano [...]. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de indenizar”³⁷.

Aliás, indenizar sem dano – seja ele de ordem patrimonial ou extrapatrimonial – implicaria enriquecimento sem causa àquele que pleiteia a reparação e, de outro lado, uma pena àquele que se vê obrigado a tal³⁸. Se estaria, portanto, passando longe daquilo que é o âmago do princípio da reparação integral (reposicionar a

³³ CC/02, Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

³⁴ A ressalva é feita em razão de esta ser uma preocupação frequente na doutrina: distinguir a responsabilidade civil do instituto de enriquecimento sem causa. O jurista Gustavo Tepedino dedica parte de sua obra para tratar do tema: “Resta, assim, evidente que a responsabilidade civil difere do enriquecimento sem causa, sobretudo, pela função que ambos os institutos desempenham: enquanto a primeira se dirige a reparar integralmente o dano sofrido pela vítima, a segunda visa remover o enriquecimento do patrimônio do enriquecido, situando-se no âmbito da reprovabilidade perante os princípios do sistema” (TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. p. 2. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021).

³⁵ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 384. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!4/2/22/4/2@0:0>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³⁶ Há autores que defendem que o abuso de direito, previsto no artigo 187, do Código Civil, independe da configuração de dano, tratando-se de uma exceção à regra. Contudo, pede-se vênia para divergir parcialmente de tal posicionamento. Isso porque o abuso de direito – como se terá a oportunidade de verificar em outras oportunidades no presente trabalho – constitui categoria jurídica que não se esgota na sua eficácia indenizatória; a reparação civil é apenas um dos possíveis efeitos da figura do abuso de direito. Nesse sentido, é o Enunciado n.º 539 da Jornada de Direito Civil: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Ocorre que, quando se está tratando da eficácia indenizatória do abuso de Direito, o art. 927, do CC/02, é muito claro ao determinar: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), **causar dano a outrem**, fica obrigado a repará-lo” (grifo nosso). No mesmo sentido, é o parágrafo único do mencionado dispositivo legal, que traz a noção de responsabilidade objetiva: “Haverá obrigação de **reparar o dano**, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo **autor do dano** implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (grifos nossos). Destarte, quando associado a uma pretensão indenizatória, o pedido fundamentado no art. 187 necessariamente implicará a comprovação dos danos.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 103.

³⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 26. p. 71.

vítima ao *status quo ante*), uma vez que, sem tal fator determinante, a pretensa “vítima” nem sequer teve seu estado moral ou patrimonial alterado.

Por fim, a **função concretizadora** estabelece uma relação de equivalência entre a indenização e os prejuízos reais e efetivos decorrentes do evento danoso, mediante uma análise do caso concreto a ser feita pelo julgador.

O ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino bem pontua que a quantificação de uma indenização justa reclama do juiz grande atenção para as peculiaridades de cada situação que lhe é posta a julgamento, devendo aplicar as regras estabelecidas pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina, mas sempre voltando seus olhos para as circunstâncias em análise, desvencilhando-se de fórmulas abstratas e genéricas que, não raras vezes, se distanciam da conjuntura do caso concreto³⁹.

Em que pese sua inegável relevância, e assim como a grande maioria dos institutos jurídicos – especialmente aqueles sujeitos às mudanças sociais ocorridas com o passar dos anos –, a reparação integral não é um princípio absoluto, mas, sim, comporta exceções igualmente importantes para a concretização da sua finalidade. É o que se passa a examinar no tópico a seguir.

2.1.3 Hipóteses de mitigação do princípio da reparação integral

Ao passo que o princípio da reparação integral informa o ordenamento jurídico nacional⁴⁰ e representa verdadeira bússola ao operador do Direito, também não constitui preceito absoluto, pois, assim como a maioria – talvez a totalidade – dos institutos jurídicos, não teve seu desenvolvimento imune a críticas.

Contudo, buscou-se suprimir tais críticas por meio de dispositivos do vigente Código Civil, que prescrevem restrições ou o abrandamento do princípio em tela, de acordo com as particularidades do caso concreto – além, é claro, das exceções oriundas de construção doutrinária e jurisprudencial, observadas na prática jurídica.

O referido artigo 944 do Código Civil de 2002, que traz ao ordenamento jurídico brasileiro a ideia da equivalência entre os danos e a indenização, também prevê, em seu parágrafo único, a principal restrição à ideia contida no *caput* do

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 77.

⁴⁰ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 231.

dispositivo: trata-se da chama cláusula geral de redução da indenização por excessiva desproporção entre a culpa e o dano⁴¹⁻⁴².

Como visto, a reparação integral, na mesma medida em que representa grande vantagem e segurança à vítima, a quem é assegurada a pretensão pela extinção dos efeitos do evento danoso, também impõe que se verifique a posição jurídica que é assumida pelo autor do dano, que, a depender do caso concreto, pode ter contribuído em maior ou menor grau para o resultado de sua conduta.

Diversos são os dispositivos legais presentes no Direito comparado que disciplinam hipóteses de mitigação ao princípio da reparação integral⁴³, sendo que todos possuem em comum a equidade como fundamento da mitigação da regra da indenização total e a vedação da restrição nos atos ilícitos firmados em dolo.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. referia que é “essa equidade (corretiva), a que se refere Aristóteles na *Ética a Nicômaco*, [...] que o juiz vai aplicar quando tiver a necessidade de afastar uma injustiça que resultaria da aplicação estrita da lei”⁴⁴.

Já no que tange à responsabilidade contratual – que será dissecada ainda neste capítulo, ao se examinar as espécies de responsabilidade civil –, esta possui hipóteses características de mitigação do princípio da reparação integral, tais como

⁴¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 80. O autor também trata de outra hipótese de limitação ao princípio da reparação integral, qual seja, a redução da indenização no âmbito da responsabilidade civil dos incapazes, positivada no artigo 928, parágrafo único, do Código Civil. Contudo, tendo em vista que o pano de fundo do presente trabalho é a teoria da mitigação dos danos, bem como que, para a futura análise de sua (in)compatibilidade com o princípio da *restitutio in integrum*, basta o exame desta limitação, pede-se licença para deixar de abordá-lo por mera dispensabilidade teórica.

⁴² CC/02, Art. 944. [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

⁴³ A título exemplificativo, cita-se o Código Civil português de 1966 (“Artigo 494: Quando A responsabilidade civil se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que correspondia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”) e o Código Federal Suíço das Obrigações (“Artigo 64, alínea 2: Quando o prejuízo não tenha sido causado intencionalmente nem por efeito de uma grave negligência ou imprudência, e sua reparação exporia o devedor a uma situação de necessidade, o juiz pode reduzir eqüitativamente a indenização.”)

⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência). **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 6, n. 24, p. 27, 2003. p. 27

a possibilidade de pactuação de cláusula penal⁴⁵ ou mesmo, no caso do contrato de seguro, a limitação da indenização ao valor constante do conhecimento⁴⁶⁻⁴⁷.

No mesmo sentido, Agostinho Alvim, ainda na década de 1970, já defendia que “sucede, às vezes, que, por culpa leve, sem esquecer uma dose de fatalidade, vê-se alguém obrigado a reparar prejuízos de vastas proporções. O juiz poderia sentir-se inclinado a negar a culpa, para evitar uma condenação que não comporta meio-termo”⁴⁸.

Acerca do fundamento por detrás da redação do parágrafo único do artigo 944, ora em exame, a doutrina de Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho ensina:

O juiz deverá considerar todas as circunstâncias de fato evitando que a indenização seja transformada em panaceia com o enriquecimento sem causa do lesado e a insolvência do causador do dano. O princípio da reparação integral não conduz ao despautério de uma condenação exorbitante, absurda, ou, também, mesquinha, irrisória. O que o juiz deve levar em conta, reforçados com o novo dispositivo, é a realidade da reparação integral, a consequência efetiva do ato lesivo para a vítima, tendo presente a extensão do dano, podendo, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir, equitativamente, a indenização.⁴⁹

De certo modo, a mitigação do princípio da reparação integral exsurge da própria aplicação da função concretizadora deste último, a qual, relembre-se, diz respeito à aferição *in concreto* dos elementos que circundam o evento danoso.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2 teoria geral das obrigações. p. 136. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990619/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idre f%3Dhtml17%5D/4/16/18%400:47.4>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁴⁶ CC/02, Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

⁴⁷ Interessante sublinhar, neste ponto, que a professora Judith Martins-Costa, ao examinar as hipóteses de limitações ao princípio da reparação integral, elenca como possibilidade justamente a não implementação, por parte do credor inadimplido, “[d]os atos que estariam ao seu alcance, razoavelmente, para diminuir o próprio prejuízo, para reduzir o seu impacto (*duty to mitigate*)” (MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/pageid/359>. Acesso em: 21 abr. 2021). A posição da ilustre jurista será objeto de análise futura no presente trabalho.

⁴⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 201.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil: Arts. 927 a 965**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 373. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/pageid/394>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Contudo, ainda segundo Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, tal restrição é uma exceção à regra, de modo que deve ser aplicada de forma restritiva⁵⁰, observando os elementos elencados pela doutrina, estes que podem ser extraídos dos próprios termos do dispositivo em exame. Senão vejamos.

O primeiro desses elementos é a gravidade da culpa do autor do dano, na acepção em sentido estrito do vocábulo: como já se referiu anteriormente, não cabe a aplicação do art. 944, parágrafo único, do CC/02 quando a conduta que ensejou os danos foi dolosa.

A diferenciação a respeito dos diferentes graus de culpa tomou contornos importantes a partir do CC/02⁵¹, justamente em face da cláusula geral de redução da indenização, aplicável, frise-se, tanto na responsabilidade contratual quanto na aquiliana⁵².

Novamente de acordo com o entendimento de Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho,

Haveria, em certo sentido, um retorno ao velho adágio da culpa grave, da culpa leve e da culpa levíssima, conforme exista uma falta elementar de atenção, uma falta de atenção correspondente ao homem médio e uma falta de atenção extraordinária. A gravidade da culpa, portanto, estaria na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano.⁵³

Outro ponto de controvérsia reside na forma de aferição do grau de culpa pelo juiz, ou seja, se esta deve ser feita em abstrato ou em concreto. Em que pese a

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**: Arts. 927 a 965. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 373. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/pageid/394>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁵¹ O CC/16 não possuía dispositivo semelhante ao ora examinado. Relembre-se que a codificação anterior foi editada em 1989, no âmbito de uma econômica e social baseada na agricultura (a indústria não era sequer incipiente); a codificação de 1916 trouxe, assim, uma concepção individualista, de modo que estava voltada para a proteção do patrimônio – ao sujeito de Direito somente era protegido se estivesse na condição de proprietário ou de contratante (GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do Direito Civil: do individualismo à socialidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 35, jul./set. 2006). Com efeito, a responsabilidade extracontratual e os atos culposos *lato sensu* conduziam todos aos efeitos do artigo 159, desimportando a intensidade da culpa. Esse dispositivo foi replicado nos termos do artigo 186, do CC/02, contudo, com a inclusão do parágrafo único do art. 944, voltou-se a ter relevância a discussão acerca da conceituação teórica desses graus e a forma de sua avaliação pelo julgador.

⁵² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

⁵³ CAVALIERI FILHO; DIREITO, op. cit., p. 378.

divergência doutrinária o CC/02, embora não expressamente, adotou uma concepção objetiva mitigada da culpa, “tendo em conta o padrão do homem médio, mas considerando as circunstâncias concretas como o meio social, cultural e profissional em que o agente está inserido”⁵⁴. A título exemplificativo, cita-se o artigo 1.011, do CC/02⁵⁵, que trata dos administradores de sociedades empresárias.

Embora não haja maiores discussões quanto à aplicabilidade da aferição *in abstracto* à responsabilidade contratual, Paulo de Tarso Sanseverino faz a ressalva de que é importante, na maior medida possível, uma avaliação *in concreto* em se tratando de responsabilidade civil aquiliana⁵⁶. Isso porque a o exame do caso particular permite maior cuidado com a garantia de justiça e correção de assimetrias que poderiam derivar da mera aplicação da regra geral.

Já quanto ao segundo elemento – extensão e natureza dos danos – esse não carece de maiores digressões: trata-se, com relação à extensão, da verificação da monta dos danos, tendo em vista também o valor econômico dos prejuízos; e no que toca à natureza, analisa-se qual o bem jurídico violado, se de ordem patrimonial, moral ou pessoal – sendo certo que, em se tratando desses últimos, especialmente morte ou incapacidade permanente, deve ser prontamente rechaçada a aplicação do parágrafo único do artigo 944, haja vista que, tamanha sua importância, sequer pode ser aferido seu valor econômico⁵⁷.

Por fim, o terceiro elemento diz respeito à excessiva desproporção entre os dois conceitos já antes analisados – a culpa e o dano. A mencionada desproporção deve ser evidente, devendo o julgador avaliar, com base em um critério de razoabilidade e equidade⁵⁸. Em outras palavras, a indenização deve ser equivalente à culpabilidade do responsável pelo dano.

No primeiro tópico deste trabalho, empreendeu-se um breve, porém importante exame do princípio da reparação integral, partindo-se de sua origem na doutrina aristotélica, passando-se para um estudo acerca de sua positivação no Direito brasileiro, por meio do art. 944, do CC/02, bem como sobre as funções por

⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105.

⁵⁵ Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

⁵⁶ SANSEVERINO, op. cit., p. 106.

⁵⁷ Ibid., p. 107.

⁵⁸ Ibid., p. 111.

ele desempenhadas no ordenamento pátrio, chegando-se, por fim, à análise das hipóteses de mitigação da regra da reparação integral.

Superado, portanto, o exame desta figura basilar – embora, por óbvio, seja impossível esgotar a matéria em tão poucas linhas –, cumpre, agora, analisar-se conceitos próprios da responsabilidade civil, cuja sistematização se edifica sobre o princípio antes estudado. Passa-se, portanto, a averiguar seus pressupostos, as teorias que a fundamentam e as espécies de aplicação.

2.2 Pressupostos, teorias e espécies da responsabilidade civil

Já se teve a oportunidade de tratar das funções e finalidades do instituto da responsabilidade civil⁵⁹, inclusive a respeito da forma de quantificação da indenização. Contudo, restou apenas implícito o conteúdo da ideia de “responsabilidade”, razão pela qual passa-se a abordar tal conceito.

A definição de responsabilidade no plano social é diversa daquela pertencente ao plano jurídico, embora não sejam de todo desiguais: enquanto no primeiro o vocábulo está atrelado a uma ideia de diligência, cuidado, no segundo refere-se à noção de obrigação de responder pelas consequências dos atos que se pratica⁶⁰.

Sobre o tópico, Aguiar Dias já advertia: “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez, dificulte o problema de fixar seu conceito [...]”⁶¹.

Não obstante a doutrina não tenha desenvolvido um conceito fechado de responsabilidade – o que, contudo, sequer é necessário, considerando a abertura de nosso ordenamento jurídico por meio de cláusulas gerais, bem como a já referida veloz mutação dos perfis sociais –, um ponto é praticamente unanimidade no meio acadêmico: a culpa não mais se confunde com a noção de responsabilidade; uma não está diretamente atrelada à outra – embora nem sempre tenha sido assim⁶².

⁵⁹ Rui Stoco defende que a responsabilidade civil é uma instituição, pois “[...] assecuratória de Direitos, e um estuário para onde acorrem os insatisfeitos, os injustiçados e os que se dana, e se prejudicam por comportamento dos outros. É resultado daquilo que não se comportou ou não ocorreu *secundum ius*” (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 179).

⁶⁰ Ibid., p. 178-179.

⁶¹ DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3.

⁶² STOCO, op. cit., p. 181.

No capítulo precedente, mencionou-se o artigo 1.382 do Código Civil francês, o qual tem na aferição do elemento subjetivo do agente a chancela do dever de indenizar. Tal dispositivo serviu de inspiração ao legislador brasileiro quando da redação da Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de 1916 – CC/16)⁶³, que depositou na culpa o fundamento da ocorrência do ato ilícito e, por conseguinte, o surgimento do dever de reparar⁶⁴.

Caio Mário da Silva Pereira bem sintetiza o problema visualizado pelos operadores do Direito à época:

O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. É fato comprovado que se mostrou esta insuficiente para cobrir toda a gama dos danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria, os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, por negligência ou por imprudência. **Aceitando, embora, que a responsabilidade civil se construiu tradicionalmente sobre o conceito de culpa, o jurista moderno convenceu-se de que esta não satisfaz.** Deixado à vítima o ônus da prova de que o ofensor procedeu antijuridicamente, a deficiência de meios, a desigualdade de fortuna, a própria organização social acabam por deixar larga cópia de danos descobertos e sem indenização. **A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça.** Foi preciso recorrer a outros meios técnicos, e aceitar, vencendo para isto resistências quotidianas, que em muitos casos o dano é reparável sem o fundamento da culpa.⁶⁵ (grifo nosso)

A primazia da culpa cedeu lugar ao que a doutrina denominou de “socialização da responsabilidade civil”. Em substituição, sobreveio a ideia de risco, hoje se constatando a implementação de um sistema de repartição e socialização desses riscos, inerentes a uma sociedade em constante progresso (de danos, inclusive) que clama por maior segurança social⁶⁶.

⁶³ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁶⁴ CC/16, Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar Direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3 contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. *E-book.* Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990534/epubcfi/6/78%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml38%5D/4/58/2%5Bch-282%5D%400:0>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁶ DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 129.

Outro ponto muito importante comumente ressaltado quando do exame do conceito é que responsabilidade não se confunde com obrigação. Segundo Rui Stoco, a primeira constitui “uma consequência e não uma obrigação original, considerando que esta [a obrigação] constitui sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente”⁶⁷.

Realizadas essas considerações introdutórias, parte-se, agora, para o exame – ainda que limitado – dos principais elementos que envolvem a responsabilidade civil: os pressupostos do dever de indenizar, as teorias que fundamentam a responsabilidade e, por fim, suas espécies e fontes geradoras.

2.2.1 Pressupostos do dever de indenizar

Os elementos estruturais da responsabilidade civil são extraídos da regra geral estabelecida pelo Código Civil de 2002, no artigo 186⁶⁸, que traz quatro pressupostos em seu teor: 1) ação ou omissão humana e voluntária; 2) dolo ou culpa do agente; 3) dano; 4) nexa causal entre eles.

Quanto à **conduta humana**, esta subdivide-se em ação ou omissão⁶⁹, ambas direcionadas a uma contrariedade à ordem jurídica. Para Aguiar Dias, a conduta humana constitui “o primeiro momento da responsabilidade civil”⁷⁰, a qual, contudo, deve ser voluntária, dotada de discernimento, intenção e liberdade. Nesse passo, a culpa provém de um ato voluntário, mas a vontade do sujeito, no ato culposos, vai endereçada à sua realização, mas não à consequência nociva⁷¹.

⁶⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 179.

⁶⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar Direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶⁹ À primeira vista, a omissão enquanto modalidade de conduta humana passível de ensejar o dever de reparação soa como um contrassenso ao adágio do *neminem laedere*: ora, se nada foi feito, então, nenhuma consequência daí adveio. Contudo, há que se ter em mente que, em se tratando de responsabilidade civil – aliás, analisando-se a questão do ponto de vista jurídico – há que se ter em mente que a abstenção indenizável é aquela que emanou de um sujeito que tinha o dever (e o poder) de realizar algo à que estava obrigado por força de lei ou contrato. Nas palavras de Cavalieri Filho: “Não é o mero não fazer, mas, sim, não fazer algo que, nas circunstâncias, era imposto ao omitente pelo Direito e que lhe era possível submeter ao seu poder final de realização” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 41).

⁷⁰ DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 203.

⁷¹ ALTERINI *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 92. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

Quanto a esse ponto, cumpre fazer uma ressalva: ao se analisar a conduta humana, não se deve verificar se o autor do dano detinha ciência das consequências do seu ato; tal exame pertence ao pressuposto da culpa *lato sensu*, em que se averigua o *animus* do agente, isto é, as repercussões por ele pretendidas com o ato ilícito. Sergio Cavalieri Filho bem sintetiza a questão: “A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico, ou subjetivo”⁷².

Destarte, quanto ao pressuposto da **culpa *lato sensu***⁷³, este se refere ao elemento subjetivo da ação ou omissão humana, o “nexo psicológico”⁷⁴ entre o fato danoso e a conduta. Sergio Cavalieri Filho anota que “ação ou omissão é o aspecto físico, externo, objetivo da conduta, enquanto a *vontade* constitui seu aspecto intrínseco” (grifos no original)⁷⁵. O pressuposto em exame fragmenta-se em duas modalidades: o dolo e a culpa *stricto sensu*.

O dolo é definido como “a vontade consciente de violar direito”⁷⁶, uma atuação voltada a um resultado danoso e contrário à ordem jurídica.

Já a culpa *stricto sensu*, em síntese formulada por Sergio Cavalieri Filho, constitui uma afronta ao dever de cuidado, que o agente poderia conhecer e respeitar. Neste caso, diferentemente do dolo, não há intenção de lesar ou violar direito de outrem, mas, sim, a materialização de uma negligência, imprudência ou imperícia⁷⁷.

A despeito da classificação acima mencionada, o mestre Aguiar Dias refere que o legislador brasileiro de 2002, ao escolher os termos do art. 186, afastou a

⁷² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 40.

⁷³ A título informativo, anote-se que os respeitados autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho posicionam a culpa como um elemento apenas acidental da responsabilidade civil, e não essencial, em razão da falta de generalidade a este pressuposto, isto é, sua aplicabilidade tanto à teoria subjetiva quanto à objetiva da responsabilidade. Contudo, como assevera Rui Stoco, a regra geral extraída dos termos do art. 186, do CC/02 não deixa dúvidas de que o legislador determinou que o ato ilícito somente se materializa se 1) for praticado em afronta à lei e que 2) seja praticado com dolo ou culpa *stricto sensu* (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 205).

⁷⁴ VARELA *apud* CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 47.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 47.

⁷⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 256.

⁷⁷ Rui Stoco, de forma breve e objetiva, explica que imprudência é “o comportamento açoitado, precipitado”; a negligência constitui comportamento omissivo, deixando de agir quando tinha o dever para tanto; e a imperícia é caracterizada pela “atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano” (STOCO, op. cit., p. 204).

relevância da dualidade dolo-culpa para a ocorrência do ato ilícito⁷⁸. Contudo, cabe, aqui, um destaque importante, mencionado pelo próprio jurista em sua obra: o exame da (in)existência de culpa no caso concreto somente é pressuposto para a responsabilidade subjetiva, calcada na cláusula geral contida no dispositivo antes referido. Para a responsabilidade objetiva, desinteressa a intenção por trás do agente quando da causação do dano: importa, tão somente, a sua conduta, o dano e o liame causal interligando ambos⁷⁹. Registre-se que ambas teorias serão devidamente analisadas no tópico seguinte.

O **dano**, por seu turno, é requisito imprescindível para o surgimento do dever de indenizar, independentemente da teoria aplicável, isto é, se objetiva ou subjetiva⁸⁰. Relembre-se, portanto, que sem um prejuízo de ordem moral ou econômica ao patrimônio de alguém, não há que se falar em aplicação da responsabilidade civil⁸¹.

Os danos dividem-se em patrimoniais e extrapatrimoniais ou morais: os primeiros constituem bens e direitos suscetíveis de quantificação econômica, podendo assumir feição corpórea (os bens, como casa, automóvel, etc.), ou incorpórea (os direitos, como o de crédito, autorais, dentre outros)⁸². Estes ainda se subdividem em danos emergentes (aquilo que se perdeu) e lucros cessantes (aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar)⁸³. Já os segundos, basicamente, afetam o patrimônio subjetivo de cada ser humano, são relacionados à pessoa e à personalidade de cada um⁸⁴ e que, *a priori*, não são passíveis de aferição pecuniária⁸⁵.

⁷⁸ DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 151.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 152. Destaca-se, outrossim, que o exame das teorias que fundamentam a responsabilidade será empreendido no capítulo 2.2.2 desta monografia.

⁸⁰ Para tal constatação, basta o exame do art. 927, parágrafo único, do CC/02: “Haverá obrigação de **reparar o dano**, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os Direitos de outrem.” (grifo nosso).

⁸¹ DIAS, op. cit., p. 202.

⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**: Arts. 927 a 965. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 93. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/pageid/394>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 917.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. p. 41-42. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!/4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁸⁵ A discussão sobre o que é dano moral é tormentosa e infundável; o exame certamente poderia preencher um trabalho exclusivo sobre o tema. Com efeito, e tendo em vista a limitação espacial

O **nexo causal** constitui matéria tormentosa, cujo conceito demanda extremo cuidado. Aliás, para Caio Mário, este “é o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado”⁸⁶. Como aponta o mestre Rui Stoco, o tema é complexo especialmente porque envolve duas problemáticas – a dificuldade da produção de prova e a identificação do fato que constitui realmente a causa do resultado danoso, nos casos em que há uma multiplicidade de possíveis causas⁸⁷.

Na verdade, o fundamento do nexo causal como pressuposto para a reparação civil não exige muitas digressões, afinal, ninguém pode responder por algo que não fez; se o dano não foi causado pela conduta do pretense ofensor, não surge a obrigação sucessiva de indenizar⁸⁸.

Em outras palavras, não basta que o agente tenha praticado uma conduta contrária à ordem jurídica (ilícita; portanto); tampouco que sobrevenha dano. Se estes dois fatos não estiverem conectados por um elo, um liame, não importa o grau de culpa ou mesmo a extensão do dano: não haverá a obrigação de indenizar.

Sobre o ponto, Sergio Cavalieri Filho sintetiza: “O Direito não é regido pelas leis físicas. Assim, além do elo naturalístico de causa e efeito, é também preciso um elo jurídico [...] principalmente quando tivermos várias causas concorrendo para determinado resultado”⁸⁹.

Com efeito, o tema não oferece maiores dificuldades quando o nexo causal decorre de um fato simples, isto é, quando a relação entre conduta e dano é perceptível sem a necessidade de se averiguar o contexto do evento danoso. O exame do nexo causal ganha contornos mais complexos quando se está diante de hipóteses de cadeia de condições – nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, quando há “várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar

da presente monografia, limitamo-nos a destacar que podem ser classificados como Direitos à integridade física (isto é, relacionados à defesa da vida) e Direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os Direitos à vida privada, intimidade, honra etc. (CAVALIERI FILHO, Sergio.

Programa de responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 117).

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 101. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁸⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 228.

⁸⁸ Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65; PEREIRA, Caio Mario da Silva.

Responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 101. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 66.

qual dentre elas é a causa real do resultado”⁹⁰. Das discussões decorrentes dessa questão é que surgiram, por construção doutrinária e jurisprudencial, as teorias que buscam precisar qual dessas múltiplas causas é a causa real e efetiva do evento danoso.

A primeira teoria, chamada de equivalência dos antecedentes, ou da *conditio sine qua non*, não distingue causa (que se relaciona ao plano da existência, ou seja, os elementos de que uma coisa depende para existir) e condição (conceito que se aproxima do plano da eficácia; aquilo que permite à causa produzir seus efeitos). Tudo tem o mesmo valor pois todas as causas e condições concorrem para o evento danoso⁹¹.

Já a teoria da causalidade adequada, como o próprio nome diz, estabelece que a causa somente pode ser reputada como tal se foi necessária e adequada à produção do resultado. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, “se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que fora a mais adequada à produção do evento”⁹². A solução é buscada, portanto, dentro do contexto fático de cada caso concreto; não há uma regra objetiva que permita apontar qual a causa adequada dentro de cada situação.

O clássico exemplo de aplicação dessa última corrente nos é dado por Antunes Varela, que explica:

[...] se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se aprestava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou não se teria dado se não fora o fato ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.⁹³

A lição de Sergio Cavalieri Filho encerra o raciocínio:

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 67.

⁹¹ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

⁹² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 68.

⁹³ VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 251.

[...] a condição deixará de ser a causa do dano sempre que, segundo a natureza geral, era de todo indiferente para a produção do dano e só se tornou condição dele em virtude de outras circunstâncias extraordinárias, sendo portanto inadequada para produzir esse dano.⁹⁴

O Diploma Civil de 2002 traz, em seu art. 403⁹⁵, a ideia de que a teoria aplicável ao nosso ordenamento é a da causalidade adequada⁹⁶. A averiguação da (in)existência de nexos causal, portanto, depende do estudo casuístico das peculiaridades de cada hipótese concreta para fins de identificação da circunstância que teve interferência decisiva.

A propósito, sobre o tema, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, acrescenta que, em tal exame, “o julgador verifica a qualidade da interferência externa e sensível de um determinado fato no resultado final lesivo, somente considerando causa eficiente aquela que seja determinante à ocorrência do dano”⁹⁷.

Enfim, para se encerrar o exame do pressuposto do nexo causal, cumpre averiguar, ainda que de forma resumida, as hipóteses de rompimento ou atenuação do liame jurídico em comento, que se traduzem no caso fortuito, na força maior, na

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 69.

⁹⁵ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” É consenso doutrinário que, embora somente faça menção à “inexecução”, noção própria da responsabilidade contratual, o dispositivo em comento aplica-se também à responsabilidade aquiliana. Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. p. 88. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!/4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021; CAVALIERI FILHO, op.cit., p. 71.

⁹⁶ A discussão, entretanto, ainda existe, especialmente diante da dificuldade de se conceituar “efeito [...] direto e imediato”. Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto, “O que há, na verdade, em relação à análise do nexo causal – sobretudo na jurisprudência – é uma dose imensa de pragmatismo, muito mais do que sutilezas teóricas” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 943). Gustavo Tepedino conclui que há que se prestar atenção não às nomenclaturas das teorias, mas sim, “a motivação que inspira as decisões, permeadas predominantemente pela teoria da causalidade adequada” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 71).

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1808079/PR**. Causalidade adequada. Preponderância causal. Sucessividade de condutas culposas. Concorrência de culpas. Art. 945 do CC/02. Afastamento. Recorrente: Auto Comercial Niponsul LTDA. Recorrido: Vanessa Kajimoto Dellarosa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 08 de agosto de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900980456&dt_publicacao=08/08/2019. Acesso em: 19 mar. 2021.

culpa exclusiva da vítima e no fato de terceiro, além da possibilidade de concorrência de culpas⁹⁸.

As duas primeiras causas de irresponsabilidade estão positivadas no parágrafo único do art. 393, do CC/02, que adota uma concepção una para ambas as expressões jurídicas: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Perceba-se que o Código adota um critério tão somente objetivo para a exclusão da responsabilidade: a inevitabilidade e imprevisibilidade dos efeitos decorrentes do fato danoso. No entanto, existe esforço (e debate) doutrinário no sentido de atribuir um pressuposto subjetivo à sua incidência, bem como de diferenciar seus significados.

A título exemplificativo, para Álvaro Villaça Azevedo “caso fortuito é o acontecimento provindo da natureza, sem qualquer intervenção da vontade humana” e “a força maior é o fato de terceiro, ou do credor; é a atuação humana, não do devedor, que impossibilita o cumprimento obrigacional”⁹⁹.

Rui Stoco também os distingue pela origem dos acontecimentos: enquanto que, no caso fortuito, o evento é derivado de um fato da natureza (como tempestades, enchentes etc.), na força maior este advém de um ato humano, como roubo, furto, ou mesmo fato do príncipe (ordem emanada de autoridades)¹⁰⁰.

Repise-se, porém, que a diferenciação é meramente teórica, haja vista que, ao fim e ao cabo, os efeitos são os mesmos para os dois conceitos: o rompimento do nexos causal entre a conduta humana e o dano, com o conseqüente afastamento do dever de reparar¹⁰¹.

A culpa exclusiva da vítima, por seu turno, não está expressamente prevista no Código Civil, mas, por construção doutrinária e a jurisprudencial, consolidou-se

⁹⁸ Há, na verdade, uma incorreção terminológica na expressão “concorrência de *culpas*”. Segundo a melhor doutrina, “não se discute quem é o culpado, mas a quem atribuir a responsabilidade pelo dano. Ou seja, uma coisa é a aferição da inobservância de um dever de cuidado, outra é a relação de causalidade entre o fato e o dano” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 947).

⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. v. 2: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. p. 221. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609697/pageid/221>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 273.

¹⁰¹ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

essa excludente de responsabilidade¹⁰². Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Braga Netto definem essa hipótese de elisão do nexo da seguinte forma: “Se a própria vítima se coloca – por ações ou omissões – em condições de sofrer um dano, havendo relação necessária entre seu comportamento e as lesões daí decorrentes, surgirá a excludente do nexo causal [...]”¹⁰³.

O fato de terceiro é semelhante à última hipótese analisada, com a diferença de que quem contribuiu para o evento danoso é um terceiro alheio à condição de vítima dos prejuízos causados. Quando o agir de um terceiro é a causa exclusiva do dano, ocorre o rompimento do nexo de causalidade, excetuado o caso em que o agente – ou seja, a pessoa que alega a existência da excludente – tinha condições de prever o resultado danoso desse fato de terceiro e se omitiu, permitindo a sua superveniência¹⁰⁴.

Por fim, cumpre analisar a mitigação do nexo causal por meio da culpa concorrente – ou, conforme tem preferido a doutrina, concorrência de causas¹⁰⁵ –, regra positivada no art. 945, do vigente diploma civil¹⁰⁶, inovação legal trazida pelo legislador de 2002¹⁰⁷.

Sobre o ponto, importa, mais uma vez, invocar a clareza doutrinária de Sergio Cavalieri Filho:

Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposos de ambos. A doutrina atual tem preferido falar, em lugar de concorrência de culpas, em *concorrência de causas ou de responsabilidade* [...]. A vítima também concorre para o evento, e não apenas aquele que é apontado como único causador do dano. [...]

¹⁰² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. v. 2 obrigações e responsabilidade civil. p. 497. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/epubcfi/6/48%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter15%5D!/4/376/2/2%400:71.1>. Acesso em: 20 mar. 2021.

¹⁰³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 947.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 949.

¹⁰⁵ Na verdade, Pontes de Miranda já referia que “culpas não se compensam e que cumpre apenas verificar a medida da participação do ofendido para o dano, pois a relação de causalidade entre o dano e o fato pelo qual outrem é responsável é apenas a do dano causado menos aquele que se liga ao ato do ofendido” (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 197).

¹⁰⁶ CC/02, Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

¹⁰⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

[...] na culpa concorrente as duas condutas – do agente e da vítima – concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contando, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima.¹⁰⁸

Veja-se, portanto, que a concorrência de culpas é caracterizada pela contemporaneidade ao evento danoso¹⁰⁹: uma conduta não ocorre em um lapso temporal diverso da outra, mas, sim, de forma concomitante. Em suma, o resultado danoso não teria sobrevivido – em grau nenhum! – sem que tanto o pretense ofensor quanto a vítima tivessem ambos agido para a consecução do resultado danoso.

Há divergência doutrinária quanto à (in)aplicabilidade da mitigação do nexo causal pela concorrência de culpas em se tratando de responsabilidade objetiva, haja vista a prescindibilidade da aferição do elemento subjetivo do agente nesses casos, o que, inclusive, será objeto de estudo deste trabalho.

Contudo, como já se teve a oportunidade de referir, a questão envolve mais uma concorrência de causas do que de culpas – e o nexo de causalidade, diferentemente da culpa, é pressuposto em qualquer modalidade de responsabilização civil.

O tema foi objeto de estudo¹¹⁰ que resultou no Enunciado 459 da V Jornada de Direito Civil, cujos termos são os seguintes: “A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”¹¹¹. Acrescenta-se a isso o fato de que a jurisprudência é relativamente tranquila quanto à possibilidade de aplicação do artigo 945, do Código Civil, também às relações consumeristas.

Com efeito, consoante assevera Gustavo Tepedino, “a tendência tem sido a de aceitar a redução [da indenização], uma vez que a concorrência culposa da

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 61-62.

¹⁰⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 235.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 949.

¹¹¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 459 da V Jornada de Direito Civil**. A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/413>. Acesso em: 16 abr. 2021.

vítima diminui a intensidade do nexos causal e, em última análise, deveria reduzir também a parcela de responsabilidade do ofensor”¹¹².

O problema, então, reside na forma de quantificação do valor da indenização no caso de concorrência de culpas – este, frise-se, um ponto de suma importância para o presente trabalho, especialmente no que tange às possíveis consequências práticas da teoria da mitigação dos danos. Quanto à questão, a doutrina orienta repartir o valor da indenização entre ofensor e vítima, não necessariamente à metade¹¹³, mas sim de forma proporcional à responsabilidade de cada um.

Segundo Rui Stoco, “Adota-se no artigo 945 critério dúctil, lógico e juridicamente correto, ou seja, cada qual responderá na medida de sua culpa”¹¹⁴. O julgador deve, portanto, realizar uma aferição objetiva do grau de culpa de cada agente para o resultado – isto é, analisar a sua conduta, e não a intenção subjetiva de cada agente –, tendo em conta essa proporção no momento da fixação do valor da reparação.

Revela-se evidente, portanto, que as teorias envolvendo o nexos causal e sua mitigação buscam acompanhar as mudanças ocasionadas nas relações sociais. Certamente, uma regra fechada, sem possibilidade de adequação ao caso concreto, acabaria por ir de encontro aos valores inerentes ao código de 2002, especialmente os da operabilidade e eticidade¹¹⁵.

Dos elementos ou pressupostos da responsabilidade civil analisados, a culpa *lato sensu* é considerado não essencial e o único que poderá ser dispensado. Neste caso, será a teoria que fundamenta o instituto que determinará a sua exigência ou a sua dispensa. É este o ponto que se passa a analisar.

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 867.

¹¹³ Cavalieri Filho faz a ressalva de que não havia consenso doutrinário quando à divisão dos danos indenizáveis (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 62). A título exemplificativo, a lição de Washington de Barros Monteiro, ainda na vigência do Código Civil de 1916, que não dispunha de qualquer regra a respeito da concorrência de culpas: “se houver concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização deve ser reduzida. Posto não enunciado expressamente, esse princípio é irrecusável no sistema do Direito pátrio, constituindo, entre nós, *jus receptium*. A jurisprudência consagra, com efeito, a solução do pagamento pela metade, no caso de culpa de ambas as partes” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 5. p. 414).

¹¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 220.

¹¹⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 141.

2.2.2 Teorias que fundamentam a responsabilidade civil

Por muito tempo (mais precisamente, até a vigência do Código Civil de 1916¹¹⁶), a responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro era orientada integralmente pela noção de culpa: sem o *animus* subjetivo do agente – fosse por sua vontade norteadada para as consequências danosas do evento (dolo), fosse por uma falta no dever de cuidado e diligência, traduzida em uma negligência, imprudência ou imperícia – não restava configurado o ato ilícito. Relembre-se, neste ponto, que o sistema de reparação civil brasileiro possui influência direta do sistema francês, que tinha na culpa (“*faute*”) o seu fundamento.

Assim, a **teoria subjetiva** da responsabilidade civil é fundada na culpa em sentido amplo, isto é, exige a prova do dolo ou da culpa *stricto sensu* do agente causador do dano, e ainda constitui a regra geral da responsabilização em nosso ordenamento, nos termos do art. 186 do Código vigente¹¹⁷. Nessa teoria, para que sobrevenha a eficácia reparatória, a vítima deve comprovar não apenas que o autor do dano praticou o ato ilícito – ou seja, que agiu (ou omitiu-se) de forma contrária ao direito –, mas, também, que essa conduta se deu de forma dolosa ou culposa.

Os pressupostos da responsabilidade fundada na teoria subjetiva, como visto no capítulo anterior, são: a conduta dolosa ou culposa do agente, o nexa causal e o dano. A falta de um destes elementos desobrigará o ofensor de indenizar a vítima.

Já a consequência jurídica ou a eficácia dessa violação está contida no artigo 927, do mesmo diploma, que prevê a obrigação de indenizar por parte daquele que causou os prejuízos¹¹⁸.

Por diversas vezes mencionou-se as radicais mudanças ocorridas em nossa sociedade; se antes essas transformações eram mais sutis e demoravam para ocorrer, hoje, em razão especialmente do avanço das novas tecnologias, têm sido praticamente impossíveis de controlá-las. A responsabilidade civil, para se adequar a essa evolução, necessita de constante atualização.

¹¹⁶ Sergio Cavalieri Filho destaca que, durante a vigência do CC/16, todo sistema de responsabilidade tinha suas bases na culpa provada, conforme disposto no então art. 159. Acrescenta que “apenas topicamente o antigo Código admitia a culpa presumida (art. 1.521) e a responsabilidade objetiva (arts. 1.527, 1.528 e 1.529)” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 39).

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 906. Os autores destacam que “A culpa é elemento nuclear da responsabilidade civil e justificativa filosófica da teoria subjetiva”.

¹¹⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 32.

Efeito disso foi percepção, tida pelos operadores do Direito, de que a teoria subjetiva fundada na culpa, com todas as suas implicações, não mais era suficiente para a responsabilidade civil atingir seu fim último: a reparação de danos na maior medida possível, cujo apoio principal reside no princípio da reparação integral, já estudado no primeiro tópico desta monografia.

Como aponta Sergio Cavalieri Filho, essa “insatisfação” doutrinária e jurisprudencial com a teoria da culpa teve origem no contexto da Revolução Industrial, que fez eclodir a ocupação dos postos de trabalho e, na mesma medida, o número de acidentes ocorridos nesse contexto¹¹⁹.

De fato, a introdução do maquinismo e, em contrapartida, o despreparo dos operários quanto ao seu funcionamento, ensejaram um drástico rompimento do equilíbrio existente até o final do século XIX, haja vista a dificuldade, por parte dos trabalhadores, tanto de identificar o culpado pelo acidente que lhe ocorreu, quanto de atestar essa culpa¹²⁰. Eugênio Facchini Neto identificou o impasse notado à época: “condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização”¹²¹.

Destarte, um dos principais efeitos da aplicação da teoria subjetiva à época, somada ao incremento das hipóteses de danos, foi a custosa imposição à vítima do (pesado) fardo de comprovar a culpa do por parte do autor do dano. Caio Mário da Silva Pereira bem ilustrou o problema:

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação. Esta, com efeito, dentro na doutrina da culpa, resulta da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuridicidade da conduta do agente. Verificou-se, como já ficou esclarecido, que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. **Especialmente a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao**

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 226.

¹²⁰ Foi inclusive nesse período que surgiu a expressão “prova diabólica”, utilizada até hoje para classificar uma prova difícil ou impossível ser produzida por aquele que tem o dever de fazê-lo, justificando, na maioria das vezes, a inversão processual desse ônus.

¹²¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 51, n. 309, p. 23-32, jul. 2003.

processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada.¹²² (grifo nosso)

Foi nesse contexto que surgiu¹²³ a **teoria objetiva ou do risco** da responsabilidade civil, inicialmente trazida por leis especiais e, posteriormente, positivada em diversos dispositivos do atual Diploma Civil, dentre eles a cláusula geral prevista no parágrafo único do art. 927 do CC/02¹²⁴, que dispõe que, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida¹²⁵ pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem, sucederá a obrigação de indenizar independentemente da aferição de culpa do agente.

Nas palavras de Rui Stoco, “a multiplicação das oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva se mostrou insuficiente para cobrir todos os casos de reparação”¹²⁶. Por óbvio, seria impossível que a infinidade de novos danos fosse exaustivamente abarcada pelos códigos modernos, contudo, o legislador brasileiro, atento a essa tendência, redigiu o Anteprojeto do Código Civil de 2002 já com vistas a suprir, ou ao menos mitigar as lacunas legais que surgem à medida que tais novidades vão sendo incorporadas ao contexto das relações sociais, o que fez primordialmente por meio da adoção de cláusulas gerais.

Judith Martins-Costa bem define as cláusulas gerais presentes na vigente legislação civil:

¹²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 338. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹²³ Na verdade, trata-se de uma evolução da teoria da responsabilidade objetiva, que passou por diversas fases e autores até o momento atual (o qual, frise-se, ainda não é imune a discussões). Sobre o desenvolvimento do tema, veja-se: DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 55-89.

¹²⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os Direitos de outrem.

¹²⁵ A partir da expressão “atividade normalmente desenvolvida”, doutrina e jurisprudência brasileira passaram a enfrentar um debate envolvendo possíveis teorias do risco da atividade, sendo as principais o risco proveito, o risco criado e o risco integral. Sobre o tema, vide: TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2 Direito das obrigações e responsabilidade civil. p. 541. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml19%5D!/4/40/4%400:21.1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

¹²⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 235.

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no *corpus* legislativo de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a adequação valorativa do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistemização).¹²⁷

António Menezes Cordeiro aponta que o Direito “está sujeito às modificações sociais; ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”, e prossegue destacando que o sistema deve reservar uma “margem mínima para integrar [...] ocorrências impossíveis de preconfigurar nos meios legislativos clássicos”¹²⁸.

Esse, portanto, é um dos fundamentos da existência das cláusulas gerais: possibilitar a abertura do sistema, legitimando o julgador a decidir um caso concreto partindo de um conceito amplo (a cláusula geral) que, somado às peculiaridades das circunstâncias em análise, possibilita um juízo mais próximo da realidade fática trazida pelas partes.

O parágrafo único do art. 927 é um dos exemplos de cláusula geral inseridos no CC/02. Salvo na sua primeira parte, quando faz referência a hipóteses legais, o supratranscrito dispositivo não elenca um rol de “atividades” que podem ser compreendidas como de “risco para os direitos de outrem”; há, isso sim, uma opção do legislador por um enunciado genérico¹²⁹, que não especifica quais as hipóteses de incidência da norma – tal papel, como já referido, é reservado ao operador de Direito, que deve identificar sua (in)aplicabilidade à luz do caso concreto.

Em suma, a teoria objetiva preconiza a busca por um responsável pela reparação, e não por um culpado pelos prejuízos. Coloca a vítima em uma posição de destaque, procurando reequilibrar o seu patrimônio afetado pelo dano, não importando, para tanto, a moralidade, isto é, o elemento de dolo ou de culpa daquele que o causou¹³⁰.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 174.

¹²⁸ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 46.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 147.

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 954.

Na primeira parte do art. 927, parágrafo único, do CC/02, consta que teoria em exame se aplica aos “casos especificados em lei”. Com efeito, o próprio Código Civil traz hipóteses em que é aplicável a responsabilidade objetiva, como nos arts. 933¹³¹, 936¹³² e 937¹³³, dentre outros. Na legislação extravagante, os arts. 12¹³⁴ e 14¹³⁵, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990 – CDC¹³⁶), são exemplos da sua aplicação¹³⁷.

Já a segunda parte do dispositivo – verdadeira cláusula geral, como já referido – trata do risco da atividade em sentido amplo. Sobre esta, inclusive, foi redigido o Enunciado nº 446, da V Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”¹³⁸.

Com efeito, a cláusula geral consiste na moldura jurídica dentro da qual caberá ao operador do Direito “pintar” o quadro do caso concreto¹³⁹. A lei não fornece um rol exaustivo de hipóteses em que é aplicável o dispositivo legal em análise. Aliás, pelo contrário: por meio de sua vagueza descritiva, possibilita que o julgador, analisando as particularidades de cada controvérsia que lhe é dado

¹³¹ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (grifo nosso).

¹³² Art. 936. O dono, ou detentor, do animal **ressarcirá o dano por este causado**, se não provar culpa da vítima ou força maior. (grifo nosso)

¹³³ Art. 937. O dono de edifício ou construção **responde pelos danos que resultarem de sua ruína**, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. (grifo nosso)

¹³⁴ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (grifo nosso)

¹³⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (grifo nosso)

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

¹³⁷ Destacam-se, no ponto, os termos do art. 931, do CC/02: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.” Tal dispositivo, segundo, inclusive, o Enunciado nº 378, da V Jornada de Direito, é aplicável ainda que não reste configurada relação de consumo (<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/515>).

¹³⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 446 da V Jornada de Direito Civil**. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>. Acesso em: 16 abr. 2021.

¹³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 254.

apreciar, julgue pela aplicação do dispositivo (ou não), assim permitindo a incidência de seus efeitos no caso.

Por outro lado, as cláusulas gerais não autorizam uma aplicação arbitrária, distante dos fundamentos que estão nela contidos. Na lição de Eugênio Facchini Neto,

Não se trata de simples “decisionismo” judicial em que cada juiz possa desenvolver um critério próprio. Ao contrário, além da análise tópica, não se pode jamais olvidar que o Direito configura um sistema, embora aberto e móvel. Assim, o magistrado deve ser sensível às noções correntes na comunidade, sobre o que se entende por periculosidade, bem como deve estar atento a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais.¹⁴⁰

Em outras palavras, as cláusulas gerais constituem norma imperativa pertencente ao sistema, este que tem por pano de fundo justamente os preceitos de equidade, lealdade, cooperação e bons costumes, que devem necessariamente orientar a atividade valorativa do juiz quando da prolação de uma decisão¹⁴¹.

Um dos mais notáveis reflexos da teoria objetiva no Código Civil é, na verdade, uma outra cláusula geral inserida pelo legislador de 2002: a do abuso de direito, presente no art. 187¹⁴². Embora no corpo do dispositivo não haja nenhuma referência à prescindibilidade da verificação de culpa *lato sensu* do agente, há praticamente um consenso doutrinário no sentido de que, em se tratando de exercício abusivo do direito, o surgimento do dever de indenizar independe da aferição do elemento subjetivo do autor do dano¹⁴³.

Ressalta-se, de plano, que um estudo atento e profundo do abuso de direito merece espaço na presente monografia, porquanto um dos possíveis enquadramentos da teoria da mitigação dos danos no Brasil é, precisamente, como postura regulada pelo mecanismo do controle do exercício abusivo de direitos. Embora não se tenha a pretensão de esgotar o tema, de singular prestígio e

¹⁴⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 76, n. 1, p. 32, jan./mar. 2010.

¹⁴¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 167.

¹⁴² CC/02, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁴³ Aguiar Dias, por exemplo, afirma que “o abuso de Direito, sob pena de se desfazer em mera expressão de fantasia, não pode ser assimilado à noção de culpa. Inócua, ou de fundo simplesmente especulativo, seria a distinção [com o art. 186, do CC], uma vez que por invocação aos princípios da culpa se teria a reparação do dano por ele causado” (DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 693.)

complexidade no âmbito do ordenamento pátrio, as próximas linhas deste tópico serão dedicadas ao exame desta cláusula geral e de seus elementos balizadores – fim econômico ou social, bons costumes e boa-fé, com enfoque neste último –, partindo-se do seu fundamento jurídico até o plano da eficácia de sua aplicação.

Constituindo verdadeira legitimação dos objetivos valorativos da nova legislação civil¹⁴⁴, na medida em que representa “mecanismo de controle da idoneidade e retidão do exercício de direitos, faculdades e posições jurídicas”¹⁴⁵, o abuso de direito já vinha sendo aplicado no ordenamento jurídico pátrio por meio de construção doutrinária e jurisprudencial, fazendo-se uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 160, inc. I, do CC/16¹⁴⁶.

No ambiente acadêmico, tecem-se críticas a respeito da expressão utilizada para designar o conceito em estudo, no sentido de que onde há direito não há ilicitude. Nesse sentido, o que é de fato ilícito é o **exercício** desse direito, quando abusivo, e não o direito em si¹⁴⁷.

A despeito dessa contradição lógico-formal da lei, e deixando-se de lado o rigor formalístico¹⁴⁸, o fato é que, nas palavras de Orlando Gomes, o abuso de direito simboliza um “conceito amortecedor do sistema”, ou seja, sua função é “aliviar as pressões decorrentes da tensão entre as previsões legais frias, gerais e abstratas e a riqueza inesgotavelmente detalhada da vida real, que pode levar a situações iníquas”¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Nesse sentido, a reunião de juristas promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, coordenado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, editou o Enunciado n.º 414, cujos termos são os seguem: “A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do Direito”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/228>. Acesso em: 16 abr. 2021.

¹⁴⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 110.

¹⁴⁶ CC/16, Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um Direito reconhecido.

¹⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 256.

¹⁴⁸ Nas palavras de Nelson Rosenthal, “as necessidades da vida devem superar os obstáculos lógico-formais, cabendo aos tribunais, com o apoio da doutrina, atualizar o Direito diuturnamente, oxigenando-o, informando-o de acordo com as necessidades do instante a pauta axiológica reinante” (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 126)

¹⁴⁹ GOMES, Orlando; BRITO, Edvaldo (coord.). **Introdução ao Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 95. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/epubcfi/6/50%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml24%5D/4/48/2%400:0>. Acesso em: 19 abr. 2021.

Em razão dos limites espaciais e teleológicos deste trabalho, pede-se escusas para deixar o exame da origem e evolução da teoria do abuso de direito¹⁵⁰ para outro momento, considerando, principalmente a riqueza de conteúdo que envolve a matéria, passando-se diretamente ao estudo dos fundamentos de sua aplicação no sistema de Direito pátrio.

Em sentido estrito, o termo “exercício” corresponde à concretização de uma situação – que pode se traduzir em uma ação ou omissão – que tenha sido autorizada a alguém pelo Direito¹⁵¹. Por certo, não se trata apenas do exercício de direitos subjetivos, mas, também, de “poderes, liberdades, pretensões e faculdades”¹⁵².

Sendo certo que não há possibilidade de que o Código Civil preveja, de forma exaustiva, todas as formas de exercício lícito das inúmeras prerrogativas jurídicas nele ostentadas, também é certo que o ordenamento brasileiro é balizado por “vetores tidos por fundamentais à ordem jurídica, como [...], nas relações obrigacionais, a lealdade, confiança, a finalidade e a utilidade”¹⁵³, que gravitam sobre qualquer direito subjetivo. Desse modo, é sob o amplo teto¹⁵⁴ do art. 187, do CC/02, que está regulado o exercício de tais direitos.

Como já referido, os pontos centrais da aplicação da cláusula geral do abuso de direito são: 1) a dispensa do elemento culposo da conduta humana perpetrada; e 2) a avaliação do caso concreto à luz da boa-fé objetiva, dos fins sociais e econômicos e dos bons costumes envolvendo o direito exercido de forma abusiva. Ambos podem ser analisados de forma conjunta, haja vista que o primeiro é decorrência jurídica e social do segundo.

Sergio Cavalieri Filho, citando Raymond Saleilles – um dos grandes nomes do desenvolvimento da teoria do abuso de direito –, destaca que, para bem compreender o preceito em estudo, “precisa-se partir de que o direito tem sempre

¹⁵⁰ Sobre o tema, vide CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 670-684.

¹⁵¹ CORDEIRO, António Manuel Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina 2005. t. IV. p. 13.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 671.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 669.

¹⁵⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 112.

uma finalidade, em razão da qual a norma jurídica a protege”¹⁵⁵. Com efeito, quando os titulares de direitos extrapolam essa finalidade, ultrapassando os limites civis-constitucionais do ordenamento, estão cometendo um abuso, o que independe do sentido psicológico do seu comportamento.

Nessa perspectiva, e sendo ilicitude a lesão a interesse juridicamente protegido¹⁵⁶, a teoria do abuso de direito difere do ato ilícito previsto no artigo 186, do CC/02¹⁵⁷, justamente porque torna irrelevante a figura da culpa *lato sensu* para a sua conformação. Como bem aponta Sergio Cavalieri Filho, “a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal”¹⁵⁸.

Sobre o tema, cumpre transcrever a lição de Felipe Braga Netto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal:

[...] naquilo que agora nos interessa, a análise quanto à configuração da culpa do agente será dispensada nas hipóteses em que constatado um abuso do direito. **Em tais situações, bastará a imputação do dano que o agente tenha exercitado um direito – subjetivo ou potestativo – de forma excessiva, frustrando a boa-fé objetiva, os bons costumes ou a função econômico-social para a qual aquela situação jurídica lhe fora concedida.** Isto é, abstrai-se o elemento volitivo do causador do dano, sendo suficiente o exame de proporcionalidade entre o ato de autonomia e a finalidade perseguida pelo agente.¹⁵⁹

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 257.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 667. A ilustre professora gaúcha ainda destaca, na linha do já exposto no tópico 2.2.1., que não se pode confundir ilicitude com culpa. Nas suas palavras, “a ilicitude, ou antijuridicidade, é a contrariedade a Direito. Culpa em sentido lato, diversamente, consiste no juízo de reprovabilidade sobre a conduta humana, quando negligente, imprudente ou imperita [...] ou quando tem a intenção de causar o dano”.

¹⁵⁷ No ponto, cabe destacar a ressalva tecida por Caio Mário: “Não obstante o art. 187 do Código Civil equiparar o abuso do Direito a ato ilícito, considera-se que o legislador tenha se referido à ilicitude em sentido lato, a significar ato contrário ao Direito. Em outros termos, atribui-se à categoria papel autônomo na ciência jurídica, desvinculado da noção de ato ilícito (*stricto sensu*) prevista no artigo 186. [...]” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 330. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/56%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml27%5D!4/286%400:0>. Acesso em: 28 mar. 2021).

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 258.

¹⁵⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 259. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/pageid/259>. Acesso em: 28 mar. 2021.

São, portanto, requisitos para a configuração do abuso de direito – além dos pressupostos já elencados neste trabalho, com exceção da culpa – a existência de um direito conferido ao agente; o exercício desse direito de forma indevida, excessiva, ultrapassando os limites traçados pela lei e pela ética; e a ofensa aos bons costumes, à boa-fé objetiva e/ou a prática de forma incompatível com a finalidade social ou econômica do direito cujo exercício foi abusivo¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Passa-se, portanto, à abordagem destas três balizas estabelecidas pelo legislador como parâmetros para a aferição da regularidade do exercício de prerrogativas.

Por “finalidade econômica e social”, deve-se compreender que toda norma de direito possui um fundamento teleológico. Diante disso, nas palavras de Rafael Villar Gagliardi, “o titular deve observar essa finalidade [quando do exercício de seu direito] e evitar o divórcio entre ela e o fim específico a que visa com o exercício levado a efeito”¹⁶². Esse fim, portanto, pode ser de ordem material (ou seja, uma vantagem aferível economicamente) ou social, isto é, relacionada à convivência harmônica, pacífica da coletividade¹⁶³.

Já os bons costumes representam mais um conceito jurídico indeterminado, utilizado pelo legislador para permitir a abertura do sistema. Em síntese, podem ser definidos como a moralidade social de uma dada época¹⁶⁴, ou mesmo o compilado de “regras de convivência” presentes de forma implícita no contexto social analisado.

Por seu turno, a boa-fé, analisada aqui em sua acepção objetiva, constitui outra cláusula geral, presente em diversos dispositivos do Código Civil, que serão a seguir destrinchados. Dentre suas possíveis definições e razões de ser, destaca-se a de exigir das partes um comportamento leal, que também independe do elemento anímico de cada ser humano.

A boa-fé sobrepõe-se, de forma gradativa, aos reflexos de uma visão estreita decorrente do liberalismo jurídico, de modo a atribuir “coercitividade ao propósito de

¹⁶⁰ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 126.

¹⁶¹ A doutrina, ainda, esclarece o conceito de “excesso manifesto” contido no texto do art. 187. Sobre o tema, vide CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 261-262.

¹⁶² GAGLIARDI, op. cit., p. 127.

¹⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 268.

¹⁶⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2 Direito das obrigações e responsabilidade civil. p. 357. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idr.ef%3Dhtml19%5D!/4/40/4%400:21.1>. Acesso em: 25 mar. 2021

construção de um ambiente relacional marcado pela confiança recíproca e pelo respeito aos interesses alheios”¹⁶⁵.

Assim, as relações jurídicas – e aqui têm destaque as de cunho obrigacional – devem representar instrumentos de afirmação desses valores, haja vista que a ordem jurídica representa fio condutor do agir humano, invariavelmente inserido dentro de um contexto social¹⁶⁶. Em outras palavras: “o conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé”¹⁶⁷.

E é justamente sob a perspectiva contratual das relações jurídicas que se percebe com clareza as três funções primordiais exercidas pela boa-fé: a função interpretativa, a função integrativa e a função corretora¹⁶⁸.

A primeira – de interpretação – está inserida no texto do art. 113, do CC/02¹⁶⁹, e diz respeito à necessidade de uma leitura do negócio jurídico de acordo as finalidades que buscam as partes atingir, sendo que estes objetivos devem, necessariamente, estar alinhados aos valores fundantes do sistema. Segundo a professora Judith Martins-Costa, “Chamar a boa-fé no plano interpretativo importa em conjugar *standards*, para averiguar como se individua, *in concreto*, o comportamento segundo a boa-fé”¹⁷⁰.

Já a função integrativa está presente de forma bastante evidente no conteúdo do art. 422, do CC/02¹⁷¹, e relaciona-se com a já abordada ideia de “sistema aberto” e consequente necessidade de “criação” do Direito nos limites e circunstâncias do caso concreto¹⁷².

¹⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

¹⁶⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 96.

¹⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1048.

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 484.

¹⁶⁹ CC/02, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 489.

¹⁷¹ CC/02, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁷² Nas palavras de Christian Sahb Batista Lopes, “o legislador utilizou intencionalmente a vagueza semântica da expressão ‘boa-fé’ de forma a deixar que o aplicador da norma cotejasse a conduta dos contratantes no caso concreto com padrões e valores intra e extra-sistemáticos, mas não definidos *a priori* na própria norma. Caso verifique que a conduta não está de acordo com a boa-fé, deverá talhar a solução para o caso”. (LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 142).

A doutrina destaca que um de principais fundamentos dessa tão importante função da boa-fé consiste na

[...] superação da ideia de obrigação como mero vínculo transitório entabulado entre duas pessoas, prestigiando-se a obrigação como um sistema complexo de processos, em que se harmonizam as prestações, os deveres colaterais e as particularidades do caso concreto.¹⁷³

Com efeito, a função integradora reflete na exigência de que as partes da relação obrigacional – credor e devedor – norteiem sua conduta à luz da forma considerada correta no contexto social de determinada época. A propósito, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “a boa-fé enriquece o conteúdo da obrigação de modo que a prestação não deve apenas satisfazer os deveres expressos”¹⁷⁴.

Foi justamente nesse contexto que doutrina e jurisprudência desenvolveram o que se concebe por deveres anexos ou laterais, expressões sinônimas para simbolizar uma imposição às partes da relação negocial, desde antes da celebração do negócio jurídico até depois da sua execução, de orientar seu agir de acordo com a boa-fé, comportando-se de forma cooperativa, leal, honesta e reta.

Inclusive, o já mencionado art. 422, do CC/02, traz em seus termos a ideia de pré e pós-eficácia dos deveres anexos¹⁷⁵, que devem pautar todo o contexto da relação obrigacional. Tal dispositivo, aplicado de forma cumulada com o art. 2.035, *caput* e parágrafo único¹⁷⁶, tem caráter de norma de ordem pública, cuja aplicação é cogente em qualquer negócio jurídico celebrado.

Os referidos deveres anexos não estão previstos em um rol exaustivo. São, pelo contrário, flexíveis e variáveis, assim permitindo sua incidência a um leque substantivo de situações, verificado caso a caso pelo operador do Direito¹⁷⁷.

¹⁷³ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 98.

¹⁷⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito português e brasileiro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.) **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 40.

¹⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1049.

¹⁷⁶ Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹⁷⁷ GAGLIARDI, op cit., p. 98.

Representando verdadeira limitação à autonomia privada, a sua inobservância enseja sanções das mais diversas ordens, desde a invalidação do negócio jurídico até a reparação civil pela vítima do descumprimento¹⁷⁸ - mas, invariavelmente, representam a violação de um dever legal¹⁷⁹, conforme será visto adiante.

Por fim, a terceira função – de correção – tem caráter repressivo, de controle, e está umbilicalmente ligada com a ideia de abuso de direito, ora examinada. Com efeito, nas palavras da professora Judith Martins-Costa,

A mais vasta e relevante, conseqüente à qualificação geral da boa-fé como instituto jurídico, é a função corretora do exercício jurídico para impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas. **Trata-se da sua incidência no momento dinâmico, abrangendo todas as fases da relação obrigacional.** Trata-se, igualmente, de uma atuação multifacetada, pois, como já se aludiu, como instituto jurídico que é, a boa-fé se articula com outras regras e princípios que denotam os vetores valorativos incidentes à relação contratual: a liberdade, a coerência, o equilíbrio, a justiça comutativa e a utilidade, nascendo, dessa articulação, as configurações ou facetas da boa-fé no momento do exercício dos direitos.¹⁸⁰ (grifo nosso)

Cabe sublinhar, nesse ponto, que o plano de incidência da cláusula geral da repressão da conduta abusiva não está restrito aos limites da responsabilidade civil extracontratual, especialmente quando relacionado à violação dos limites impostos pela boa-fé objetiva. Por certo, o art. 187 aplica-se, também, aos casos de responsabilidade civil contratual.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior observa que não é apenas como fonte de obrigações acessórias – isto é, como elemento criador de deveres anexos, conforme assentado quando do exame da função precedente – que o Direito Civil contemporâneo recepciona a boa-fé objetiva em matéria de Direito contratual, sendo que uma de suas possíveis incidências consiste em servir de critério de identificação

¹⁷⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 98.

¹⁷⁹ Como afirma Clóvis do Couto e Silva, os deveres colaterais muitas vezes não estão expressamente previstos na legislação ou mesmo no instrumento contratual. Contudo, decorrem da cláusula geral da boa-fé objetiva, ou seja, da própria lei, de modo que sua inobservância tem por consequência a violação de um dever imposto pela legislação (SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 38).

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 625.

do exercício abusivo de direitos¹⁸¹. Nas palavras de Bruno Miragem, o art. 187 do CC/02 “aplica-se ao direito dos contratos, como fonte para o controle de conteúdo dos pactos, de sua dinâmica interna, abrangendo todas as fases da negociação pré-contratual e pós-contratual”¹⁸².

A função corretiva, portanto, deve ser aplicada à luz dos valores civis-constitucionais fundantes de nosso sistema, em especial daqueles que, como se sabe, são os preceitos orientadores do próprio Código Civil de 2002: operabilidade, função social do contrato, ética, dentre outros.

Por fim, superado esse breve, porém necessário exame acerca dos pressupostos de aplicação da cláusula geral em comento, é preciso destacar uma última característica extremamente importante desse instituto. Trata-se do **amplo plano de eficácia do art. 187, do CC/02**, aspecto que, nas palavras de António Menezes Cordeiro, consiste nas “diversas manifestações periféricas”¹⁸³ que pode assumir o abuso de direito a partir da sua utilização para resolver problemas reais e concretos.

O tema é deveras complexo e, por certo, não será esgotado nos estreitos limites da presente monografia. Todavia, a matéria da amplitude da eficácia da cláusula geral do abuso de direito assume singular relevância no âmbito do estudo envolvendo o *duty to mitigate the loss* – tanto que, adianta-se, será retomada no capítulo 4.1.3 –, de modo que sua abordagem é não apenas interessante, como também essencial neste trabalho.

O legislador de 2002 qualificou o abuso de direito como ato ilícito¹⁸⁴, positivando-o logo após o ilícito subjetivo fundado na culpa, previsto no art. 186¹⁸⁵. Com efeito, caracterizado o ato abusivo e sobrevindo a causação de um prejuízo de

¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchap04%5D!/4/2%5BAA6%5D%400:0.00>. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁸² MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 213.

¹⁸³ MENEZES CORDEIRO *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 129.

¹⁸⁴ Sobre o tópico da classificação do abuso de Direito, Nelson Rosenthal, Cristiano Chaves de Farias e Felipe Braga Netto anotam: “O legislador qualificou o abuso de Direito como ato ilícito e, concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo. Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso de Direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa” (FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1053).

¹⁸⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar Direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

ordem moral e/ou material para a vítima, surge para o autor do dano o dever de indenizar. Trata-se de decorrência lógica da conjugação dos arts. 187¹⁸⁶ e 927¹⁸⁷, ambos do CC/02.

Contudo, a eficácia reparatória do ilícito fundado na cláusula geral do abuso de direito não é a única consequência jurídica autorizada pelo ordenamento brasileiro para essa espécie de ilicitude. Nas palavras de Nelson Rosenvald, Felipe Braga Netto e Cristiano Chaves de Farias, a aplicação do art. 187 nem sempre ensejará o dever de indenizar, justamente porque representa “fato jurídico com amplo espectro de eficácia (não só indenizativa)”¹⁸⁸.

Note-se, para tanto, que não se exige para a incidência do abuso de direito a existência de um dano. Nesse sentido, é o teor do enunciado 539, formulado no âmbito da VI Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF)¹⁸⁹. A referida diretriz orienta: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”.

Nesse sentido, Bruno Miragem, que dedicou sua tese de doutoramento à temática do abuso de direito, assim discorre sobre as possíveis consequências jurídicas da aplicação desta cláusula geral:

No que se refere às consequências jurídicas da aplicação do art. 187 do CC/2002, tem-se que a violação dos limites pode dar causa tanto ao dever de indenizar expressamente referido (c/c art. 927), quanto determinar outras espécies de rejeição do ato abusivo, sempre visando à eliminação dos efeitos do abuso ou, quando possível, o impedimento dos danos que por ele possam ser causados.

Tradicionalmente são reconhecidas pela violação de normas de direito civil as seguintes espécies de consequências jurídicas: a) a nulidade dos atos praticados, b) o ressarcimento ou a reparação dos danos; c) a execução forçosa da obrigação, pelos meios processuais disponíveis [...]. A rigor, contudo, outras podem ser as respostas do

¹⁸⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

¹⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 906.

¹⁸⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 539 da VI Jornada de Direito Civil**. O abuso de Direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>. Acesso em: 11 maio 2021.

ordenamento jurídico para o ilícito. Ou como sanções, como é o caso da ineficácia do ato abusivo ou em razão do abuso [...].¹⁹⁰

É o que acontece, por exemplo, com os institutos parcelares do abuso de direito¹⁹¹: o adimplemento substancial (desleal exercício de direitos); o *venire contra factum proprium*; a *supressio*; a *surrectio* (estes que configuram desleal não exercício de direitos); e a *tu quoque* (desleal constituição de direitos)¹⁹². Enfrentando a temática da eficácia de tais institutos, Judith Martins-Costa anota que

O efeito primordial dessas figuras é o de atuar no plano da eficácia do negócio para impedir que a parte que tenha violado deveres legais ou contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal. Corrigem-se, assim, os efeitos do comportamento contraditório do agente que, tendo criado no *alter*, por palavras ou comportamentos concludentes, a justa expectativa de que certa conduta seria mantida ou determinado direito não seria usado, vem, posteriormente, alterar esse quadro, em prejuízo de quem confiara. Por isso mesmo, **nem sempre a violação do parâmetro de conduta implicado importará em pretensão indenizatória: esta haverá caso comprovados os demais requisitos da responsabilidade civil. Mas poderá surgir pretensão às tutelas de cessação do ilícito**; ou à paralisação (suspensão) do exercício desleal; ou, em alguns casos, a vedação à *repetitio*.¹⁹³ (grifos nossos)

Por fim, no intuito de melhor ilustrar a ideia até aqui examinada em um contexto meramente teórico, passa-se a uma breve análise do Recurso Especial n.º 1.364.509/RS¹⁹⁴, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2014, a fim de demonstrar de que modo ocorre essa ampliação da eficácia da incidência da cláusula geral da vedação ao abuso de direito no caso concreto.

Tratava-se, na origem, de embargos de terceiro opostos pelos ora recorrentes, em que pretendiam a desconstituição de penhora, realizada na fase de

¹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 183-184.

¹⁹¹ A expressão “figuras parcelares do exercício jurídico ilícito” é atribuída à insigne jurista Judith Martins-Costa, que a utiliza em sua obra dedicada ao estudo da boa-fé objetiva no Direito Brasileiro (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 671).

¹⁹² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 133-143.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 674.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.364.509/RS**. Doação de imóvel em fraude de execução. Bem de família. Afastamento da proteção. Possibilidade. Fraude que indica abuso de Direito. Recorrente: Carlos Eduardo Pietroski Da Rosa. Recorrido: Ciro Cezar Dalbem. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 10 de junho de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202658949&dt_publicacao=17/06/2014. Acesso em: 19 maio 2021.

cumprimento de sentença relativa à ação de despejo movida pelos recorridos, sob o fundamento de que a constrição recaiu sobre o único bem imóvel da família, que lhes servia de residência. Embora a sentença tenha julgado procedente o pedido, o TJRS reformou totalmente a decisão, ordenando a manutenção da penhora sobre o referido imóvel. O Recurso Especial, portanto, foi interposto pelo então embargante, alegando ofensa ao art. 1º da Lei 8.009/90.

Dando um passo atrás, cumpre discorrer brevemente sobre o pano de fundo da demanda. Ocorre que o imóvel em questão havia sido doado pelos então réus da ação de despejo ao seu filho, então menor impúbere (e ora embargante), após serem intimados para pagar a condenação da quantia fixada em sentença. De acordo com os embargados, ora recorridos, o negócio configurou fraude à execução, assim afastando a impenhorabilidade do bem.

Tendo toda essa conjuntura em vista, a relatora, Ministra Nancy Andrichi, consignou em seu voto que “nenhuma norma, em nosso sistema jurídico, pode ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé”. Com essa premissa, a relatora, após fazer uma ponderação sobre os princípios incidentes sobre o caso, assim decidiu:

16. Sob essa ótica, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside com a família, está, ao mesmo tempo, dispondo daquela proteção legal, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência; do contrário, estar-se-ia a admitir o *venire contra factum proprium*. [...]

19. Na hipótese, segundo consta da sentença, o recorrido, desde 2009, realiza longas diligências em busca da satisfação dos créditos reconhecidos em ação de cobrança de aluguéis, objetivo que não foi atingido até o presente momento.

20. O único imóvel dos devedores – ou, ao menos, o até então conhecido – foi doado ao filho, exatamente três dias depois de serem eles intimados para o pagamento espontâneo da quantia de R\$ 377.978,23, pagamento esse que nunca ocorreu.

21. E sequer há falar em ausência de má-fé do donatário, já que, sendo ele menor impúbere, e, portanto, representado pelos pais, não é outra a intenção do negócio senão a manifestada pelos próprios genitores, então devedores [...]

Nesse norte, o colegiado da 3ª Turma da Corte Superior decidiu por manter o *decisium* lançado pelo Tribunal de origem em grau de apelação, no sentido de afastar a alegada impenhorabilidade do bem imóvel no caso concreto, ante a proibição do comportamento contraditório assumido pelos recorrentes, que, em um

primeiro momento, alienaram gratuitamente o pretense bem de família, e, posteriormente, pleitearam a proteção da Lei 8.009/90. Esta, aliás, não foi a primeira vez que a Corte Superior afastou a proteção conferida pela Lei 8.009/90 com base na proibição do abuso de direito¹⁹⁵.

Perceba-se que a eficácia da aplicação da cláusula geral de vedação ao abuso de direito no caso concreto não foi a condenação à reparação das perdas e danos experimentados pelo embargado/recorrido mas, sim, o reconhecimento de inaplicabilidade da proteção legal ao bem de família, ante a abusividade no exercício de tal prerrogativa.

Destarte, superado o exame dos pressupostos do dever de indenizar, bem como das teorias que constituem a base da responsabilidade civil, passa-se a analisar suas espécies.

2.2.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil brasileira acolheu a teoria dualista, de modo que foi dividida em duas espécies: a responsabilidade extracontratual¹⁹⁶ e a contratual.

De plano, importa destacar que não se desconhece a existência de um movimento doutrinário que defende a unificação das duas modalidades ou mesmo suaviza as suas distintas características¹⁹⁷. Não obstante, a responsabilidade

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.299.580/RJ**. Doação de imóvel em fraude de execução. Bem de família. Afastamento da proteção. Possibilidade. Fraude que indica abuso de Direito. Recorrente: Tito Donati. Recorrido: Edson da Silva Santos e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15 de março de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1131883&num_registro=201103062131&data=20121025&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

¹⁹⁶ Por comodidade expositiva, ressalta-se que as expressões “responsabilidade extracontratual”, “responsabilidade delitual” e “responsabilidade aquiliana” serão utilizadas como sinônimos no presente trabalho.

¹⁹⁷ De acordo com Cavalieri, os irmãos Mazeaud estavam entre aqueles que defendiam que a responsabilidade civil devia ser examinada em um contexto único, sob o fundamento de que a essência da culpa é a mesma tanto quando há descumprimento contratual quanto na ocorrência de ato ilícito (MAZEAUD *apud* CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 383). O jurista Gustavo Tepedino também refere que “Em última análise, a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual perde, cada vez mais, a importância de outrora, embora o Código Civil tenha dedicado dispositivos distintos para disciplinar a matéria: os arts. 186 e 187 relativos aos atos ilícitos, referem-se à responsabilidade extracontratual, e o art. 389 e seguintes cuidam da responsabilidade contratual”, defendendo, assim, uma unidade conceitual genérica da Responsabilidade civil (TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. p. 11. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!/4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021).

contratual possui certas consequências práticas distintas da responsabilidade aquiliana, cujo destaque, inclusive, é de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho, fato que ratifica a importância do seu estudo em separado¹⁹⁸.

Em primeiro lugar, é preciso consignar que as duas espécies possuem idêntica razão de ser invocadas: a transgressão de um dever jurídico¹⁹⁹. O que as diferencia é a **origem ou fonte dessa transgressão**, isto é, se decorre de um descumprimento contratual ou da causação de um ato ilícito (arts. 186²⁰⁰ ou 187²⁰¹).

No caso da responsabilidade delitual, há violação de um dever negativo, previsto na lei ou na ordem jurídica²⁰², ou seja, no ato ilícito.

Trata-se do dever genérico do *neminem laedere*, que consiste na obrigação geral de não causar dano a outrem²⁰³. A ninguém é autorizado lesar outra pessoa sem que lhe seja imposta a consequência do dever de reparação, permitindo, assim, que a vítima do dano tenha o seu patrimônio pessoal e/ou patrimonial restituído ao *status quo ante*²⁰⁴. Desta forma, a responsabilidade extracontratual surge da violação desse dever genérico de não violar o direito de outrem.

¹⁹⁸ Não há como, nos limites deste trabalho, esgotar o rol de aspectos relevantes envolvendo as espécies de responsabilidade civil a seguir dissecadas. Isso porque, considerando-se que o pano de fundo que envolve este trabalho está relacionado à teoria da mitigação dos danos e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, cabe delimitar o objeto de pesquisa àqueles temas que, de fato, terão lugar na conclusão final desta monografia. Nada obstante, destaca-se que as diferenças entre as teorias também envolvem: a capacidade do agente, sendo que esta, embora irrelevante, para a responsabilidade extracontratual, na responsabilidade contratual assume importância, uma vez que há negócios jurídicos que necessitam observar uma capacidade específica do agente, sob pena de nulidade do ato, nos termos do art. 104, inc. I, c/c art. 166, inc. I, ambos do CC/02; diferem, também, no termo inicial contagem dos juros moratórios: na extracontratual, parte-se da data do evento danoso (Súmula 54, do STJ, e art. 398, do CC/02), enquanto na contratual, nos termos do art. 405, do CC/02, contam-se desde a citação inicial da ação indenizatória; e, por fim, pode-se citar as divergências no âmbito dos prazos prescricionais das espécies. Por meio de construção jurisprudencial (Recurso Especial nº 1.280.825/RJ), o STJ firmou o entendimento de que, na responsabilidade contratual, aplica-se o prazo prescricional decenal (art. 205, CC/02), e, na responsabilidade delitual, utiliza-se a prescrição trienal do art. 206, §3º, inc. V, do CC/02.

¹⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 384.

²⁰⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar Direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁰¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁰² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 30.

²⁰³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 19. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter04%5D!/4/62/4/2%400:0>. Acesso em: 20 mai. 2021.

²⁰⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 181.

Já na responsabilidade contratual, há a transgressão de um dever positivo, inerente ao próprio negócio jurídico celebrado entre as partes²⁰⁵. Em outras palavras, na solução de um caso envolvendo a responsabilidade negocial, deve-se examinar os termos contratuais ajustados entre as partes, antes do dano, para se verificar a origem do dever violado, haja vista que esta espécie está fundada no descumprimento das normas contratuais.

Outro ponto de divergência entre as duas espécies, relacionado com o anterior, consiste no **momento do nascimento desse vínculo jurídico entre as partes**.

No caso da responsabilidade delitual, o vínculo surge apenas no momento do evento danoso. Antes do fato, não havia nem relação, nem dever jurídico entre as partes. Este só surgiu porque o suporte fático do artigo 186 ou do 187, do Código Civil, restou preenchido, assim juridicizando o episódio que, até então, pertencia tão somente ao mundo dos fatos²⁰⁶.

Na responsabilidade obrigacional, por seu turno, as partes já possuíam uma relação jurídica previamente à causação do dano. A sua fonte é o descumprimento do contrato²⁰⁷, e este emana seus efeitos no campo da responsabilidade civil.

Por fim, outra divergência que merece atenção diz respeito ao **ônus da prova da conduta culposa**. No âmbito da responsabilidade aquiliana, tal incumbência, de regra, é da vítima do dano; ao passo que, na responsabilidade contratual, o ônus é do réu da ação, cabendo ao devedor provar que não agiu com culpa ou que está presente no caso concreto alguma das excludentes donexo causal²⁰⁸.

Com efeito, embora a noção de culpa seja a mesma em ambas teorias, existem distinções marcantes na sua forma de tratamento. No caso da responsabilidade extracontratual, quando houver o exame da ocorrência de culpa, que parte da regra geral da violação de dever genérico de abstenção – o já estudado

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 92. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

²⁰⁶ Exemplo clássico é o acidente de trânsito: via de regra, o condutor que causa o sinistro automobilístico não possuía qualquer relação pretérita com a vítima do dano, nesse caso hipotético, o motorista do outro veículo. Esse vínculo nasceu somente no momento da superveniência do fato danoso: em razão do princípio *neminem laedere*, tendo o autor do dano incorrido em culpa lato sensu, ver-se-á obrigado a indenizar a vítima pelos danos que causou.

²⁰⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 46. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/epubcfi/6/36%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!4/70/22%400:9.86>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 385-386.

neminem laedere –, a parte demandante tem o ônus de comprovar a culpa do agente. Já na responsabilidade contratual, basta que a parte prejudicada comprove a existência do negócio jurídico e a ocorrência do descumprimento contratual (somado, é claro, aos demais pressupostos da responsabilidade civil); nesse caso, o ônus de demonstrar a inexistência de culpa será do próprio autor do dano²⁰⁹.

Do breve estudo até aqui empreendido, denota-se que a responsabilidade extracontratual não enseja maiores dúvidas, com exceção, é claro, das discussões envolvendo as teorias que a excepcionam, mitigam ou mesmo extinguem os seus pressupostos, bem como as particularidades do caso concreto que eventualmente possam tornar difícil sua demonstração.

Por seu turno, o descumprimento contratual como fonte do dever de indenizar merece ser mais detidamente analisado no contexto desta monografia, tendo em vista, primordialmente, que a teoria da mitigação dos danos lança suas bases justamente na responsabilidade obrigacional, conforme se verá adiante.

Sobre o ponto, Sergio Cavalieri Filho observa:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A responsabilidade contratual não está no contrato, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpre esse dever, gerando o dever de indenizar.²¹⁰

Cabe, então, destacar dois pressupostos característicos do dever de indenizar em razão de descumprimento contratual, que, por conta das suas peculiaridades, vão além do dano, da culpa e do nexa causal²¹¹, já exaustivamente analisados.

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 318. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021. Nas palavras do mestre, “Culpa contratual e culpa extracontratual sujeitam o contraventor a responder civilmente pelos prejuízos causados. Embora se confundam ontologicamente (repito) e nos seus efeitos, a distinção subsiste no tocante às exigências probatórias. Na culpa extracontratual, incumbe ao queixoso demonstrar todos os elementos etiológicos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexa de causalidade entre um e outra. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa”.

²¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 383.

²¹¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 146. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/epubcfi/6/36%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D/4/70/22%400:9.86>. Acesso em: 30 mar. 2021.

O primeiro deles é a necessária existência de contrato válido e eficaz entre as partes. Como é consabido, as hipóteses de nulidade e anulabilidade são aquelas verificadas no plano da validade e influem no da eficácia. Diz respeito à presença dos elementos do art. 104 do atual Diploma Civil, envolvendo questões de capacidade do agente, forma e licitude, possibilidade e determinação do objeto.

Nos termos do art. 166, do CC/02, a existência de vícios contemporâneos à celebração do contrato importa na decretação de nulidade do negócio jurídico, de modo que este jamais chegou a surtir efeitos. Em outras palavras: sendo nulo o instrumento contratual, sequer há de se falar em obrigação preexistente a ser violada e, portanto, passível de ser indenizada²¹². Há, por outro lado, casos de anulação, previstos no art. 171 do Diploma Civil, sendo que, nessas hipóteses, o contrato será eficaz até sentença transitada em julgado.

O segundo pressuposto é, justamente, a inexecução do contrato. Contudo, recorde-se que a responsabilidade civil se trata de obrigação sucessiva, que não se confunde com aquela que é objeto do instrumento contratual.

No ponto, a lição de Aguiar Dias merece a transcrição longa:

Se o contrato é uma fonte de obrigações, a sua inexecução também o é. **Quando ocorre a inexecução, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova que substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte:** a obrigação de reparar o prejuízo consequência à inexecução da obrigação assumida. Essa verdade se afirmará com mais vigor se observarmos que a primeira obrigação (contratual) tem origem na vontade comum das partes, ao passo que a obrigação de reparar o prejuízo advém, muito ao contrário, contra a vontade do devedor [...].²¹³ (grifo nosso)

Com efeito, o dever de indenizar precisa ser uma consequência do ilícito contratual, ensejando a resolução da avença ou a possibilidade de exigência de seu cumprimento, cabendo a indenização por perdas e danos em ambos os casos, nos termos do art. 475, do CC/02²¹⁴. E o descumprimento contratual pode materializar-se

²¹² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 386.

²¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 157.

²¹⁴ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

de duas formas: inadimplemento ou mora, sendo certo que o art. 389, do CC/02²¹⁵, diz respeito a ambas possibilidades.

A primeira forma é também chamada inadimplemento absoluto: consiste naquela em que o devedor faltou completamente com a sua prestação, de modo que o credor da obrigação não receberá aquilo a que se obrigou o primeiro. Neste caso, a obrigação não foi cumprida e tampouco há possibilidade de que o seja no futuro²¹⁶.

Por outro lado, o inadimplemento será relativo “se apenas parte da *res debita* deixou de ser prestada, ou se o devedor não cumpriu oportunamente a obrigação, havendo possibilidade de que ainda venha a fazê-lo”, traduzindo-se no que a doutrina e jurisprudência comumente chamam de mora²¹⁷.

Importante pontuar que, a teor do art. 395, parágrafo único, do CC/02²¹⁸, esse retardamento somente pode ser caracterizado como mora se ao devedor ainda é possível o cumprimento da obrigação, tal como haviam as partes pactuado. Caso contrário, a mora transforma-se em inadimplemento absoluto, atraindo a incidência de todos os seus efeitos; é o que Pontes de Miranda denomina de “impurgabilidade superveniente da mora”²¹⁹.

A despeito do fato de que a visão contratual clássica concebe apenas estas duas hipóteses de inadimplemento²²⁰, uma terceira hipótese – em plena ascensão, diga-se – merece ser aventada no presente trabalho: a chamada violação positiva do contrato, que resulta da inobservância dos chamados deveres anexos ou instrumentais²²¹, inerentes à relação contratual cujo fundamento último é a boa-fé.

Tais deveres não estão positivados em um rol exaustivo, mas, sim, são reflexos da eticidade que conduz o agir humano como forma de socializar sua

²¹⁵ 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.

²¹⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 44.

²¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2: teoria geral das obrigações. p. 299. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990619/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!/4/16/18%400:47.4>. Acesso em: 30 mar. 2021.

²¹⁸ Art. 395. [...] Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

²¹⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 26. p. 34-38.

²²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 395.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 241.

atuação no cumprimento das obrigações contraídas, representando verdadeira regra limitadora da autonomia privada²²².

Portanto, cita-se a título de exemplo os deveres de cooperação e lealdade, que “impõem às partes a abstenção de qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignados”²²³; o dever de informação, que implica a necessidade de que os contratantes esclareçam uns aos outros a totalidade dos dados relevantes acerca do negócio jurídico, bem como dos riscos a ele inerentes²²⁴; e os deveres de proteção, cujo escopo é o resguardo contra danos causados em razão da relação obrigacional, mas ligados à noção de integridade das esferas jurídicas²²⁵.

Como observa Jorge Cesa Ferreira da Silva, em que pese os casos de resguardo dos interesses à proteção sejam consagrados em nosso Código Civil pelas cláusulas gerais dos arts. 186 e 187, a consequência indenizatória não é a única possível em nosso ordenamento, e é aí que reside a utilidade do tratamento dos deveres anexos da boa-fé objetiva como “categoria” autônoma de modalidade de inadimplemento contratual, à parte do inadimplemento absoluto e relativo²²⁶.

Conforme sublinha Sergio Cavalieri Filho, “os contratantes não são obrigados apenas a realizar a prestação principal, mas também usar os seus esforços para garantir o perfeito adimplemento do contrato”²²⁷. Em outras palavras, as partes envolvidas no negócio jurídico devem – no sentido jurídico da palavra “dever” – se abster de quaisquer atos, ainda que absolutamente lícitos, que possam frustrar a

²²² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 103.

²²³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1051.

²²⁴ GAGLIARDI, op. cit., p. 103.

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 244. Ressalte-se, no ponto, que a insigne professora classifica os deveres de proteção como uma categoria à parte dos deveres anexos propriamente ditos, uma vez que estes estariam relacionados com a própria prestação da obrigação, enquanto aqueles diriam respeito aos riscos decorrentes da contratualidade, mas que não estão imbrincados com a própria relação negocial credor-devedor em si, mas sim com a ideia de incolumidade das esferas jurídicas. Cita, como exemplo, o caso do *shopping center* que não coloca uma placa de aviso de que o chão está molhado, e um consumidor vem a cair e fraturar uma parte do corpo (Ibid., p. 239-248).

²²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 273.

²²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 395.

consecução do objetivo final do contrato ou mesmo onerar em demasia a sua execução.

E a consequência para tal modalidade de inadimplemento não é diferente daquela prevista para as “clássicas” modalidades, com uma regra a mais: a independência da aferição da culpa *lato sensu* do devedor. Nesse sentido, é o teor do Enunciado nº 24, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal de 2002: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 da vigente legislação civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”²²⁸.

Por todo até aqui exposto, analisados os pontos cruciais da responsabilidade civil clássica que são imprescindíveis para o objetivo final a que se propõe este ensaio, passa-se ao exame, no capítulo a seguir, do berço da teoria da mitigação dos danos e sua evolução no Direito estrangeiro e internacional, bem como sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, tendo-se por base o arcabouço jurisprudencial e doutrinário que trata do tema.

²²⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil**. 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. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acesso em: 16 abr. 2021.

3 ORIGENS DA TEORIA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS E INGRESSO NO DIREITO BRASILEIRO

A teoria da mitigação dos danos foi desenvolvida com uma finalidade prática louvável, e introduzida no Direito brasileiro pelo mesmo motivo. Pretende-se tornar muito clara tal finalidade no decorrer deste trabalho, contudo, antes de confrontar o debate envolvendo a aplicação da teoria da mitigação dos danos Brasil, cumpre traçar um panorama acerca das origens do instituto no Direito estrangeiro: seu país de berço, as primeiras decisões judiciais e os fundamentos e consequências jurídicas de sua utilização nos sistemas jurídicos alienígenas.

Em seguida, passa-se à análise da introdução da teoria no Direito brasileiro, o que, conforme se verá, somente tomou força no início do século XXI, não obstante a ascensão da teoria no estrangeiro, especialmente em países da *common law*. Do estudo empreendido, será possível verificar que o ingresso do *duty to mitigate the loss* no Brasil foi – e é – deveras tormentoso, seja pelos dissensos doutrinários a respeito da natureza jurídica da teoria, seja em razão das aplicações muitas vezes equivocadas ou exageradas da doutrina pelos nossos tribunais.

A discussão é intensificada pelo fato de inexistir, *a priori*, uma regra legal expressa que resolva a questão. Destarte, conferiu-se à doutrina e à jurisprudência o papel de respondê-la, sendo que o objetivo deste trabalho é, justamente, enfrentar, na maior medida possível, as soluções aventadas pela academia e pelos tribunais para o impasse.

É tendo essa finalidade em vista que se passa, agora, a analisar os contornos da teoria do *duty to mitigate the loss*, partindo-se de seu berço no Direito estrangeiro e internacional (3.1) até as primeiras aparições no Direito nacional (3.2).

3.1 Nascimento e evolução da teoria

O exame da evolução da teoria da mitigação dos danos é imprescindível para se atingir, com mais solidez, o objetivo final do presente trabalho, que consiste na verificação do fundamento jurídico de recepção desta no Brasil, isto é, se está de

acordo com os motivos pelos quais os operadores do Direito da *common law* desenvolveram a teoria da *avoidability*²²⁹ e as consequências por eles esperadas.

O estudo é imprescindível para lançar luzes sobre a prática adotada por países que há tempos deparam-se com questões envolvendo a matéria e cujo corpo doutrinário e jurisprudencial tem desenvolvido respostas plausíveis e fundamentadas para o tema. Por certo, a análise do Direito comparado permite que se verifique as soluções adotadas em outros modelos jurídicos, colocando-as em perspectiva com o tratamento conferido à teoria da mitigação dos danos no ordenamento nacional.

Com efeito, o presente capítulo será construído a partir de três aspectos: a origem do *duty to mitigate the loss* no Direito estrangeiro, especialmente na *common law* (3.1.1); o tratamento da mitigação dos danos no Direito francês, alemão e italiano (3.1.2); e, por fim, o desenvolvimento da teoria no Direito internacional, especialmente verificando a sua previsão em *soft laws* (3.1.3).

3.1.1 Berço e desenvolvimento na *common law*

Assim como grande parte dos objetos de estudo envolvendo a teoria da mitigação dos danos, também sua origem é matéria controvertida na doutrina. A despeito disso, o exame do seu surgimento e desenvolvimento nos tribunais estrangeiros e internacionais merece espaço nesta monografia, tendo em vista que consiste justamente na base do exame de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a ser realizado em seguida.

A título exemplificativo, a professora gaúcha Véra Maria Jacob de Fradera, uma das precursoras do desenvolvimento da teoria no Brasil, defende que o *duty to mitigate the loss* teve sua origem no Direito anglo-saxão, posteriormente migrando para ordenamentos jurídicos da Europa continental²³⁰.

Por outro lado, Daniel Pires Novais Dias opõe-se a tal entendimento, afirmando que o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Código Civil da Alemanha, já previa, desde 1896, a possibilidade de redução do valor da indenização quando a

²²⁹ *Duty to mitigate the loss, avoidability, mitigation*: todas expressões, aqui, tratam do mesmo fenômeno do dever de mitigação dos danos. Além de permitir a fluidez textual, as diferentes formas de expressar o instituto em comento está fundada na própria inexistência de consenso no Direito anglo-saxão acerca da “correta” denominação do tema e, também, na própria utilização de todos esses termos na prática jurídica.

²³⁰ 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, p.112, jul./set. 2004.

vítima do dano tivesse deixado de prevenir ou reduzir os prejuízos, razão pela qual a teoria teria surgido no Direito europeu, e não na *common law*²³¹.

Contudo, o próprio autor reconhece que o primeiro *case law* a realmente tratar do *duty to mitigate the loss* – ou seja, que trouxe a expressão em seu corpo²³² – foi enfrentado pelo Direito inglês. Tratava-se de *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co.Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*, caso julgado pela *House of Lords*²³³ em 1912.

A controvérsia envolvia a companhia Underground Electric, que havia adquirido turbinas para geração de energia da British Westinghouse, cuja potência, no entanto, era abaixo do esperado pela adquirente. Mesmo assim, esta permaneceu utilizando as turbinas, resguardando seu direito de pleitear eventuais perdas e danos em razão do preço pago por elas. Com efeito, anos depois, as turbinas foram substituídas por outras de eficiência superior, de modo que a Underground ajuizou a referida ação para buscar reparação pelo preço pago pelas novas mercadorias.

A *House of Lords* concluiu que os danos decorrentes do descumprimento contratual deveriam ser sopesados com base nas medidas adotadas pela própria requerente para mitigar os prejuízos por ela sofridos. Em outras palavras, a Corte reconheceu que a aquisição das novas turbinas foi suficiente para minimizar significativamente as perdas alegadamente sofridas, medida, aliás, tão eficiente, que resultou no integral afastamento da indenização pleiteada pela Underground.

Embora esse seja o caso reconhecido como o primeiro que expressamente tratou do *duty to mitigate the loss*, há registros de que a ideia por trás da teoria é ainda mais antiga, sendo adotada pelas Cortes Inglesas já no século XVII, bem antes da supramencionada decisão, proferida no início do século XX²³⁴.

²³¹ DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 91, jan./mar. 2011.

²³² “[...] The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps. [...]” (House of Lords; [1912] AC 673, 688-89).

²³³ INGLATERRA. **British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co of London Ltd.** United Kingdom House of Lords, [1912] AC 673.

²³⁴ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 26-27.

Com efeito, Edward Farnsworth, citado por Christian Sahb Batista Lopes, afirma que a ideia de limitação da indenização em razão de uma noção de possibilidade de o credor evitar os danos cuja indenização é pleiteada surgiu no caso inglês *Vertue v. Bird*, julgado em 1677²³⁵. Segundo o autor,

O requerente tinha sido contratado para transportar mercadorias para Ipswich e deixá-las no lugar a ser indicado pelo requerido. Ao chegar ao destino, entretanto, este demorou mais de seis horas para proceder a tal indicação, fazendo com que os cavalos do requerente ficassem muito tempo expostos ao sol e ao cansaço, morrendo em seguida. O Tribunal, entretanto, negou o direito à indenização pela perda dos animais, afirmando que foi insensatez do requerente deixá-los esperando, uma vez que poderia ter retirado deles a carroça ou deixado as mercadorias em qualquer lugar em Ipswich.²³⁶

Dos casos acima citados, que se somam a vários outros, percebe-se que a noção inglesa do “*duty to mitigate*”, segundo Rafael Villar Gagliardi, estava

fundada em dois aspectos principais, ambos passíveis de serem enunciados a partir do demandante (credor), o qual (i) não pode desarrazoadamente aumentar os danos decorrentes do inadimplemento [...]; e (ii) deve adotar apenas medidas razoáveis para a mitigação, não lhe sendo exigida qualquer atividade extraordinária, arriscada ou excessivamente onerosa.²³⁷

É inegável, porém, que a maior evolução da teoria como figura autônoma do cálculo da indenização ocorreu no âmbito do Direito norte-americano. Desse modo, e em razão, também, das limitações espaciais que envolvem o presente trabalho, será priorizada a abordagem conferida pelos Estados Unidos à teoria.

Como decorrência do princípio da reparação integral, há duas possíveis espécies de reparação em face de eventual inadimplemento contratual: a reparação *in natura*, ou seja, a determinação de que o credor execute a obrigação inadimplida; ou a reparação em pecúnia, que se traduz no dever de indenizar o credor em perdas e danos.

²³⁵ FARNSWORTH *apud* LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 22.

²³⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 22.

²³⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 148-149.

Enquanto que, no Brasil, existe clara preferência pela primeira espécie, consoante se pode interpretar dos termos do art. 947, do CC/02²³⁸, nos países em que vigora a *common law* – os Estados Unidos da América dentre eles –, prioriza-se a obrigação de ressarcir os danos por parte daquele que incorreu em descumprimento contratual²³⁹.

Contudo, a reparação por meio de perdas e danos não é ilimitada ou mesmo constitui uma noção hermética. Conforme ensina Christian Sahb Batista Lopes, “a reparação das perdas e danos suportados pelo credor comporta três limitações: imprevisibilidade, incerteza e *evitabilidade*”²⁴⁰ (grifo no original), sendo certo que é essa última hipótese que deu ensejo ao nascimento da chamada doutrina dos danos evitáveis, ora em estudo, a qual preconiza que “o credor, prejudicado por um inadimplemento, não será indenizado pelas perdas e danos que evitou ou poderia ter evitado com esforços razoáveis e apropriados às circunstâncias”²⁴¹.

Outrossim, cabe fazer-se uma ressalva importante. Embora, por motivos de clareza expositiva, doutrina e jurisprudência estrangeira adotem a expressão “*duty to mitigate the loss*”, não se trata propriamente de um dever, mas, sim, de uma restrição ao valor da indenização a ser fixada em favor da vítima. Aliás, se houvesse dever, a não mitigação por parte do credor ensejaria no direito da parte inadimplente de querer indenização pela omissão da parte inadimplida, do que não se cogita na hipótese²⁴². O tema será abordado com mais profundidade no último capítulo deste trabalho, contudo, algumas ponderações sobre o tema são necessárias já neste momento.

O jurista americano Edward Allan Farnsworth anotava que, na concepção norte-americana, a parte inocente não incorreria em responsabilidade adicional perante a parte inadimplente pela não mitigação dos danos, mas, simplesmente,

²³⁸ Art. 947. **Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada**, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. (grifo nosso)

²³⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 18.

²⁴⁰ Ibid., p. 19.

²⁴¹ Ibid., p. 20.

²⁴² Cf. GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 144.; LOPES, op. cit., p. 23.

estaria impedida de receber a indenização decorrente do inadimplemento contratual por inteiro²⁴³.

Essa também foi a resolução tomada no caso *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*²⁴⁴, julgado pela Suprema Corte da Califórnia em 1970, aqui citado a título exemplificativo, em que restou decidido que a fixação da indenização então pleiteada deveria levar em conta o razoável esforço que poderia ter sido tomado pela vítima por meio de medidas que minimizariam o dano sofrido.

Inclusive, o *Restatement (Second) of Contracts* (espécie de tratado jurídico que traz um compilado de orientações da *common law* em matéria de contratos, extremamente influente e frequentemente citado pela jurisprudência norte-americana) não trouxe a expressão “dever” nos termos de sua seção 350²⁴⁵, limitando-se a mencionar o neologismo “*avoidability*”, (isto é, a ideia de *evitabilidade* dos prejuízos sofridos pela parte inadimplida) como elemento limitador das perdas e danos.

No mesmo sentido, é o entendimento da doutrina brasileira. Cristiano Zanetti sublinha que “no *common law*, o *duty to mitigate the loss* é empregado para delimitar a extensão do dano ressarcível”²⁴⁶.

Da análise do arcabouço jurisprudencial norte-americano sobre o tema (no qual está inserido o mencionado *Restatement of Contracts*), pode-se tirar algumas conclusões a respeito de pressupostos e reflexos da teoria da mitigação dos danos na prática jurídica. Rafael Villar Gagliardi as sintetiza da seguinte forma:

A mitigação implica, em geral, três situações: (i) o credor inerte não pode receber indenização pelos danos que poderia ter evitado mediante a adoção de medidas razoáveis; (ii) o credor que adota

²⁴³ FARNSWORTH, Edward Allan *et al.* **Contracts**: cases and materials. 7. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2008. p. 629-630.

²⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.** 3 Cal.3d 176 (Cal. 1970)

²⁴⁵ “§ 350. Avoidability as a Limitation on Damages

(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.

(2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.”

§ 350. Evitabilidade como Limitação das Perdas e Danos

(1) Exceto conforme estabelecido na Subseção (2), os prejuízos não são indenizáveis pelas perdas que a parte prejudicada poderia ter evitado sem risco, fardo ou humilhação indevidos.

(2) A parte prejudicada não está impedida de ser indenizada em razão da regra referida na Subseção (1) quando empreendeu esforços razoáveis, mas sem sucesso a fim de evitar as perdas sofridas. (tradução nossa)

²⁴⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 30, jul./set. 2012.

medidas razoáveis para mitigar os danos decorrentes do inadimplemento faz jus ao reembolso das despesas incorridas para tanto, independentemente do resultado obtido; e (iii) o credor que tenha mitigado os danos decorrentes do inadimplemento não faz jus ao reembolso dos danos efetivamente evitados.²⁴⁷

A primeira conclusão, portanto, consiste no aspecto **negativo** da teoria em estudo. Em outras palavras: devem ser excluídos do *quantum* final da indenização aqueles danos que o credor poderia ter evitado ou mitigado, mas não o fez²⁴⁸.

Já a segunda e a terceira conclusão decorrem do que a doutrina convém chamar de aspecto **positivo** do dever de mitigar: se o credor da indenização logrou reduzir os prejuízos que adviriam do inadimplemento contratual do devedor, o valor final da indenização deverá excluir esses danos que, na verdade, não ocorreram²⁴⁹.

É nesse ponto que se faz importante tangenciar a ideia de razoabilidade das medidas mitigatórias. Segundo Tomas Barros Martins Comino, o termo “razoável” – verdadeiro conceito jurídico indeterminado²⁵⁰ – representa um parâmetro dotado de abertura e fluidez semântica, permitindo que a jurisprudência e a doutrina afirmem, “casuística e subjetivamente” a conduta das partes e o contexto específico no qual estavam inseridas²⁵¹.

Com efeito, os sistemas jurídicos da *common law* assumem um padrão de conduta como referência, isto é, a do “homem sensato”²⁵², possibilitando a verificação, *in concreto*, da (in)observância da diligência exigida pela situação. De acordo com o supramencionado autor, “É razoável o que estiver contemplado no

²⁴⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 149.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 27.

²⁴⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 26.

²⁵⁰ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 32, jul./set. 2012.

²⁵¹ COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. p. 37.

²⁵² ZANETTI, op. cit., p. 32. Como sublinha o autor, “O Direito alemão raciocina com base na pessoa medianamente razoável. O Direito italiano remete de modo expresso à *ordinaria diligenza*, o que, conforme orientação referendada pela *Corte di Cassazione*, em 2007, deve ser aferido tendo em mente o comportamento próprio ao *bonus pater familias*, ou seja, segundo o padrão do homem sensato”.

campo da previsibilidade, e o que não exigir investimentos demasiados ou sacrifícios”²⁵³.

Com efeito, não se espera que o credor sacrifique bens e direitos, estabilidade financeira ou mesmo reduza sua classificação de crédito, por exemplo. Do mesmo modo, se a vítima do dano não possui condições financeiras de adotar uma medida mitigadora, a indenização a que faz jus não será reduzida em razão da regra da evitabilidade, pois tal estaria extrapolando a noção de “razoabilidade”²⁵⁴.

3.1.2 Acolhimento da teoria nos sistemas francês, alemão e italiano

Examinada a origem do *duty to mitigate the loss* no Direito inglês, bem como sua evolução no âmbito do ordenamento norte-americano, cumpre, neste momento, fazer-se um breve, porém necessário esboço da recepção da teoria em estudo nos sistemas jurídicos da França, da Alemanha e da Itália, comumente mencionados em trabalhos que abordam a matéria.

No **Direito francês**, a teoria enfrenta enorme resistência, havendo juristas que, inclusive, negam a sua existência naquele ordenamento jurídico, o que possui explicação no privilégio que é conferido aos interesses da vítima em detrimento aos do devedor que incorreu em descumprimento contratual, com fundamento no princípio da reparação integral, que lá teve seu nascedouro²⁵⁵.

A discussão é antiga. Em 1745, Jean Domat já se perguntava se o fato de a vítima ter tido ou não a possibilidade de minimizar seus prejuízos deveria ser levado em conta ao se verificar a extensão do dano²⁵⁶. Já Robert-Joseph Pothier expressamente enunciou, em 1761, que o credor teria direito apenas aos prejuízos que não pudessem ter sido por ele evitados quando de sua ocorrência²⁵⁷, fornecendo, para tanto, um exemplo dessa situação:

²⁵³ COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. p. 38.

²⁵⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 39.

²⁵⁵ LE PAUTREMAT, 2006 *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 234.

²⁵⁶ DOMAT *apud* DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 62-63.

²⁵⁷ LOPES, op. cit., p. 66.

Em outra ilustração, [Pothier] imagina a venda de uma vaca contaminada, sendo que o vendedor esconde o vício. Segundo o autor, nessa hipótese, o vendedor teria que indenizar a perda da vaca e de todo o rebanho do comprador que tenha sido contaminado por essa vaca. São perdas que decorrem diretamente do ato do vendedor. Ficando sem o gado, o comprador ficará com sua terra inculta, o que o autor reconhece como um efeito do dolo do vendedor. **No entanto, considera um efeito mais distante, do qual o comprador não será indenizado pois poderia dar utilização à terra de outra forma: comprando outros bois ou, se não tivesse fundos para tanto, alugando bois ou alugando a terra para terceiros.**²⁵⁸ (grifo nosso)

Contudo, o pouco peso doutrinário conferido à matéria, bem como sua abordagem desconexa e, na maioria das vezes, indireta resultaram na não inclusão de disposição a respeito da mitigação dos danos no Código Napoleônico, cuja entrada em vigor deu-se em 1804²⁵⁹. Tal fato não impediu o prosseguimento dos debates na doutrina e na jurisprudência (esse último concentrado, por muitos anos, em primeiro grau de jurisdição), porém de forma muito pontual e sob as vestes de expedientes legais distintos²⁶⁰, em grande parte voltados, como se verá, para a não aceitação da teoria.

No ano de 2003, a aceitação do *duty to mitigate the loss* deu mais um passo atrás. Em julgado da Segunda Câmara Cível da Corte de Cassação Francesa no caso *Dibaoui v. Flamand*, foi reconhecida a irrelevância da conduta da vítima para a fixação do *quantum* indenizatório²⁶¹. Embora o precedente tratasse primordialmente

²⁵⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 66-67.

²⁵⁹ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 80. Em sentido contrário, o autor Daniel Dias defende que o conceito de mitigação dos danos estava inserida no art. 1151 do *Code* francês, o que se poderia inferir mediante a análise da intenção da comissão de redatores do projeto do código: “Mesmo no caso em que a inexecução da convenção resulte do dolo do devedor, os danos e interesses devem compreender, em relação à perda sofrida pelo credor e ao ganho que ele foi privado, apenas o que é uma consequência direta e imediata da inexecução da convenção”. O dano evitável, para o autor, representava consequência indireta ou mediata e, assim, não indenizável (DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 75-86).

²⁶⁰ LOPES, op. cit., p. 67.

²⁶¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 160-161.

de responsabilidade civil extracontratual, diversos argumentos nele contidos se aplicam, também, à responsabilidade civil contratual²⁶².

Conforme já se indiretamente referiu quando da menção à doutrina de Pothier, as limitações ao dever de indenizar tradicionalmente presentes no Direito francês são duas: a limitação pelo dano indireto ou remoto, e a limitação pelo dano causado por responsabilidade da própria vítima²⁶³. Com efeito, eventual aplicação da teoria da mitigação dos danos tem como fundamento algum desses dois conceitos; raramente é trazida de forma autônoma.

Há, ainda, outro possível fundamento de aplicação da doutrina na França: seu enquadramento como descumprimento do dever de boa-fé, sendo um exemplo o caso *Bailleux v. Jarety*, citado por Véra Fradera²⁶⁴, que, ainda que de forma implícita, enquadrava a (não) mitigação dos danos pelo credor como um desdobramento do princípio da vedação do comportamento contraditório.

O pano de fundo da controvérsia envolvia um locador que permaneceu onze anos sem cobrar aluguéis do locatário. Ao invocar em juízo cláusula resolutória com fundamento no não pagamento dos aluguéis, acabou privado pelo Tribunal de exercer tal direito com fundamento na proibição do *venire contra factum proprium*²⁶⁵.

Percebe-se, portanto, que, no ordenamento jurídico francês, há forte resistência à adoção da regra da mitigação dos danos, seja em razão da primazia da condição da vítima, à qual é reconhecida a “liberdade de ação diante do evento danoso, que poderia ser tolhida se ela tivesse que abandonar algumas opções para adotar a que minimizaria os danos”²⁶⁶, seja em razão da adoção firme do princípio da reparação integral²⁶⁷. Existem apenas esparsos precedentes que, mediante um esforço interpretativo, podem ser analisados sob a ótica da mitigação dos danos,

²⁶² LE PAUTREMAT, 2006 *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 162-163.

²⁶³ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 78.

²⁶⁴ *apud* 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, p.115, jul./set. 2004.

²⁶⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 217.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 71.

²⁶⁷ Há, tão somente, casos específicos em que a ideia por trás da teoria da mitigação dos danos é adotada no Direito francês, como, por exemplo, no art. 1.760 do *Code* francês (que trata da obrigação do locador de encontrar novo locatário) e no art. L-172-23 do Código de Seguros (que prevê que o segurado deve salvaguardar seus bens).

demonstrando que o sistema de Direito francês muito pouco se preocupa em estabelecer um padrão decisório relativamente a essa matéria²⁶⁸.

Já no âmbito do **Direito alemão**, a teoria é prevista de forma expressa no §254²⁶⁹ do BGB, que dispõe sobre três hipóteses de redução da indenização, sendo a última delas a não mitigação dos danos pelo credor.

Embora todas essas possibilidades sejam abarcadas pelo prisma da culpa concorrente, a não mitigação dos danos não é uma hipótese desta. Isso porque, enquanto a culpa concorrente é aplicada quando a vítima coopera para a própria causação do dano, isto é, de forma concomitante com a contraparte, a falha de mitigação ocorre após o fato danoso. Ocorre, tão somente, que os efeitos previstos pelo Direito alemão são os mesmos tanto para a concorrência de culpas (ou de causas, como prefere a doutrina) quanto para a falha em mitigar o dano, razão da opção do legislador em situá-las todas no artigo aqui analisado²⁷⁰.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o dispositivo em comento está situado na parte geral das obrigações do Código Civil alemão. Assim, conclui-se que é aplicável tanto aos danos cuja origem remonta ao ilícito extracontratual, quanto aos prejuízos que decorrem de descumprimento contratual²⁷¹.

O problema da natureza jurídica de tal norma também tem espaço no ordenamento jurídico da Alemanha. Parte dos autores daquele país defende que as

²⁶⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 69.

²⁶⁹ “(1) *Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.*

(2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung”

“§ 254. Culpa concorrente

(1) Quando a culpa por parte da pessoa prejudicada contribuir para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos, bem como a extensão da indenização a ser paga, dependerão das circunstâncias, em especial da proporção em que o dano tiver sido causado principalmente por uma ou outra parte.

(2) Essa Regra também se aplica se a culpa da parte prejudicada for limitada à falha de chamar a atenção do devedor ao risco de danos extraordinariamente extensos, quando o devedor não tinha, nem deveria ter tomado conhecimento de tal risco, ou se tiver deixado de prevenir ou reduzir a ocorrência dos danos. (tradução nossa a partir da versão em inglês do Código Civil Alemão, disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 16 mar. 2021).

²⁷⁰ LOPES, op. cit., p. 56.

²⁷¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 160.

exigências de conduta dirigidas ao lesado teriam a natureza de verdadeiros deveres, porém, esse não é o entendimento majoritário.

A doutrina debruça-se, portanto, sobre a noção de *Obliegenheit*, que constitui “exigências de conduta cuja inobservância fera ara o destinatário desvantagens jurídicas enfraquecidas, como a perda ou redução de uma posição jurídica favorável”²⁷². Essa concepção é idêntica à ideia de *Incombance*, presente no Direito suíço, que também compreende tal regra no sentido de um ônus, traduzido em uma “conduta necessária para evitar-se a perda de uma vantagem própria”²⁷³.

Em outras palavras, tal dever não acarreta para o credor que o descumpriu a obrigação de indenizar a contraparte ou ser compelido ao seu cumprimento. Trata-se, segundo Daniel Dias, de “exigências de comportamento de menor intensidade”²⁷⁴ que devem ser observadas a critério da vítima do dano, sabendo que sua inobservância implicará em uma desvantagem jurídica.

Além disso, discute-se qual seria o critério para definir o grau de necessidade das condutas esperadas por parte do credor²⁷⁵. Mais uma vez, o parâmetro da razoabilidade é invocado, sendo que, quando implementado, autoriza o ressarcimento das despesas suportadas pela vítima do dano em seu êxito (ou tentativa) de mitigar seus próprios prejuízos²⁷⁶.

Por fim, no **Direito italiano**, de forma semelhante ao que ocorre na Alemanha, a mitigação dos danos está contemplada de forma expressa dentro de dispositivo legal do *Codice Civile* italiano que trata do concurso de culpas²⁷⁷.

²⁷² DIAS, Daniel Pires Novais. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 249.

²⁷³ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 92.

²⁷⁴ DIAS, op. cit., p. 249.

²⁷⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 56-57.

²⁷⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 159-160.

²⁷⁷ “Art. 1227. *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.*”

Art. 1227. Se o fato culposo do credor concorreu para causar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa e a medida das consequências que lhe são derivadas. O ressarcimento não é devido para os danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária. (tradução nossa)

Em que pese a similitude, há um distanciamento entre o tratamento da teoria nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano. Conforme destaca Christian Sahb Batista Lopes,

Apesar de a *evitabilidade* estar prevista em um artigo cujo título indica que trataria da culpa concorrente, a doutrina e a jurisprudência italianas firmaram entendimento de que esse artigo trata de duas hipóteses diferentes. No primeiro parágrafo, cuida propriamente da culpa concorrente, em que o ato culposo do redor intervém para a produção do evento danoso. [...]

A hipótese prevista no parágrafo segundo “pressupõe que o comportamento do autor [do dano] tenha sido a única causa eficiente do evento”, e se refere às consequências posteriores que, devido à falta de ordinária diligência da parte do credor prejudicado, agravaram o dano. [...]. Entretanto, entende-se que a falta de uso da ordinária diligência do credor para evitar danos interrompe o nexo de causalidade com relação aos danos que poderiam ter sido evitados. Desta forma, a lei atribui uma consequência para essa segunda hipótese que é diferente daquela prevista para a primeira: o credor não poderá ser indenizado pelos danos que poderia ter evitado.²⁷⁸

A diferença, portanto, reside no fato de que, enquanto que no sistema alemão a teoria é enquadrada como hipótese de culpa concorrente, na Itália recebe tratamento jurídico autônomo, impedindo que o credor tenha reparados os danos que poderia ter evitado²⁷⁹. Aliás, o jurista Giovanni Criscuoli anota que a norma contida no art. 1227 não pode ser interpretada apenas no sentido de um dever de não causar novos danos ou agravar os já existentes, mas, também, sob a perspectiva de evitar as consequências dos prejuízos já sofridos²⁸⁰.

No que se refere à natureza jurídica, a teoria assume o *status* de ônus no Direito italiano, a despeito do fato de que é comumente tratada como “*dovere di mitigare*”²⁸¹, inexistindo, por parte do credor, qualquer obrigação – no espectro jurídico da palavra – no sentido de mitigar os prejuízos experimentados.

²⁷⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 62.

²⁷⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 157.

²⁸⁰ CRISCUOLI, 1972 *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 154.

²⁸¹ VALCAVI, Giovanni *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 155.

Ademais, embora a previsibilidade do dano seja requisito para a possibilidade de sua reparação, consoante determina o art. 1225 do Código Civil italiano – regra evidentemente benéfica ao devedor –, no plano prático, a jurisprudência tem se inclinado para o sentido oposto, isto é, a favor do credor da indenização. Corolário lógico é que tal tendência reduz, senão elimina um possível tratamento demasiadamente favorável ao autor do dano, conforme previsto na legislação civil italiana, assim prestigiando a reparação integral do dano não só no seu sentido positivo, mas, também, negativo²⁸².

Encerrando-se a abordagem do *duty to mitigate the loss* no Direito italiano, cumpre fazer um breve comentário a respeito da expressão “*l'ordinaria diligenza*”, ou diligência ordinária, prevista ao final do art. 1227, ora examinado, que, analisando-se a doutrina daquele país, deve ser interpretado de forma bastante similar ao já estudado conceito de razoabilidade. Com efeito, o credor não pode ser instado a mitigar os danos, se tal implicaria medidas demasiadamente arriscada ou onerosas²⁸³, a renúncia a direitos ou mesmo que promova uma ação judicial.

Feitos esses breves apontamentos, percebe-se que o Direito estrangeiro, com destaque para os ordenamentos francês, alemão e italiano, tratam de diferentes formas a teoria da mitigação dos danos, seja rechaçando-a, como é o caso do primeiro, seja prevendo-a de forma expressa em suas codificações, conforme fazem os dois últimos. Essa base teórica é imprescindível para, mais adiante, analisar-se os fundamentos de recepção da regra da mitigação dos danos no sistema de Direito nacional. Avança-se, desse modo, ao exame da abordagem utilizada pelo Direito Privado Internacional sobre o tema, cuja relevância é igualmente substancial.

3.1.3 Tratamento jurídico no Direito internacional

Nas palavras de Cristiano Zanetti, “nenhum contrato ilustra melhor o ponto em debate do que o da compra e venda de mercadorias”²⁸⁴. Destarte, não é por acaso que a grande maioria – senão a totalidade – dos trabalhos acadêmicos que

²⁸² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 156-157.

²⁸³ ANTONIOLLI, Luisa; VENEZIANO, Anna. **Principles of European Contract Law and Italian Law**. Haia: Kluwer International, 2005. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/433791>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 457.

²⁸⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 29, jul./set. 2012.

examinam o *duty to mitigate the loss* abordam a sua previsão perante os organismos internacionais que regulam a *lex mercatoria*²⁸⁵. Com o presente trabalho, não poderia ser diferente.

A primeira – e talvez mais importante²⁸⁶ – *soft law* cuja análise mostra-se imprescindível para se estudar o fortalecimento da teoria em exame consiste na Convenção de Viena sobre os Contratos de Compra e Venda de Mercadorias de 1980 (*United Nations Convention on Contracts of International Sale of Goods – CISG*), elaborada sob a coordenação da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), que, anos mais tarde, foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 8.327/2014²⁸⁷.

Conforme elenca Beatriz Veiga Carvalho, alguns motivos que fundamentam a relevância desse “esforço harmonizatório” por meio da *lex mercatoria*, tendo em vista, de modo especial, o constante e rápido desenvolvimento da economia e comércio internacional, são

(i) a diminuição de barreiras jurídicas visando à redução dos custos de transações internacionais; (ii) produção de um regime jurídico neutro e adequado para determinados tipos de operações; (iii) preenchimento das lacunas eventualmente existentes nos ordenamentos jurídicos domésticos; (iv) evitar-se que, em transações internacionais, as partes necessitem recorrer a normas de conflitos de lei e de eleição de foro para soluções de controvérsias; (v) promover a resolução de disputas de maneira amigável; e, enfim, (vi) de modo geral, garantir maior segurança, certeza e previsibilidade das relações jurídicas de comércio internacional.²⁸⁸

²⁸⁵ Para Yves Derains, “A *lex mercatoria* é definida como um conjunto de regras materiais nacionais específicas para as relações comerciais internacionais. Este conjunto é constituído por práticas (práticas profissionais, codificadas ou não, contratos-padrão, etc.) e princípios gerais. Estes princípios, cuja origem é mais frequentemente encontrada em leis nacionais, não pulsam sua autoridade nesses próprios Direitos, mas em que os operadores comerciais internacionais estão conscientes de que são habituais regras específicas para o comércio internacional. O estudo da jurisprudência arbitral internacional revela que a obrigação de minimizar os danos é um desses princípios da *lex mercatoria* (tradução nossa) (DERAINS, Yves. L’Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale. **Revue de Droit des Affaires Internationales**, p. 377, 1987. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/120100>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 377.)

²⁸⁶ Isso porque a CISG representa a grande influência para a introdução do instituto ora examinado em diversos ordenamentos jurídicos, dentre eles o brasileiro.

²⁸⁷ BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

²⁸⁸ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 49-50.

A CISG um dos instrumentos internacionais mais importantes para a consecução desses fins, prevendo, em seu corpo, diversos remédios à disposição da vítima do dano em caso de inadimplemento contratual, sendo a indenização por perdas e danos uma dessas soluções, na forma prevista na Seção II da Convenção, inaugurada pelo art. 74, que tem o seguinte teor:

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato

Tal dispositivo, além de consagrar o princípio da reparação integral no âmbito da CISG, também expressa uma ideia de limitação da reparação àqueles danos que ao devedor eram previsíveis. Trata-se do que a doutrina de *common law* denomina de *remoteness* ou *foreseeability*²⁸⁹; somente quando configurada a previsibilidade dos prejuízos é que está autorizada a sua indenização²⁹⁰.

Notadamente no que diz respeito à forma de apuração das perdas e danos, e tendo em vista o objeto central de estudo do presente trabalho, cumpre transcrever-se o art. 77, que, por seu turno, encerra a Seção II do Capítulo V da CISG:

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem **razoáveis, de acordo com as circunstâncias**, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir **redução na indenização das perdas e danos**, no montante da perda que deveria ter sido mitigada. (grifo nosso)

Algumas conclusões importantes podem ser extraídas a partir da leitura do dispositivo supratranscrito.

A primeira delas, é a de que, a despeito de conter o termo “deverá” (“must”, na redação original em inglês), a consequência trazida pela CISG em caso de não mitigação das perdas por parte do credor (a redução do montante da indenização)

²⁸⁹ Traduzida de forma livre, a expressão “*remoteness*” pode ser entendida como “caráter remoto” ou “distanciamento”; já o termo “*foreseeability*” pode ser concebido como “previsibilidade”

²⁹⁰ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 164.

indica que se trata, em verdade, de um ônus ou encargo, embora a discussão acerca da natureza jurídica de tal norma no âmbito dos sistemas jurídicos internos dos países signatários da CISG seja “incompatível com o caráter internacional e uniformizador da Convenção de Viena e não contribui para o objetivo pretendido com a adoção de tal norma de Direito internacional”²⁹¹.

Assim, como bem anota Rafael Villar Gagliardi, “a não mitigação pelo credor não constitui fato de interrupção da causalidade”²⁹², sendo certo que tal fator de limitação da indenização foi previsto de forma independente das hipóteses de culpa concorrente ou culpa exclusiva da vítima, estas mencionadas no art. 80 da CISG²⁹³.

A segunda conclusão possível é a de que a Convenção expressamente adota o já mencionado critério da razoabilidade para a aferição da adequação da atitude esperada por parte do credor. Nos mesmos moldes do que já foi pontuado anteriormente, não se espera que o credor da indenização, frente à possibilidade de adotar medidas para mitigar os prejuízos decorrentes do inadimplemento contratual perpetrado pela contraparte, o faça sacrificando ou impondo elevados riscos a seus próprios bens e direitos²⁹⁴.

Por fim, outro corolário da interpretação do mencionado dispositivo, que, inclusive, está relacionado com a ideia de razoabilidade das medidas mitigatórias, consiste na possibilidade de ressarcimento das despesas suportadas pelo credor, quando estas foram as necessárias para a efetivação da regra contida no art. 77 da Convenção. Tal conclusão decorre do fato de que a CISG reconhece, em seu art. 74, o princípio da reparação integral, de modo que a reparação dos prejuízos causados pela mitigação (ou mesmo tentativa de mitigação) perpetrada pelo credor é mera decorrência lógica do conteúdo do *restitutio in integrum*²⁹⁵.

Aliás, como se verá no capítulo 3.2, foi justamente a regra em comento que serviu de fundamento para a proposta de redação de Enunciado do Conselho da Justiça Federal (CJF), que constitui um dos marcos da introdução da teoria da mitigação dos danos no Brasil. Isso porque a norma da CISG é a única, integrante

²⁹¹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 77.

²⁹² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 165.

²⁹³ LOPES, op. cit., p. 76.

²⁹⁴ Cf. GAGLIARDI, op. cit., p. 166; LOPES, op. cit., p. 77.

²⁹⁵ LOPES, op. cit., p. 81-82.

do ordenamento jurídico interno, que expressamente prevê a obrigatoriedade da adoção de medidas para atenuar ou não agravar os prejuízos sofridos em decorrência de um descumprimento contratual.

Contudo, o art. 77 da Convenção não é a única *soft law* de ordem internacional que abrange a regra da mitigação dos danos, reconhecendo a relevância jurídica da conduta do credor após o inadimplemento contratual imputável ao devedor²⁹⁶.

Na verdade, no universo da compra e venda internacional de mercadorias, a mitigação dos danos passou a ser considerada como um princípio de alcance universal em sede doutrinária²⁹⁷ e, posteriormente, jurisprudencial, especialmente em casos arbitrais²⁹⁸.

Superado, enfim, o exame da origem e do desenvolvimento da teoria da mitigação dos danos na ordem jurídica estrangeira e internacional, passa-se a verificar de que modo ocorreu sua internalização no Direito brasileiro, especialmente os marcos mais importantes e os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais de tal recepção.

3.2 A recepção da teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro

Nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal, um dos motivos que tornam a responsabilidade civil um instituto jurídico

²⁹⁶ Nesse sentido, orientam os Princípios do Direito Contratual Europeu (Principles of European Contract Law – PECL), cujo artigo 9:505 dispõe que o credor não será indenizado pela totalidade dos prejuízos decorrentes do descumprimento contratual quando os poderia ter minimizado, mediante a adoção de medidas razoáveis. Cabe o destaque de que também os PECL preveem tal regra de forma separada da questão da concorrência de causas, que vem prevista no artigo 9:504, estrutura condizente com a observada em países de *common law*. Também essa foi a linha adotada nos princípios formulados pelo UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*). No artigo III.-3:705 do compilado, também dissociada da ideia de concorrência de causas, está prevista a teoria da mitigação dos danos, em estrutura idêntica à adotada na CISG e nos PECL.

²⁹⁷ SCHWENZER, HACHEM, KEE *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 170. Os autores da obra “Global sales and contract law”, referência no assunto, afirmam: “*The principle of mitigation is universally recognized. At the international level the duty to avoid losses where it is reasonably possible is considered to be one of the clearest materializations of the duty of good faith*”.

²⁹⁸ O jurista Yves Derains faz uma pormenorizada análise dos precedentes arbitrais em artigo publicado em 1987. Embora passados muitos anos, sua rica abordagem segue recomendando a menção: DERAINS, Yves. L’Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale. **Revue de Droit des Affaires Internationales**, p. 375-882, 1987. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/120100>. Acesso em: 21 abr. 2021.

tão singular é o fato de que permite uma perspectiva mais compreensiva e contemporânea “[...] em relação à sociedade e às mudanças que continuamente redefinam os perfis sociais”²⁹⁹.

Em outros termos, a responsabilidade civil exige uma visão global, não apenas para o Direito aplicável, mas, também, para a complexidade das relações jurídicas, sempre à luz dos princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que informam nosso ordenamento.

Tal evolução é imprescindível para que o instituto siga representando um modelo jurídico respeitado para a solução de conflitos, capaz de se adaptar às exigências sociais e econômicas do mundo contemporâneo³⁰⁰. As decisões judiciais e arbitrais necessariamente precisam avançar junto com o passar do tempo e, não raras vezes, a solução de um determinado caso não está na lei, por ser humanamente impossível prever-se a ampla gama de novas situações que diariamente passam a interessar juridicamente ao ordenamento.

É para isso que os operadores do Direito muitas vezes apropriam-se de institutos jurídicos estrangeiros, como forma de preencher as lacunas existentes em nosso sistema. Ora, a lei é uma das fontes do Direito, mas está longe de ser a única. A ausência de previsão normativa não significa uma automática rejeição de uma teoria oriunda de outro sistema jurídico, especialmente se essa for compatível com a normatização nacional³⁰¹.

Foi num contexto de verificação de uma lacuna e conseqüente inquietação jurídica, que a doutrina alicerçou a teoria da mitigação dos danos à luz do Direito brasileiro e suas particularidades, que foi sendo aos poucos edificada pela jurisprudência, hoje repleta de precedentes contendo a aplicação do *duty to mitigate the loss*. O cenário que se verifica atualmente, no entanto, tem por pano de fundo anos de estudo, tentativas e falhas. Por certo, para se buscar com maior solidez o objetivo final deste trabalho, a trajetória de recepção e fortalecimento da regra no Brasil merece aqui primordial atenção.

²⁹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 873.

³⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 34. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

³⁰¹ FACCHINI NETO, Eugenio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado*. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 249-279, 2017.

3.2.1 Os primeiros marcos fundamentais da introdução da teoria no Brasil

Não se sabe com exatidão quando se começou a observar a importância da conduta do credor para a quantificação final do dano indenizável. Contudo, as primeiras referências expressas ao *duty to mitigate the loss* no Brasil surgiram a partir dos anos 2000, ou seja, razoável tempo depois do desenvolvimento do tema no Direito estrangeiro e internacional.

O primeiro registro de menção à doutrina da mitigação dos danos de que se tem conhecimento está inserido em obra do então ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ruy Rosado de Aguiar Júnior, cuja primeira edição é datada de 2003. O jurista, citando Carlo Rossello, sublinhou:

O reconhecimento de que do inadimplemento surgiu um dano bastante grave para que se decrete a extinção do contrato dependerá da avaliação do valor desse dano. Para isso, não será levada em linha de conta a quantidade do dano causado à parte, mas sim o grau de ofensa à economia do contrato [...]. Assim, durante a mora do devedor, as condições econômicas poderão vir a ser alteradas de modo tal que a contraprestação prometida pelo credor se torne significativamente maior e mais valiosa do que a prestação ainda possível do devedor. Sendo este o descumpridor, ainda que sem maior gravidade, o fato novo que surgiu, onerando sobremaneira o credor, justifica a resolução do negócio, porque a sua economia ficou afetada em razão da demora do devedor, e não seria justo que o descumprimento funcionasse aí a favor do faltoso, com grave ônus ao credor, que por isso pode se liberar da obrigação. Ainda nesse tema, deve ser lembrada a doutrina da mitigação ('doctrine of mitigation'), pela qual o credor deve colaborar, apesar da inexecução do contrato, para que não se agrave, pela sua ação ou omissão, o resultado danoso decorrente do incumprimento: "O lesado deve tomar todas as providências razoáveis para mitigar o dano, e não pode pretender o ressarcimento de perda que teria podido evitar, mas que não evitou, por injustificada ação ou omissão. [...]"³⁰².

Como se vê, a então nomeada "doutrina da mitigação" teve uma abordagem bastante incipiente, inserida ao final de capítulo de livro que trata de critérios para a avaliação do incumprimento definitivo por perda do interesse do credor.

³⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 135-136. O trecho foi inserido em parte do estudo que trata da possibilidade de rejeição, pelo credor, do cumprimento da prestação do devedor em mora, quando o adimplemento tardio for inútil ou não mais lhe interessar. Com efeito, tal tema não possui relação direta com a teoria da mitigação dos danos, razão pela qual, sem embargado de sua importância, se deixa de ir a fundo na matéria no presente trabalho.

Cumprir destacar, também, que o autor citado por Ruy Rosado de Aguiar Júnior – o italiano Carlo Rossello – defendia que a regra da mitigação de danos por parte do credor possui natureza de ônus, e não de dever. Com efeito, embora tenha o jurista brasileiro utilizado o termo “dever” em sua obra, provavelmente o fez em sentido lato, até mesmo por uma questão de conveniência e clareza textual, o que se somava aos recém embrionários estudos sobre a teoria no Brasil³⁰³.

O marco mais evidente da introdução da teoria no Brasil, contudo, deu-se no ano de 2004. Trata-se de artigo de Véra Maria Jacob de Fradera, intitulado “Pode o credor ser instado a diminuir o seu próprio prejuízo?”³⁰⁴, estudo que, como indica a autora, teve inspiração no acima referido artigo 77 da CISG³⁰⁵, embora o Brasil nem sequer tivesse ratificado a Convenção à época.

Em seu artigo, a autora faz uma análise da matéria sob a ótica do Direito francês, alemão e suíço, e conclui que a teoria pode ser enquadrada como dever acessório decorrente da boa-fé objetiva, ou, também, como uma das possibilidades de incidência do *venire contra factum proprium*, que, como já visto, decorre da ideia de abuso de direito. Além disso, Véra Maria Jacob de Fradera entende que a mencionada norma da CISG aproxima-se da ideia inserta no artigo 422, do Código Civil pátrio – o qual, sublinhe-se, entrou em vigência cerca de um ano antes da publicação do trabalho.

Segundo essa autora citada,

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 incumbências das partes, no caso, as do credor.

Como se isso não fora suficiente fundamento para adoção desse dever, restam ainda, sob o influxo da jurisprudência francesa, duas possibilidades de justificar a recepção: o conceito de *venire contra factum proprium* e o de abuso de direito, cuja previsão representa, segundo uma doutrina minoritária, um avanço do novo Código Civil, em relação ao anterior, omissos nesta parte.³⁰⁶

³⁰³ COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil: nascimento (e morte) de um brocardo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. p. 49.

³⁰⁴ 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, p.109-119, jul./set. 2004.

³⁰⁵ Ibid., p. 109.

³⁰⁶ Ibid., p. 116-117.

Finaliza sua exposição fazendo um exame das possíveis consequências tanto do cumprimento do dever de mitigação por parte do credor, quanto de sua eventual inobservância: no primeiro caso, defende que a vítima do dano tem direito ao reembolso do valor despendido com as medidas tomadas nesse sentido, desde que razoáveis; já no segundo caso, dispõe que o credor poderá sofrer sanções em razão da violação da boa fé objetiva, sendo seu espectro mais óbvio o dever de indenizar em perdas e danos o autor do prejuízo, o que corresponderia a uma culpa delitual³⁰⁷.

Foi por iniciativa de Véra Maria Jacob de Fradera que o artigo publicado em 2004 serviu de base para os juristas que participaram da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2005. Nesta, desenvolveu-se o Enunciado nº 169, que dispõe: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”³⁰⁸.

Não se desconhece a importância de tal orientação para o desenvolvimento da teoria da mitigação dos danos no Brasil³⁰⁹. Contudo, o fato de que o *duty to mitigate the loss* impõe ao credor que evite “o agravamento do próprio prejuízo” representa apenas um dos inúmeros aspectos envolvendo a noção de evitabilidade.

Não obstante, a orientação foi o primeiro elemento com valor persuasivo³¹⁰ - isto é, de orientação doutrinária - a trazer ao Brasil a teoria nascida na *common law*. Tal conclusão, tomada na III Jornada de Direito Civil, em dezembro de 2004, sob a coordenação do então ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ruy Rosado de Aguiar, tratou da interpretação do artigo 422, do Código Civil, tendo sido rapidamente acolhida pelos tribunais pátrios³¹¹.

Como apontou Cristiano Zanetti, a partir da regra referendada pelo Enunciado ora examinado, os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de

³⁰⁷ 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, p. 117-118, jul./set. 2004.

³⁰⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: CJF, 2005. p. 168.

³⁰⁹ Tanto o artigo de Fradera quanto a publicação do Enunciado fomentaram a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. Apenas a título de exemplo, cita-se o trabalho acadêmico desenvolvido por Flavio Tartuce a partir dos marcos aqui destacados: TARTUCE, Flavio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**: esboço do tema e primeira abordagem. mar. 2015. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/9>. Acesso em: 21 abr. 2021.

³¹⁰ Conforme aponta Tomas Barros Comino, “Embora enunciados provenientes das Jornadas de Direito Civil representem meramente ‘o pensamento médio da maioria das comissões temáticas’, o fato é que são tidos em mais alta conta pelos tribunais” (COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Mestrado Profissional, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2015. p. 55).

³¹¹ DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 175.

Janeiro e São Paulo tiveram a oportunidade de citar a teoria da mitigação dos danos em seus julgados³¹².

Tal construção leva-nos, enfim, ao último marco normativo fundamental da recepção e desenvolvimento da teoria no Brasil: o julgamento, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Recurso Especial nº 758.518/PR, da relatoria do Ministro Vasco Della Giustina³¹³. Antes, porém, de se tratar dos fundamentos jurídicos invocados pela Corte, necessário examinar o pano de fundo que envolvia a controvérsia.

A autora/recorrente, na condição de promitente vendedora, firmou com o réu/recorrido, então promissário comprador, contrato de promessa de compra e venda de um imóvel. Contudo, este último deixou de efetuar o pagamento das prestações avençadas em **1994**, abandonando definitivamente o imóvel em **setembro de 2001** – embora, desde a mora contratual, tivesse o réu/recorrido incorrido em descaso com a manutenção do bem imóvel.

Apenas em **outubro de 2002**, alegando descumprimento contratual por parte do demandado, a empresa autora ingressou com demanda de reintegração de posse, cumulada com pedido de indenização pelas perdas e danos advindos do ilícito contratual. Sustentou, porém, que agia em boa-fé, pois intentou a ação em comento dentro do prazo prescricional de vinte anos previsto na legislação civil.

A discussão sobre a incidência do dever de mitigar o próprio prejuízo no caso concreto teve início em segundo grau de jurisdição, que reformou a sentença de procedência exarada na origem. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao julgar o recurso de apelação nº 158909-7³¹⁴, consignou que, embora não desconhecesse o direito do promitente vendedor à resolução do contrato em perdas e danos pelo tempo que o imóvel ficou em estado de não fruição – de 1994 a 2001,

³¹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 31, jul./set. 2012.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 758.518/PR**. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. Duty to mitigate the loss. Inércia do credor. Agravamento do dano. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos LTDA. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, 17 de junho de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983680&num_registro=200500967754&data=20100701&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 mar. 2021.

³¹⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 158909-7**. Contrato de promessa de compra e venda. Responsabilidade do promissário-comprador inadimplente. Apelante: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sergio Meca De Lima. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Albino Jacomel Guérios. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1449140/Ac%C3%9Brd%E2%80%9Eo-158909-7>. Acesso em: 26 abr. 2021.

isto é, cerca de sete anos – a extensão da indenização deveria ser reduzida. O relator, desembargador Albino Jacomel Guérios, assim consignou em seu voto:

Ainda, enquanto não reintegrada na posse, a apelante não poderia dispor do imóvel, alugá-lo, por exemplo, o que ele somente veio a conseguir em 10 de fevereiro de 2004 (fls. 88 a 91). Mas neste ponto uma circunstância influi de algum modo. Embora o contratante inadimplente cause danos com o seu comportamento, a contraparte também tem deveres, mesmo sendo vítima de um ato ilícito. Ela não pode concorrer para o agravamento dos prejuízos; tão logo se inteire do ocorrido, deve, embora sem esforços excepcionais, procurar evitar ao máximo outras repercussões danosas, adotar prontamente as medidas necessárias à proteção dos seus interesses: [...]

Interposto Recurso Especial, o ministro relator Vasco Della Giustina ratificou o entendimento utilizado pelo tribunal *a quo*. Para tanto, utilizou-se da teoria da mitigação em seu prisma de concretização da boa-fé objetiva para justificar a redução do *quantum* indenizatório pleiteado pelo dono do imóvel, por conta de sua desídia, por um longo período de tempo, em buscar a resolução de um negócio jurídico cuja parte promitente compradora mostrou-se inadimplente por muitos anos, situação que, alegadamente, lhe causou grandes prejuízos.

Segundo o ministro, ainda que a demanda tenha sido proposta dentro do prazo prescricional previsto para o exercício do direito, a parte recorrente, promitente vendedora do bem,

descuidou-se com o seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, [...] o que evidencia a ausência de zelo com o seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano.

Deixando-se de lado as impropriedades jurídico-terminológicas dos votos acima mencionados – as quais, neste momento, sequer possuem relevância –, conclui-se que a abordagem do tema pelo STJ em 2010 representou verdadeira mola propulsora para o prosseguimento dos estudos envolvendo o *duty to mitigate the loss* no Brasil, bem como sua aplicação, em sede jurisprudencial, por nossos tribunais, sendo que o precedente é até hoje citado em inúmeros arestos que versam sobre o tema.

Feitas essas considerações, com a recepção da teoria pelo ordenamento pátrio devidamente examinada, passa-se à análise do âmbito de aplicação do

instituto, isto é, os pressupostos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência ao longo dos anos de desenvolvimento da regra da mitigação dos danos no Brasil.

3.2.2 Pressupostos de aplicação no âmbito da responsabilidade civil contratual

Passadas cerca de duas décadas da introdução da teoria no Brasil, certos pressupostos para a aplicação do *duty to mitigate the loss* podem ser identificados a partir do exame dos trabalhos acadêmicos e precedentes judiciais que versam sobre a matéria. Estes merecem espaço na presente monografia, justamente porque representam a faceta brasileira da regra da mitigação dos danos.

Ademais, a sua identificação é extremamente necessária, na medida em que, com a necessidade de seu preenchimento no caso concreto, “evita-se a perda da racionalidade num verdadeiro arbítrio ou num jogo de azar, sem o menor critério de decidibilidade e de controle da qualidade das decisões”³¹⁵, o que, por certo, é essencial para a manutenção do respeito e da própria função exercida pelo Direito na sociedade.

Inicia-se, portanto, pelo critério da **existência de contrato entre as partes**. Como já visto nos capítulos anteriores, o gênero “responsabilidade civil” tem como espécies a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual, cuja diferença reside tanto na fonte do ilícito quanto na origem do vínculo entre as partes, além, é, claro, dos efeitos que podem advir da ocorrência de um ou de outro.

Destarte, como é possível verificar do estudo empreendido no capítulo 3.1 desta monografia, a grande maioria dos precedentes judiciais e estudos acadêmicos que tratam da teoria da mitigação dos danos envolvem a abordagem desta figura sob o manto da responsabilidade contratual.

A propósito, o professor Cristiano de Sousa Zanetti sublinha que um dos pressupostos necessários à caracterização do *duty to mitigate the loss* é a inexecução contratual³¹⁶, que, como já se teve a oportunidade de referir, consiste, em síntese, na “violação de dever oriundo de relação obrigacional pré-existente”³¹⁷,

³¹⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 255.

³¹⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 31, jul./set. 2012.

³¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 216. *E-book*. Disponível em:

ou, em outras palavras, no inadimplemento das cláusulas avençadas pelas partes no exercício de sua autonomia privada negocial³¹⁸.

Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa sublinha que

A responsabilidade civil contratual ocupa um campo mais limitado em relação à responsabilidade aquiliana, porque fica jungida justamente aos termos do contrato. A responsabilidade extracontratual permite voos integratórios do dever de indenizar mais profundos dentro da amplitude do art. 186.³¹⁹

O segundo requisito para a aplicação da teoria é a **existência de inadimplemento imputável ao devedor, e que este, por seu turno, represente a causa dos prejuízos experimentados pelo credor.**

Embora em um primeiro momento a menção a tal critério possa parecer mera tautologia, desde logo afirma-se que sua referência é de extrema importância. Isso porque o instituto da mitigação dos danos não se confunde com a noção de culpa concorrente, já examinada neste estudo, quando se tratou de questões relativas ao nexos causal. Explica-se.

Enquanto a culpa concorrente tem lugar contemporaneamente à causação do evento danoso por parte do devedor³²⁰, a possibilidade de mitigação ocorre apenas depois da superveniência desses danos. Em outras palavras: **a falha na mitigação dos prejuízos não rompe a cadeia de causalidade**³²¹.

De acordo com Rafael Villar Gagliardi, a não observância à regra da inevitabilidade não constitui conduta culposa que contribui para a causação do dano; trata-se, isso sim, “de pura e simples omissão não violadora de um dever específico

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/pageid/359>. Acesso em: 21 abr. 2021.

³¹⁸ Sublinhe-se que o tema é muito mais vasto, abrangendo três possíveis ordens de descumprimento contratual: o inadimplemento definitivo ou absoluto, o inadimplemento relativo ou mora, e, por fim, o inadimplemento positivo, que ocorre quando da inobservância dos deveres anexos afluentes da boa-fé objetiva. O tema já foi abordado no capítulo 2.2.3 deste trabalho, de modo que, a fim de evitar desnecessária tautologia, reporta-se ao exame lá empreendido.

³¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 3 contratos. p. 136. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027129/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!/4/20/2%400:0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³²⁰ Nas cirúrgicas palavras de Pontes de Miranda: “a causa *a* seria suficiente para exsurgir o dano *d*, bem assim a causa *b*; mas acontece que houve as causas *a* e *b*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII. p. 274).

³²¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 197.

de conduta, que adquire relevância jurídica por meio da valoração da pretensão indenizatória que a sucede³²².

Superada a diferenciação entre os institutos da mitigação dos danos e da concorrência de causas, surge o problema do conceito de inadimplemento. Como já se teve a oportunidade de referir, o inadimplemento **absoluto** ocorre quando a obrigação não foi cumprida e nem poderá sê-lo no futuro, seja por impossibilidade, seja por desinteresse do credor à prestação. Já o inadimplemento **relativo, ou mora**, consiste no não cumprimento, pelo devedor, da obrigação no tempo, lugar e forma devidos, nos termos do artigo 394, do Código Civil³²³, ou pelo credor, quando este recusar o recebimento da prestação nesses moldes³²⁴. Nesse caso, diferentemente do inadimplemento absoluto, permite-se a possibilidade de cumprimento da obrigação³²⁵.

Uma das possibilidades da mora é o inadimplemento ruim ou insatisfatório: o devedor cumpriu com o objeto da obrigação, mas não da forma como deveria tê-lo feito³²⁶.

Para arrematar, cumpre destacar que o artigo 393, do Código Civil, orienta que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior”, com exceção daqueles com os quais expressamente se responsabilizou no negócio jurídico.

Sintetizando o exposto, Giovanni Ettore Nanni sublinha que

Para que se possa cogitar a respeito da mora ou do inadimplemento, requer-se que tenha sido causado por fato imputável àquele que descumpriu a obrigação. [...] pode ocorrer um obstáculo independente de fato positivo ou negativo do devedor, e superior às suas forças, que lhe impeça de adimplir a obrigação, pelo que é considerado inadimplente.

³²² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 235.

³²³ Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

³²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml19%5D/4/40/4%400:21.1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

³²⁵ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 7.

³²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2 obrigações; inclui responsabilidade civil. p. 121. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml%5D/4/2/328%400:28.9>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Então, duas ordens diversas de causas podem gerar o incumprimento: causas dependentes de fato do devedor e causas não dependentes. Se o incumprimento é imputável ao devedor, são produzidas as consequências decorrentes da inexecução das obrigações; se, ao contrário, sendo reconhecida uma circunstância estranha a algum fato do devedor, tais consequências não se verificam, e a obrigação remanesce extinta como se não tivesse nunca nascido.³²⁷

O terceiro critério imprescindível de ser trazido nesse ponto diz respeito à **possibilidade de que o credor intervenha para mitigar os danos** decorrentes do inadimplemento perpetrado pelo devedor.

Como já se teve a oportunidade de destacar, a ideia por trás da regra da mitigação dos danos está fundamentada em uma dimensão ética a ser observada no cumprimento das obrigações, a qual, neste caso, traduz-se na exigência de uma conduta colaborativa por parte daquele que é o credor da indenização.

Esse comportamento, frisa-se, é esperado a partir do momento da superveniência do prejuízo (e não concomitante ao evento danoso, como ocorre na culpa concorrente). Nas palavras de Rafael Gagliardi, trata-se de uma imposição firme, que extravasa “os foros de mera cartilha programática”³²⁸ do negócio jurídico.

Como já referido diversas vezes ao longo deste trabalho – e nunca será demais repetir –, a teoria da mitigação dos danos não demanda um agir extraordinário por parte do credor. Aliás, antes de mais nada, deve-se verificar se, no caso concreto, a ele era sequer possível adotar medidas mitigatórias face à superveniência dos danos.

Com efeito, para que esta inércia do credor da indenização seja sequer considerada pelo julgador (especialmente tendo em vista que, como regra, apenas o agir do devedor será investigado), ela, por primeiro, deve ser juridicamente relevante para definir os contornos da abusividade e ilegalidade geralmente sustentados pela parte devedora.

Uma vez mais, tendo em vista a clareza expositiva, os ensinamentos de Rafael Gagliardi merecem ser nesse ponto transcritos:

³²⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Mora*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 581-582.

³²⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 271.

A falha do credor de não mitigar os danos não constitui, por si só, conduta legítima capaz de desencadear qualquer consequência negativa. Constitui parte fundamental do complexo de fatos e circunstâncias que levam à ineficácia parcial da pretensão indenizatória deduzida em face do devedor. Esse complexo forma-se a partir da inércia do credor quando possível a mitigação por meio de medidas razoáveis, combinada com a posterior dedução, em face do devedor a quem o inadimplemento é imputável, de pretensão indenizatória contemplando também os danos evitáveis.³²⁹

E essa relevância jurídica, acima mencionada, é aferida por meio de outro requisito, que será aqui destrinchado: o de que **o credor seja a parte em condição mais favorável de mitigar os prejuízos**³³⁰.

Como se sabe, tradicionalmente, a única conduta analisada para fins de aferição do *quantum* indenizatório é a do devedor, isto é, daquele que praticou o ilícito, com exceção, é claro, dos casos em que há um rompimento do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Todavia, essa regra é superada no âmbito da teoria da mitigação dos prejuízos, que compreende o exame da conduta adotada pelo credor subsequente ao evento danoso. Tal evolução emerge do enaltecimento de valores éticos e de socialidade que permeiam a doutrina pátria, de modo que um de seus espectros é, justamente, a necessidade de valoração da conduta de todas as partes da relação jurídica subjacente à pretensão indenizatória³³¹.

A teoria da mitigação dos danos é um dos tantos produtos desse desconforto jurídico perante os padrões até então assentados, isto é, de que somente o agir daquele que causou o dano deve ser apreciado para quantificar a indenização por ele devida. Por certo, dados os princípios da colaboração e boa-fé objetiva que naturalmente emanam de qualquer negócio jurídico, a postura adotada pelo credor face ao inadimplemento da contraparte assume grandiosa relevância.

Em suma, não mais se pode admitir que, sobrevindo o evento danoso, aguarde o credor de braços cruzados a superveniência – e até agravamento – das consequências, para, somente então, pleitear em juízo a reparação pelos danos experimentados. Relembre-se, para tanto, que a situação ensejadora de reparação

³²⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 273.

³³⁰ Ibid, p. 275.

³³¹ Ibid. p. 275.

de danos não é um negócio em si e, assim sendo, não deve ser percebida como uma oportunidade lucrativa³³².

Outra faceta desse último requisito é a de que, caso devedor e credor estejam na mesma posição favorável de mitigar os danos, e que este primeiro – o devedor – não aproveite a oportunidade, isto lhe retira a oportunidade de, futuramente, em sede de defesa da pretensão indenizatória, exigir a mesma postura por parte do credor. Tal situação evidencia a falta de um comportamento colaborativo e solidário por parte do devedor, retirando-lhe “a dignidade da tutela jurídica por este invocada ao arguir a falha do credor em agir para mitigar os danos decorrentes do inadimplemento”³³³.

Os dois últimos requisitos analisados, a propósito, estão diretamente relacionados com o já explorado conceito de razoabilidade. Tal como ocorre no Direito comparado, no ordenamento jurídico brasileiro também não se exige que o credor adote medidas extraordinárias ou sacrificantes no sentido de mitigar os danos sofridos.

Por fim, um último pressuposto a ser mencionado diz respeito à **necessidade de que o devedor indique as providências mitigatórias passíveis de serem adotadas pelo credor**. Como se verá mais adiante, um dos efeitos da teoria em estudo consiste na redução da indenização cujo pagamento é imposto ao devedor. Entretanto, até para evitar um favorecimento deste em detrimento da vítima do dano, impõe-se que aquele que causou o dano indique ao juízo quais as medidas que poderiam ter sido tomadas pela contraparte para mitigar os prejuízos por ela experimentados, estas que, obviamente, devem ser razoáveis à luz do caso concreto³³⁴.

Em outras palavras, o ônus da prova acerca da existência de tal possibilidade recai sobre o devedor, o que, inclusive, é decorrência lógica do nosso sistema de processo civil, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC.

Examinados os pressupostos visualizados pela doutrina para que seja possível a aplicação da teoria da mitigação dos danos no âmbito da

³³² AFFONSO JR., Leonel. Mitigação de prejuízo em relação extracontratual. **Valor Econômico**, São Paulo, 5 nov. 2004. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/11/05/mitigacao-de-prejuizo-em-relacao-extracontratual.ghtml?ixzz3IC70xD8m>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³³³ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 277.

³³⁴ *Ibid.*, p. 316.

responsabilidade contratual, cumpre responder a uma indagação importante: os efeitos do *duty to mitigate the loss* podem ser estendidos à responsabilidade civil aquiliana? A resposta, aparentemente, é positiva, e buscará ser construída no tópico a seguir.

3.2.3 Possibilidade de extensão da teoria à responsabilidade extracontratual

Discorreu-se até aqui especificamente a respeito dos requisitos da aplicação da teoria da mitigação dos danos no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Sem dúvidas, a grande maioria dos trabalhos acadêmicos analisa a matéria sob a ótica da dessa espécie da responsabilidade civil, o que se deve ao fato de que, no Direito comparado e internacional, a teoria da mitigação dos danos é aplicada com muito mais frequência no âmbito contratual, havendo considerável controvérsia a respeito da sua extensão à responsabilidade aquiliana³³⁵. Como decorrência disso, são poucos os estudos do *duty to mitigate the loss* à luz especificamente desta espécie, que, como já referido, é aquela que prescinde de um vínculo jurídico prévio entre a vítima e o autor do dano³³⁶.

Sem embargo da dificuldade do tratamento do tema, entende-se que sua abordagem é de extrema importância não só do ponto de vista teórico, mas principalmente prático. Isso porque a ideia por trás da teoria da mitigação dos danos facilmente ultrapassa a barreira do Direito contratual, afinal, como já se pontuou, a teoria em comento tem suas bases na exigência geral de condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade³³⁷.

³³⁵ No âmbito do Direito francês, de forma especial, a teoria da mitigação dos danos tem sido rechaçada sob a ótica da responsabilidade civil aquiliana. Inclusive, antes mencionado caso *Dibaoui v. Flamand* envolvia essa espécie de responsabilidade. De acordo com Solène Le PAUTREMAT, no âmbito extracontratual, há uma ideia consagrada de que a vítima pode manter-se inerte e aguardar que os prejuízos se agravem, caso a culpa pela sua causação tenha sido do autor do dano (Mitigation of damage: a french perspective. **International & Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 55, p. 209, jan. 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/mitigation-of-damage-a-french-perspective/00E0A9DDBAA11FDE8A0FD41F10B2CAF5>. Acesso em: 20 abr. 2021.).

³³⁶ Nada obstante, autores que notória e amplamente debruçaram-se sobre o tema da mitigação dos danos são, em geral, favoráveis a tal posicionamento. Cita-se, por exemplo, o jurista Daniel Dias – autor de obra integralmente dedicada ao tema – que afirma que “a abrangência do *duty* foi ampliada, passando este a ser aplicado no campo da responsabilidade civil aquiliana [...]” (DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 94, jan./mar. 2011.).

³³⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 196.

Conceitualizando o debate, José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins destaca que

Para o *duty to mitigate the loss* também não é unânime a sua aplicabilidade no âmbito extracontratual. Através da pesquisa dos trabalhos acadêmicos e jurisprudenciais dos países de *common law*, nota-se que ainda há uma grande resistência de desgarrá-lo do direito contratual, embora comece aos poucos ser notada tal tendência. Para o caso brasileiro, parece ser necessário tanto o desenvolvimento da mitigação no âmbito contratual quando no extracontratual. Com efeito, os conflitos que surgem diariamente não são tão diferentes daqueles dos países que adotam o sistema da *common law*, mas o seu tratamento ainda é deficiente diante das estruturas em que se sustenta. Não se trata, portanto, de uma lacuna na legislação brasileira, mas de uma ausência inconcebível de arcabouço teórico consistente para a sua devida e correta aplicação.³³⁸ (grifo nosso)

Não se duvida da existência de diferenças substanciais entre as responsabilidades aquiliana e contratual, estas que, inclusive, foram objeto de análise no capítulo 2.2.3 desta monografia³³⁹. Como destaca Silvio de Salvo Venosa,

A responsabilidade civil contratual ocupa um campo mais limitado em relação à responsabilidade aquiliana, porque fica jungida justamente aos termos do contrato. A responsabilidade extracontratual permite voos integratórios do dever de indenizar mais profundos dentro da amplitude do art. 186.³⁴⁰

Entretanto, para se dar início à construção teórica que se pretende aqui empreender, é preciso relembrar a anteriormente tangenciada corrente que defende não haver, na prática, a dicotomia entre as duas espécies de responsabilidade civil, ante a identidade de suas finalidades e efeitos práticos³⁴¹, embora, como nos lembra Aguiar Dias, o Código Civil – tanto o de 1916 quanto o vigente – faça a distinção

³³⁸ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. ***Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro***. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

³³⁹ A três diferenças mais notáveis, apontadas no presente trabalho, foram a origem da transgressão, o momento de surgimento do vínculo e a distribuição do ônus da prova da culpa em cada um. Em nota de rodapé, registrou-se outras divergências, tais como o termo inicial para a contagem de juros, a capacidade etc.

³⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 3 contratos. p. 135-136. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027129/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!/4/20/2%400:0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. v. 4: responsabilidade civil. p. 18. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo2.xhtml!%5D!/4/2/366%400:21.8>.

entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, “regulando-as em seções marcadamente diferentes de seu texto”.³⁴²

Dita corrente, comumente chamada monista ou unitária, defende, em apertada síntese, que há uma crescente e desejada interação entre as responsabilidades aquiliana e contratual, bem como um avanço dos casos em que ocorre a violação de um dever previsto não no instrumento contratual em si, mas em lei, embora existente o vínculo jurídico negocial prévio entre as partes³⁴³⁻³⁴⁴.

Silvio de Salvo Venosa – mesmo autor antes citado para marcar um aspecto da dicotomia entre as espécies – afirma que o que se concebe por uma responsabilidade civil geral “parte, pois, de princípios fundamentais idênticos, quer esse dever de indenizar decorra do inadimplemento contratual, quer decorra de uma transgressão geral de conduta”³⁴⁵.

No mesmo sentido, é a lição de Gustavo Tepedino, que complementa:

Em última análise, a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual perde, cada vez mais, a importância de outrora, embora o Código Civil tenha dedicado dispositivos distintos para disciplinar a matéria: os arts. 186 e 187 relativos aos atos ilícitos, referem-se à responsabilidade extracontratual, e o art. 389 e seguintes cuidam da responsabilidade contratual. Por outro lado, a aproximação entre os sistemas de responsabilidade é reforçada não apenas pela unidade conceitual genérica da responsabilidade civil e pelos idênticos efeitos produzidos por ambas as espécies de responsabilidade – sujeição do agente ao dever de ressarcir os prejuízos causados –, mas também pela dinâmica distribuição da

³⁴² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 156.

³⁴³ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 257-258.

³⁴⁴ Para melhor ilustrar a ideia, cita-se um exemplo prático. Duas partes são signatárias de um contrato de compra e venda. A parte adquirente deixa de adimplir sua parte da avença, isto é, o pagamento do preço; a vendedora, após diversas tentativas de compor a dívida amigavelmente, inscreveu a devedora nos cadastros de inadimplentes. Uma vez ciente da dívida, a adquirente adimpliu seu débito. Contudo, por algum lapso – cujo exame é dispensável no caso – a parte vendedora não solicitou a retirada do nome da então devedora dos cadastros restritivos ao crédito. Passados anos de tal inscrição, a adquirente ingressa com ação judicial, pleiteando, em sede liminar, a retirada de seu nome dos órgãos arquivistas, bem como a condenação da contraparte ao pagamento de indenização por danos morais, decorrentes da manutenção da inscrição indevida. Note-se, portanto, duas particularidades do caso narrado: a primeira, a de que os danos pleiteados são de ordem extrapatrimonial; a segunda, a de que, não obstante a existência de contrato entre as partes, o dano causado não decorreu de incumprimento do contrato, mas, sim, do princípio geral do *neminem laedere*.

³⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 3 contratos. p. 135. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027129/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!4/20/2%400:0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

carga probatória, relativizando uma das principais diferenças até então apontadas.³⁴⁶

Há ainda outro motivo para justificar a aproximação entre as referidas espécies: o relevo dado à observância da boa-fé objetiva pelo Código Civil vigente, que, por certo, não é limitada às hipóteses de descumprimento contratual.

Tal tema será objeto de análise aprofundada nos tópicos subsequentes. Contudo, desde logo sublinha-se que há, em sede doutrinária, uma crítica reservada aos redatores do anteprojeto do diploma civil de 2002, no sentido de que foi reservado primordialmente ao Direito contratual a expressa previsão acerca da observância da boa-fé objetiva – o que se percebe, por exemplo, da redação dos artigos 113³⁴⁷ e 422³⁴⁸, do Código Civil – inexistindo idêntica disposição no que tange à responsabilidade extracontratual³⁴⁹.

Há, contudo, a disposição do artigo 187³⁵⁰, que versa sobre o exercício abusivo de direitos, sendo que uma das suas hipóteses é justamente a transcendência dos limites impostos pela boa-fé objetiva. Já passando-se ao exame do parco, porém valioso arcabouço doutrinário que trata especificamente sobre a aplicação da teoria da mitigação dos danos na responsabilidade civil extracontratual, Judith Martins-Costa sublinha:

As funções da boa-fé como instituto jurídico terão determinadas formas de expressão e peso conforme forem as fontes de vinculação obrigacional: nos negócios jurídicos, especialmente os contratos, forma voluntária por excelência de entrar em associação com outrem, estruturado em relação jurídica de cooperação; nos atos existenciais, compreendendo-se, então, a boa-fé como fonte de deveres de correção e consideração aos legítimos interesses alheios, tendo, portanto, função tendencialmente corretora das assimetrias. E,

³⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. p. 11. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!/4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021.

³⁴⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³⁴⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁴⁹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. O Dever de Mitigar o Prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) e a Responsabilidade Civil do Estado. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 38., 2012, Foz do Iguaçu, PR. **Anais eletrônicos...** Foz do Iguaçu, 2012. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-45.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

³⁵⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

ainda que mais tênue seja a incidência da boa-fé quanto mais distante for o contato social, mesmo naqueles gerados pelo delito (contato social mais distante), há deveres de consideração com a pessoa e com o patrimônio do lesado. **Aportes recentes à doutrina do «dever» de o credor mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate the loss), nascida e desenvolvida no âmbito da responsabilidade contratual, a estendem à responsabilidade civil extracontratual, ainda que sob diverso fundamento: não mais o dever de cooperação, próprio às relações contratuais, mas a vedação às situações de abuso, ou exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas, o fundamento legal residindo, portanto, no art. 187 do Código Civil. Nesses casos, o «dever» da vítima de não agravar o próprio dano não se explica por uma «relação de cooperação» com o autor do dano, mas se justifica negativamente, evitando-se o exercício abusivo da posição jurídica de vítima de um delito.**³⁵¹ (grifo nosso)

No âmbito da doutrina brasileira – embora, nos limites desta pesquisa, não se tenha localizado obra específica sobre a aplicação do *duty to mitigate the loss* na esfera extracontratual – é possível perceber uma tendência pela aceitação da teoria da mitigação dos danos quando o ilícito não for oriundo de descumprimento contratual³⁵².

Tomas Barros Martins Comino, citando Michael Bridge, destaca que, analisado sob a perspectiva da tradição *common law*, a responsabilidade civil não invoca uma separação, em compartimentos hermeticamente fechados, de responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual³⁵³. E complementa, afirmando que “existem institutos aplicáveis em contratos e fora deles. *A doctrine of mitigation of damages* é um exemplo”³⁵⁴.

Aproveitando a menção ao Direito comparado, frisa-se que a doutrina entende que o ônus de mitigar os próprios prejuízos, previsto no final do § 254 do BGB alemão, já trazido neste trabalho, abrange tanto a responsabilidade contratual

³⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 273-274.

³⁵² Nada obstante, o tema é enfrentado em diversas obras que abordam outros fundamentos jurídicos de forma conjunta. Registre-se, por exemplo, artigo de Alessandra Tufvesson Peixoto, que trata justamente da participação da vítima na conformação final do *quantum* indenizatório: PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 135-139. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_124.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

³⁵³ BRIDGE *apud* COMINO, Tomas Barros Martins. **As desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015. p. 30.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 30.

quanto a aquiliana, embora reconheça-se que sua aplicação é maior no âmbito da primeira³⁵⁵.

Retomando a atenção para a doutrina nacional, frisa-se que Rafael Villar Gagliardi também entende que o estudo da teoria envolve sua aplicação na responsabilidade aquiliana. Em sua obra, destaca que

A relevância da conduta do credor da indenização, quer se trate de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, para o adequado manejo dos danos, tanto na reduzida esfera privada quanto no âmbito social. Basta transpor o resultado da análise do cenário de ausência de responsabilidade civil ao caso da indiferença jurídica da inércia do credor da indenização em mitigar os danos decorrentes do inadimplemento contratual. O impacto vislumbrado será altamente negativo, dada a ausência de incentivo para mudança de um padrão de comportamento não solidário e divorciado da boa-fé, em desacordo com os ditames constitucionais e com os princípios regentes do Código Civil, em especial da socialidade e eticidade.³⁵⁶

Cumprido fazer referência, por fim, à proposta legislativa apresentada pelo autor Christian Sahb Batista Lopes, no sentido de trazer de modo expresso a teoria da mitigação dos danos ao Código Civil, por meio da inclusão de parágrafos no âmbito do art. 403, do CC/02³⁵⁷. Interessante notar, neste ponto, que, muito embora a obra do jurista seja voltada à análise da teoria sob a ótica da responsabilidade contratual, este defende, ainda que tacitamente, sua aplicação também sob a perspectiva da responsabilidade aquiliana. Isso porque a doutrina majoritária entende que o referido dispositivo legal – abarca também a responsabilidade delitual³⁵⁸, de modo que, caso o *duty to mitigate the loss* fosse ali previsto,

³⁵⁵ MAKENSINIS, UNBERATH, JOHNSTON *apud* LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 56.

³⁵⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p.14-15.

³⁵⁷ O jurista propõe a seguinte redação: “Anteprojeto de Lei. Inclui no Código Civil brasileiro o ônus de mitigar. Art. 1º. Ficam incluídos os seguintes parágrafos ao artigo 403 Anteprojeto de Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro): ‘§1º. As perdas e danos não incluem os danos decorrentes do inadimplemento que pudessem ter sido evitados ou reduzidos pelo credor com o emprego de medidas ou esforços razoáveis de sua parte. §2º. A indenização devida ao credor deverá ser reduzida no montante dos ganhos por ele obtidos que não seriam auferidos se não fosse pelo inadimplemento. §3º. As perdas e danos abrangem as despesas razoáveis feitas pelo credor na tentativa de evitar ou reduzir os danos decorrentes do inadimplemento.’ Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação” (LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 247).

³⁵⁸ Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho afirma que “Embora o art. 403 fale em *inexecução*, o que é próprio da responsabilidade contratual, está consolidado o entendimento de que também se aplica

certamente estaria sanada a questão também com relação à responsabilidade extracontratual³⁵⁹.

Em suma, como destaca José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, a complexidade da vida contemporânea autoriza que os fundamentos que antes eram aplicados primordialmente no âmbito contratual se estendam para a esfera extracontratual³⁶⁰.

Com efeito, não se desconhece a existência de decisões contrárias a tal entendimento³⁶¹. No entanto, entende-se que tal oposição merece ser superada, considerando os benefícios da aplicação da teoria da mitigação dos danos em qualquer espécie do gênero responsabilidade civil.

Naturalmente, um estudo mais aprofundado – quiçá integralmente dedicado – acerca da possibilidade de aplicação da teoria da mitigação dos danos à responsabilidade aquiliana é, de fato, necessário.

No presente trabalho, optou-se por um breve cotejo acerca do uso do *duty to mitigate the loss*, tendo por base o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, objetivando, justamente, lançar as bases para um eventual exame mais esquadrihado do tema, sempre atual e importante.

à responsabilidade delitual” (CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 71).

³⁵⁹ Em outra obra do mesmo autor, este defende expressamente a possibilidade de extensão dos efeitos do *duty to mitigate the loss* à responsabilidade civil extracontratual: LOPES, Christian Sahb Batista. O chamado ‘duty to mitigate’ na responsabilidade civil. *In*: MILAGRES, Marcelo de Oliveira; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017. p. 148.

³⁶⁰ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. A recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, p. 328, dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.83761>. Acesso em: 24 abr. 2021.

³⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0020863-12.2011.8.26.0577**. Acidente/seguro de veículo. Indenização. Ação regressiva. Violação do dever de parada obrigatória. Inaplicabilidade do “duty to mitigate the loss”, restrito ao Direito contratual. Apelante: Ademir Leonardo. Apelado: Brasil Veículos Companhia de Seguros. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Marcondes D Angelo, 10 de setembro de 2012. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=00950F99E29F64043052388C9E579B1C.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0020863-12.2011&foroNumeroUnificado=0577&dePesquisaNuUnificado=0020863-12.2011.8.26.0577&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_a8215ffaddb74702a1bf206e633d74a1&g-recaptcha-response=03AGdBq25Ytqc n71jyPpIKRa2ZRwszkgA6LpMGK1K0GUURhYTrFoV4d6GOzUyYp7RdB5pdjL7A95H5yig9pQnK5hK8_hTLQiZ5OKOh9e73E1TKbW5FjAk5sFKqjpmE8DWIXADXBm9NBSyOqa9huluKli9J1BfgogXEo oSio73Stl9xvSn4n_vqCR2GhvAtnGb0FtAi1Nelkk0jyBrSzN8DJJE2FyagIRZXEWSz9qe2Z_OU2mQ3lz4-IJHdyGK1e6PkKnIKn2dYMNG22JK56lomKd38rwX-GqCqP4wja3FVFP7CSt8t_TQ-TXg8RhrQhEpnRkqmhkRPP5PvtmuEjYAEc5hXmH9puMHbQDHko56KG36KjrAfL4PYsX0w8Sej6e3AQXXuiLkKxQqGXyoYOibJIVTcPzUmuv2qpSUfbMs1vq_IAPRGppQ5-lisfO1rjkkBI-aPSdtSypUJ#?cdDocumento=18. Acesso em: 28 abr. 2021

4 A ESTRUTURA JURÍDICA DE APLICAÇÃO DA NORMA DA MITIGAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL

Conforme já destacado, o fato de ser possível transferir institutos jurídicos do Direito comparado para o Direito nacional não exige o intérprete de realizar um atento balanceamento não apenas da compatibilidade do instituto com o sistema jurídico do país no qual pretende introduzi-lo, mas, também, dos fundamentos de sua aplicação no âmbito do ordenamento do qual ela foi extraída.

Sobre essa possibilidade de aplicação de institutos jurídicos de outros países, Eugênio Facchini Neto aponta que

A utilidade do direito comparado parece óbvia. Em vez de se tentar reinventar a roda a cada geração e em cada espaço geográfico, procura-se inicialmente tomar conhecimento de soluções já aventadas e experimentadas em outros quadrantes jurídicos. Em um mundo cada vez mais globalizado e tendente a certa homogeneização, em que situações assemelhadas surgem em diversos países, é racional utilizar-se de categorias, institutos, ideias para se solucionar casos aparentados. Pode-se não acertar na primeira tentativa, mas praticamente todo avanço acaba passando pelo processo de tentativas e erros (*trial and error*), com posterior correção da trajetória.³⁶²

De fato, não é incomum a circulação de modelos jurídicos, ou, em outras palavras, a importação de noções de Direito advindas de outros ordenamentos. Contudo, também não é incomum que tais importações sejam feitas de forma acrítica, sem que se compreenda a essência de aplicação do modelo “importado” no sistema no qual este surgiu. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “Soluções prestigiadas em outros sistemas e que passam a circular por meio de microrrecepções – expressas ou silenciosas – não são nunca transplantáveis, mas tão somente *acomodáveis por via de certas mutações e adaptações*”³⁶³.

Com a teoria da mitigação dos danos não é diferente. Foi justamente para executar as fundações do estudo que será edificado neste momento é que, inicialmente, empreendeu-se o exame de noções já consagradas no âmbito da

³⁶² FACCHINI NETO, Eugenio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula*: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 13, p. 249-279, out./dez. 2017.

³⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 611.

responsabilidade civil, notadamente seus conceitos e pressupostos que alicerçam a aplicação do instituto, com destaque para o princípio da reparação integral, que norteia a aferição dos danos indenizáveis.

Em um segundo momento, buscou-se traçar o caminho percorrido pelo *duty to mitigate the loss*, desde sua concepção na *common law*, passando-se por sua introdução nas normas do Direito Comercial Internacional até se alcançar o início do tratamento da teoria no ordenamento pátrio. Tal base é essencial para que, neste momento, seja possível examinar a natureza jurídica e os efeitos que a figura da mitigação dos danos reserva ao Direito brasileiro.

Superado – mas, certamente, não esgotado – tal exame, cumpre, agora, empreender um estudo sobre os diferentes entendimentos tomados pela doutrina acerca da aplicação prática da teoria da mitigação dos danos no Brasil. A percepção de incidência da teoria varia de forma significativa entre os autores que abordam a temática, a qual tampouco é imune a críticas, que serão objeto de abordagem no decorrer deste capítulo.

4.1 A experiência jurídica pátria a respeito da aplicação da teoria

No decorrer deste trabalho, diversas foram as oportunidades em que se analisou o Direito e, de modo especial, a responsabilidade civil, sob a ótica não mais de subordinação entre as partes de uma relação jurídica, mas, sim, de colaboração entre elas, tendo-se na mesma conta os interesses do devedor e do credor, ambos dignos de tutela³⁶⁴.

É nesse contexto que se inserem a lei e os princípios jurídicos, os quais “são chamados a atuar para impor as pautas informadoras da cooperação na relação obrigacional”³⁶⁵.

Assim também ocorre com a boa-fé objetiva, que se faz presente em diversos dispositivos da atual legislação civil brasileira, sendo cláusula geral de amplo espectro de aplicação e cuja observância é obrigatória independentemente da relação jurídica de que se está tratando, isto é, seja ela de ordem contratual ou extracontratual.

³⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 342. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/pageid/359>. Acesso em: 21 abr. 2021.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 343.

De acordo com António Manuel Menezes Cordeiro, a boa-fé incide justamente naquelas zonas não reguladas pelas codificações, seja por um lapso do legislador, seja por mera impossibilidade técnica ou mesmo linguística³⁶⁶. Nas exatas palavras do autor, o “lugar da boa-fé é na criação e adaptação do Direito, pelas necessidades dogmáticas do sistema”³⁶⁷.

Um dos reflexos da incidência da boa-fé, especificamente quando aplicada às relações negociais, consiste na possibilidade de avaliação e flexibilização do grau de zelo e diligência esperados do credor e do devedor no caso concreto. Em outras palavras, a depender das circunstâncias, exige-se da parte que detém maior poder na relação concreta – seja ele econômico, político, jurídico ou informacional – um acréscimo dos deveres de diligência³⁶⁸.

É nesse sentido que a jurista Judith Martins-Costa inaugura tópico sobre o dever de mitigar o próprio prejuízo em uma de suas obras em que trata do tema, e é também dessa forma que se introduz, no presente trabalho, os debates acerca da natureza jurídica da teoria no âmbito do Direito pátrio.

É com base nesse pano de fundo que, neste capítulo, em um primeiro momento, será realizada uma análise sobre os fundamentos dogmáticos de recepção da regra da mitigação no Brasil, especialmente verificando-se a lacuna existente sobre o tema no ordenamento pátrio (4.1.1), a natureza jurídica assumida pela teoria (4.1.2) e seu possível enquadramento como comportamento vedado pela cláusula geral da proibição do abuso de direito (4.1.3).

4.1.1 Fundamentos da recepção da teoria no Direito pátrio

Os comentários anteriores, envolvendo a circulação de institutos jurídicos estrangeiros, não faria sentido se, no ordenamento que os recebe, não houvesse, de fato, uma lacuna a ser preenchida. É necessário que, para além do cuidado com a conformação desses institutos com o sistema que os recebe, se verifique, antes de mais nada, se existe algum espaço legislativo em branco que necessite de complementação.

³⁶⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 46

³⁶⁷ Ibid., p. 46.

³⁶⁸ Ibid., p. 344.

Para compreender-se exatamente onde e por que cabe introduzir em nosso sistema jurídico uma norma oriunda do Direito externo, cumpre revisitar alguns conceitos que assumem primordial importância no exame sobre os fundamentos de recepção da teoria da mitigação dos danos no Brasil. Fala-se, aqui, da função social do contrato e do princípio constitucional da solidariedade.

O fenômeno da constitucionalização do Direito Civil consiste em atividade hermenêutica da legislação civil à luz dos princípios e direitos fundamentais constitucionais, insculpidos na Constituição Federal (CF)³⁶⁹, os quais se sobrepõem às relações interprivadas e aos interesses particulares³⁷⁰. Sobre o tema, Pietro Perlingieri afirma que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora, bem como que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”³⁷¹.

Um desses direitos fundamentais e, por conseguinte, vetores da ordem jurídica nacional, é o princípio da dignidade da pessoa humana. E, para garantir-se uma existência digna³⁷², as relações interpessoais devem, necessariamente, envolver lealdade, cooperação e transparência recíprocas, noções que, inclusive, podem ser sintetizadas no princípio da boa-fé objetiva³⁷³, que será a seguir examinado.

Outro princípio de abordagem essencial no presente trabalho é o da solidariedade, este também de ordem constitucional³⁷⁴, cuja observância é obrigatória no âmbito de todas relações sociais. Tal exigência, antes reservada à moral humana, exige a conformação de todo e qualquer tipo de relação social aos preceitos dela decorrentes, de modo que “a busca da solidariedade depende de um

³⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

³⁷⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I: introdução ao Direito civil. p. 29. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990367/epubcfi/6/20%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dfm03%5D/4/30%400:25.4>. Acesso em: 14 maio 2021.

³⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. p. 6.

³⁷² Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

³⁷³ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 67.

³⁷⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

‘sistema nervoso central’ que comande os diversos órgãos. Tal papel [...] é desempenhado pelo direito”³⁷⁵.

A ordem constitucional brasileira exige, portanto, que as partes voltem seus atos a uma postura cooperativa, não abusando de outrem ou exercendo seus direitos além dos limites de sua finalidade social³⁷⁶. Sem uma visão solidarista, voltada à dimensão social que envolve as relações interpessoais, não há como se atingir as finalidades básicas previstas em nosso Texto Constitucional.

Afinal, como recorda Pontes de Miranda, “todos os homens têm o dever, nas relações com os outros (= no tráfico da vida) de proceder de tal modo que evitem danos aos outros e a si mesmos”³⁷⁷.

Ademais, considerando que se está tratando de uma sociedade voltada primordialmente para a geração de riqueza, falar-se do princípio da solidariedade implica, necessariamente, em fazer-se menção ao princípio da função social do contrato, tida pela doutrina como uma faceta do solidarismo constitucional³⁷⁸.

Segundo Álvaro Villaça Azevedo, os negócios jurídicos desempenham relevante papel no âmbito social, uma vez que, “pelos contratos, os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia de seus interesses e não um meio de opressão”³⁷⁹.

Com efeito, a função social do contrato externa verdadeira limitação à autonomia da vontade das partes em razão da já mencionada necessidade de aplicação interna da vocação social do contrato e do *standard* comportamental voltado à colaboração entre os contratantes³⁸⁰.

³⁷⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 151.

³⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: _____ (coord.). **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos de Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 297.

³⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXII. p. 284.

³⁷⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 71.

³⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. v. 3: teoria geral dos contratos. p. 32. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609703/pageid/32>. Acesso em: 14 maio 2021.

³⁸⁰ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 19. ed. v. 3: contratos e obrigações comerciais. São Paulo: Grupo GEN, 2019. p. 54. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986421/epubcfi/6/24%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11%5D!4/86/2/10%5Bpg54a6%5D/2%400:0>. Acesso em: 14 maio 2021.

Por meio da expressa previsão contida no art. 421, do CC/02³⁸¹, o legislador demonstrou sua preocupação com a pauta axiológica constitucional³⁸² e, de modo especial, com aqueles fundamentos previamente mencionados neste tópico: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

Referido dispositivo legal, de acordo com Judith Martins-Costa,

[...] indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em caráter geral, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como limite da liberdade de contratar; e c) situa a função social como fundamento da mesma liberdade.³⁸³

Veja-se, portanto, que todos esses conceitos estão naturalmente conectados, de tal modo que não se pode falar em um sem que, em algum momento, se trate dos demais. Todos, ao fim e ao cabo, ressignificam a autonomia privada em alguma medida: embora não se desconheça de tão importante preceito, conquistado após décadas de luta por liberdade, este encontra seus limites justamente na ordem estrutural de nosso sistema de Direito, isto é, na compreensão da codificação civil como um “todo de significações”³⁸⁴, em que cada norma contida no Código volta-se para uma finalidade específica, com vistas a conferir operabilidade de fato ao sistema, ultrapassando-se a mera teoria³⁸⁵.

O contrato, afinal, é tido “como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico, e não mais dos interesses dos contratantes isoladamente considerados”³⁸⁶. A propósito, nas palavras de Emilio Betti, a autonomia privada e o negócio jurídico não consagram a faculdade de um “querer no

³⁸¹ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

³⁸² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 76.

³⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, p. 42, maio 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revDireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 14 maio 2021.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 42.

³⁸⁵ REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 12.

³⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 1042. A propósito, nas exatas palavras dos juristas, “[o negócio jurídico] será considerado como abuso de Direito (art. 187, CC) – ato ilícito objetivo – pela desproporção entre o exercício da situação jurídica e o resultado a que se propõe”.

vazio³⁸⁷; mesmo porque, por força do art. 113, do CC/02³⁸⁸, sua interpretação perpassa, necessariamente, o filtro da boa-fé objetiva.

Na mesma direção dos conceitos até aqui examinados, o *duty to mitigate the loss* compatibiliza-se com os anseios mais primitivos e basilares de solidariedade e justiça, aqui relacionados diretamente com o instituto da responsabilidade civil.

Rafael Villar Gagliardi, aduz:

o exercício da pretensão indenizatória por parte do credor [...] não ocorre num vácuo jurídico [...]. Pelo contrário. Ocorre no seio da ordem jurídica, sujeitando-se aos seus valores e seus limites, sejam estes externos ou internos ao próprio direito fundante do exercício em causa.³⁸⁹

Ademais, cumpre destacar que a regra da mitigação dos danos assume papel valorativo de enorme importância em nosso ordenamento. Para melhor ilustrar um dos possíveis planos de aplicação da teoria da mitigação dos danos, cita-se o exemplo trazido por Christian Sahb Batista Lopes em obra específica sobre o tema:

Um panificador faz um contrato de longo prazo com um fornecedor de trigo, que, não obstante o seu compromisso, interrompe a entrega das mercadorias. Está o credor – panificador – autorizado a cruzar os braços e cobrar todos os prejuízos (danos emergentes e lucros cessantes) do fornecedor pelo período restante do contrato? Ou deverá buscar no mercado a quantidade de trigo de que precisa, limitando seus danos à diferença entre o valor de mercado e o preço contratual?

Um agricultor adquire sementes e percebem que têm aspecto e cor incomuns. Deverá não as utilizar e procurar determinar se estão boas para o plantio? Ou poderá empregá-las na plantação e, posteriormente, ao verificar que não brotaram, recuperar de seu fornecedor todos os custos com o plantio e os lucros cessantes relativos àquela safra?³⁹⁰

De fato, um cenário de inércia do credor quando este razoavelmente poderia ter atuado com vistas a minimizar os danos por ele próprio sofridos, com a única pretensão de, futuramente, obter do devedor a reparação pela integralidade dos

³⁸⁷ BETTI, Emilio. **Teoria general del negócio jurídico**. Lima: Ara Editores, 2001. p. 54.

³⁸⁸ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³⁸⁹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 176-177.

³⁹⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 13.

prejuízos experimentados, provoca no leitor profundo senso de injustiça³⁹¹, relacionado, primordialmente, com a alegação da própria torpeza pela parte credora.

Percebe-se que são dois os momentos que causam esse desconforto: o primeiro, caracterizado como uma omissão, consiste justamente na inatividade do credor que, face à ocorrência de um ato ilícito (seja ele contratual ou extracontratual), permanece inerte e não age com vistas a minimizar os prejuízos por ele próprio experimentados, quando assim podia tê-lo feito; o segundo, uma ação, traduzida na pretensão desse mesmo credor de buscar a reparação da integralidade dos prejuízos decorrentes do evento danoso, não descontando do *quantum* postulado aqueles danos que, se tivesse adotado uma postura diligente, poderia ter mitigado.

A ideia por trás da teoria da mitigação dos danos – a qual será aprofundada nos tópicos subsequentes – é justamente essa: aquele que se vê diante de um inadimplemento contratual (ou de um ato ilícito, se considerarmos possível a aplicação da teoria no âmbito da responsabilidade aquiliana, na linha do que foi sustentado no capítulo 3.2.3) tem a incumbência de minimizar os danos dele oriundos, sob pena de não ser indenizado pela integralidade dos prejuízos experimentados³⁹².

Assim, não restam dúvidas de que a exigência da mitigação está em perfeita sintonia com os objetivos fundamentais constantes do texto constitucional, indo desde a proteção da dignidade da pessoa humana e a concretização do solidarismo, até exercer função externalizadora do princípio da função social do contrato³⁹³.

³⁹¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 175-176.

³⁹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 29, jul./set. 2012. Ainda nas palavras do renomado autor: “Em termos gerais, afirma-se que o prejudicado pela inexecução contratual tem o dever de mitigar o dano, sob pena de não ser integralmente ressarcido pelo prejuízo sofrido. Por outras palavras, entende-se que a parte inadimplente não responde pelos danos que o prejudicado poderia ter reduzido, se tivesse se comportado de maneira diligente”).

³⁹³ Cabe frisar que a teoria da mitigação dos danos possui um amplo espectro de aplicação e pode ser analisada sob a ótica de outros institutos além da responsabilidade civil. É o caso, por exemplo, da sua incidência no âmbito do processo civil: o tema já foi objeto de estudo de Fredie Didier Jr., que empreendeu um exame envolvendo a boa-fé objetiva no âmbito processual, relacionando-a com o *duty to mitigate the loss* (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 171, p. 35-48, maio 2009). Todavia, para fins de delimitação da matéria, optou-se, neste trabalho, pela abordagem da teoria à luz de nosso sistema de responsabilização civil.

Com efeito, o núcleo da noção de mitigação, do qual decorrem seus efeitos, consiste justamente na

Constatação de que o credor omissor, justamente após haver deixado de adotar medidas razoáveis teoricamente aptas a mitigar os prejuízos decorrentes da falta havida, pretende receber do devedor indenização por todos os danos verificados, inclusive a totalidade daqueles que poderiam ter sido facilmente evitados pela sua conduta.³⁹⁴

Nesse norte, embora a discussão exista, é praticamente consenso na doutrina que não há, em nosso sistema legal, uma exigência expressa de que o credor, diante de um inadimplemento contratual da contraparte, deva agir para reduzir os danos decorrentes desse evento.

Cabe frisar, nesse ponto, que não se desconhece a existência de exemplos específicos de dispositivos cuja noção central é a prevenção ao agravamento de danos – tratam-se dos arts. 430³⁹⁵, 769³⁹⁶ e 771³⁹⁷, todos do CC/02. Com efeito, embora a ideia por trás da teoria da mitigação dos danos não seja de todo estranha em nosso ordenamento, as normas citadas acima referem-se a tipos muito específicos de relações jurídicas – seguro e negócio jurídico entre pessoas ausentes –, não se estendendo automaticamente a todos os tipos de relações negociais (e muito menos extracontratuais). Ademais, trata-se de regra implícita, apreensível a partir do exame finalístico dos referidos dispositivos legais; não há, certamente, um ônus expresso determinando o respeito ao *duty to mitigate the loss*.

Contudo, inexistente consenso doutrinário acerca da (in)existência de lacuna a ser preenchida pelo *duty to mitigate the loss* em nosso ordenamento. Cita-se, no

³⁹⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 176.

³⁹⁵ Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.” Note-se, contudo, que a consequência estipulada pelo legislador para a inobservância dessa obrigação é a indenização pelos prejuízos derivados dessa falta de diligência. Conforme se abordará com profundidade neste capítulo, não é este o efeito reservado à teoria da mitigação dos danos, uma vez que, apesar de que a expressão utilizada para tratar sobre a mesma versa sobre um dever, não se pode cogitar do surgimento, em prol do devedor, de uma pretensão de ser ressarcido pelos danos (supostamente) decorrentes dessa omissão.

³⁹⁶ Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o Direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

³⁹⁷ Art. 771. Sob pena de perder o Direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências

ponto, o entendimento de Daniel Dias, para quem o legislador não deixou quaisquer espaços em branco que autorizem a introdução da mencionada regra, estando esta inserida no escopo do art. 403, do CC/02³⁹⁸, do dispositivo que versa sobre a limitação da indenização aos danos direta e imediatamente decorrentes do evento danoso. Segundo o autor,

A irressarcibilidade do dano evitável era prevista no art. 1059 do Código Civil de 1916 e é atualmente prevista no art. 403 do Código Civil. O dano evitável é tradicionalmente solucionado pela doutrina e tribunais brasileiros por meio da tradição do dano evitável como dano indireto, não havendo, portanto, a pressuposta lacuna para a recepção de uma figura estrangeira.³⁹⁹

O autor prossegue defendendo sua posição com base no fato de que, além das dificuldades e riscos relacionados à recepção de institutos estrangeiros, a introdução equivocada destes no ordenamento que os recepciona teria o condão de gerar decisões judiciais que, além de aplicarem tais figuras de forma errônea e descontextualizada, também acabam ferindo dispositivos legais presentes no sistema jurídico do país⁴⁰⁰.

Ainda de acordo com Daniel Dias, a eventual aplicação equivocada do instituto enseja consequências negativas em duas ordens: a primeira, no sentido de que “o julgador, pensando que está aplicando um instituto estrangeiro, decide de maneira distinta ao que prevê a legislação brasileira”⁴⁰¹; de outro, resulta no fato de que “a decisão, contrariamente ao que pensa o julgador, é também distinta à forma com que se dá a aplicação do instituto no Direito estrangeiro”⁴⁰².

Em que pese a posição adotada pelo autor, que em muito contribuiu para a difusão da noção de mitigação dos danos no Brasil, tem-se que o enquadramento da teoria da mitigação dos danos como corolário do art. 403 não encontra eco no restante da doutrina, o que se deve ao fato de que o *duty to mitigate the loss* não interfere no liame entre fato e dano; a omissão do credor não colabora para a causação do evento danoso.

³⁹⁸ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁹⁹ DIAS, Daniel. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 181.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 181-182.

⁴⁰¹ Ibid., p. 182.

⁴⁰² Ibid., p. 182.

O art. 403 está intrinsecamente relacionado ao pressuposto do nexo causal, abordado no primeiro capítulo deste trabalho, o qual, contudo, não é rompido ou mesmo abrandado em razão da inobservância da regra da mitigação dos danos, que opera seus efeitos tão somente após a superveniência do evento danoso⁴⁰³.

Tal posição, portanto, é minoritária no meio doutrinário, que, em geral, entende pela inexistência de uma norma apta a integrar de forma automática o *duty to mitigate the loss* no Direito Brasileiro. Com efeito, verificada a existência de uma lacuna legislativa e conceitual no ordenamento pátrio, bem como constatada a relevância da teoria em análise para a concretização dos valores fundantes do sistema, o exame da matéria merece prosseguir, no intuito de se identificar a “moldura” jurídica que mais bem recepiona a regra em comento. Os próximos tópicos, portanto, serão dedicados à análise da estruturação da teoria da mitigação dos danos no ordenamento jurídico pátrio.

4.1.2 A qualificação jurídica da teoria

A discussão em torno da natureza jurídica da regra da mitigação dos danos não é novidade no Direito estrangeiro e internacional, como já verificado ao longo do capítulo 3.1, e o debate prossegue no âmbito do ordenamento brasileiro. A problemática possui relevância sobretudo prática, haja vista que é justamente o enquadramento jurídico da teoria que determinará a sua eficácia no caso concreto. A discussão, portanto, emerge da seguinte dúvida: a mitigação dos danos possui natureza de dever ou de ônus?

Como visto no capítulo precedente, parte da doutrina e também da jurisprudência associa o *duty to mitigate the loss* a um dever correlato à boa-fé objetiva. Para tanto, constrói-se o raciocínio no sentido de que a boa-fé, na sua

⁴⁰³ Nesse sentido, Rafael Gagliardi destaca que “a atividade de mitigação, contudo, implica a preexistência do inadimplemento, isto é, da conduta devida, somada à subsequente inércia do credor vitimado. De modo que a aludida regra [do art. 405] não poderia servir para atribuir relevância jurídica à atividade de mitigação, como e resto, não se pode reduzir a mitigação a um simples problema de causalidade. Tal característica vem indicada inclusive na doutrina estrangeira, como se pode colher, à quisa de ilustração, dos escritos de Adam Kramer, para quem ‘the duty to mitigate can only apply to post-breach acts or omissions’” (GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 203).

função integrativa⁴⁰⁴, cria deveres laterais entre as partes de uma relação obrigacional – estes que, como o nome já diz, ultrapassam as barreiras da prestação em si –, de modo que o movimento do credor, no sentido de ao menos tentar minimizar seus próprios prejuízos, demonstraria a observância deste ao seu dever de cooperação.

É o que defende, por exemplo, Daniel Carnacchioni:

A mitigação do próprio prejuízo constituiu um dever de natureza acessória, anexo, decorrente da boa conduta que deve existir entre os negociantes. Faz parte, portanto, do dever de colaboração entre as partes contratantes. Além de caracterizar conduta abusiva por omissão, tal comportamento viola o art. 422, na medida em que não há a devida colaboração e proteção do outro contratante, deveres fundamentais a serem observados antes, durante e após o contrato.⁴⁰⁵

No mesmo sentido, Véra Fradera assim consignou na exposição de motivos do Enunciado nº 169, da III Jornada de Direito Civil da CJF:

No sistema do Código Civil brasileiro de 2002, de acordo com o disposto no art. 422, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao atual Código, adota uma concepção cooperativa de contrato. Aliás, no dizer de Clóvis do Couto e Silva, *todos os deveres anexos podem ser considerados como deveres de cooperação*.⁴⁰⁶ (grifou-se)

Na mesma direção, posicionam-se certos órgãos fracionários de nossos Tribunais que, ao aplicar a teoria em estudo, traçam um paralelo com o conceito de deveres anexos decorrentes da cláusula geral da boa-fé, frequentemente fazendo uma associação com o art. 422, do CC/02⁴⁰⁷.

Apenas a título exemplificativo – haja vista a existência de diversos julgados nesse mesmo sentido⁴⁰⁸ –, cita-se o Recurso Especial nº 1.201.672/MS⁴⁰⁹. O caso

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 572 e seguintes.

⁴⁰⁵ CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 788.

⁴⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: CJF, 2005. p. 175.

⁴⁰⁷ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴⁰⁸ Relembre-se, neste ponto, que o já citado Recurso Especial nº 758.518/PR, considerado pela doutrina como um dos marcos da recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro, teve como fundamento jurídico justamente o fato de que “a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame

concreto envolvia a relação jurídica entre um banco e seu cliente, em que o primeiro demorou cerca de cinco anos para cobrar uma dívida incorrida pelo segundo. Por esse motivo, o juiz de 1º grau, embora tenha julgado procedente a ação de cobrança ajuizada pela instituição financeira, deixou de aplicar encargos moratórios – isto é, juros, correção monetária e multa – entre a formação do débito e a data de propositura da demanda, como uma espécie de penalidade pela injustificada demora na persecução do valor, em que pese respeitado o prazo prescricional para o exercício da pretensão. A decisão do magistrado foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul em grau recursal, razão pela qual foi interposto o referido Recurso Especial perante o STJ.

Em seu voto, o Relator, Ministro Lázaro Guimarães decidiu por afastar a incidência da figura no caso concreto, dando, portanto, provimento ao recurso, o que fez com base no seguinte fundamento:

[...] Entende-se que, em tais casos, a interpretação mais adequada é aquela que somente autoriza a aplicação do *duty mitigate the loss* quando, além do exercício tardio do direito de cobrança pelo credor, houver violação de uma legítima confiança anteriormente estabelecida na relação jurídica em que o credor, por outras condutas ou circunstâncias de fato, fez crer ao devedor que a dívida não mais seria cobrada, ou quando houver a violação de algum dever anexo ao contrato (lealdade, confiança, cooperação etc.), devidamente comprovado nos autos.

Veja-se que, no caso em comento, o STJ condicionou a aplicação da teoria da mitigação dos danos à prova da violação, por parte do credor, de um dever anexo decorrente da boa-fé objetiva, que se somaria à inobservância do dever de mitigar. Destarte, além da demora do exercício do direito de ação, seria necessário que a parte credora tivesse violado “alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o

desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade”. Veja-se, pois, que o voto vencedor associa a teoria da mitigação dos danos a um dever anexo afluente da boa-fé objetiva, assim como fizeram diversos julgados de cortes estaduais, federais, bem como o egrégio STJ.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.201.672/MS**. Ação de cobrança. Contrato de cartão de crédito. Aplicação do princípio *duty to mitigate the loss*. Inviabilidade no caso concreto. Recorrente: Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda. Recorrido: Antonio Gentil Rodrigues. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 27 de novembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1658300&num_registro=201001332866&data=20171127&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor”.

Não se desconhece que, à primeira vista, a construção doutrinária que se buscou ilustrar nas linhas acima parece correta, uma vez que a boa-fé, na sua acepção objetiva, assume um papel de relevância primordial no âmbito das relações jurídicas, configurando verdadeiro *standard* comportamental a ser seguido⁴¹⁰. Por que não abrigar o *duty to mitigate the loss* sob o manto do art. 422, do CC/02, tornando a teoria mais uma das ramificações diretas de princípio tão fundamental para o Direito Civil pátrio?

Ocorre que se falar em dever, na significação jurídica do termo, possui uma série de implicações cuja compatibilidade com a teoria da mitigação dos danos, constitui matéria tormentosa, especialmente no que tange aos efeitos decorrentes de tal enquadramento.

Conforme já sublinhava Pontes de Miranda, a todo dever corresponde um direito⁴¹¹ e, portanto, ao surgimento de uma pretensão. Na mesma direção, o ex-Ministro do STJ, Eros Grau, observa que “o dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado”, e deve, portanto, ser compulsoriamente cumprido, sob a pena de ser imposta uma sanção à parte que descumpriu a obrigação, ante seu agir ilícito⁴¹².

Ainda sobre o conceito jurídico de dever – cuja delimitação de conteúdo, por certo, é de extrema importância no presente tópico –, este deve ser compreendido como verdadeiro vínculo limitador da vontade do sujeito aos limites dos interesses

⁴¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 176. A autora, sobre a função de abertura do sistema desempenhada pelas cláusulas gerais – dentre elas a da boa-fé objetiva –, dispõe que “quanto ao reenvio extrassistemático, que um *standard* comportamental reconhecido como arquétipo exemplar de determinada experiência concreta; ou uma diretiva econômica; ou um valor moral; ou um rol de precedentes judiciais, se considerados de *per se* não são, por evidente, normas juridicamente vinculantes com caráter geral. **Contudo, mediados pelas fontes legal e jurisprudencial – uma, ao plasmar a cláusula geral, outra, ao preencher concretamente o seu significado – poderão «ingressar» no sistema jurídico, sendo as cláusulas gerais a via tecnicamente adequada para essa finalidade.** Pode, então, o *standard* reenviar a um valor moral, exemplificativamente, a probidade na relação contratual. Trata-se, contudo, de moral jurídica, e não pré-jurídica ou ajurídica, isto é, trata-se de moral juridicamente controlável, porque provinda de fonte reconhecida pelo Ordenamento e traduzida por decisões juridicamente fundamentadas no próprio sistema. Já então se poderá dizer que o objeto do reenvio está no plano do jurídico, e não em outro plano ou instância do todo social”.

⁴¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. V. atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 73.

⁴¹² GRAU, Eros. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 06 maio 2021.

de sua contraparte; o seu descumprimento será caracterizado como um ilícito, e sua consequência será a aplicação de uma sanção⁴¹³.

Tendo essas considerações em mente, e seguindo a linha de raciocínio até aqui empreendida, poder-se-ia conceber que, caso o credor falhe no seu pretense **dever** de mitigar os próprios prejuízos, nasceria para o devedor um **direito subjetivo** e, por conseguinte, a pretensão de buscar a indenização por perdas e danos em face do credor pelo descumprimento do dever lateral de colaboração, inerente à boa-fé objetiva.

Entretanto, é praticamente assente, tanto na academia quanto em nossas Cortes, que a violação da regra da mitigação dos danos não importa em inadimplemento⁴¹⁴, até mesmo porque, caso assim o fosse, atrairia para seu núcleo os consectários da violação das obrigações (art. 389 e seguintes, do CC/02), o que não se cogita no âmbito da teoria.

Com efeito, a não adoção de uma postura diligente pelo credor após a superveniência do evento danoso causado pelo devedor não enseja para esse último o nascimento da pretensão à reparação civil das perdas e danos sofridos, desdobramento típico do descumprimento de um dever, seja ele de ordem contratual ou legal. É nessa direção que caminham os precedentes abordados, os quais, embora situem o *duty to mitigate the loss* e os deveres anexos na mesma circunscrição, acabam por prescrever consequências diversas da obrigação de indenizar por parte do credor que não observou tal regra.

É, de fato, imperioso o destaque para esta constatação até certo ponto curiosa: o fato de que a doutrina e a jurisprudência, em grande parte das vezes que aborda o instituto do *duty to mitigate the loss* como um dever anexo afluyente da boa-fé objetiva, o faz consignando a ressalva de que a sua inobservância tem como efeito a redução da indenização, e não o surgimento de uma pretensão indenizatória para o devedor.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa exarou parecer, situando a teoria da mitigação dos danos como dever anexo, mas consignando que sua eficácia consiste na redução do *quantum* indenizável:

⁴¹³ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação do prejuízo no Direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. **Revista de Direito Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, p. 120, abr./jun. 2016.

⁴¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 608.

Um dos mais prestantes serviços do princípio da boa-fé objetiva foi ter proporcionado a ‘descoberta dogmática’ da ocorrência, na relação obrigação, de deveres de colaboração e lealdade imputados a ambos os figurantes da relação obrigacional (CC, art. 422). Por isso mesmo, [...] pode o credor ofender a boa-fé pela violação do dever de não agravar os danos acaso existentes, na medida em que lhe cabe o dever de mitigação dos danos. De acordo com esse dever, a parte que alega ter ocorrido descumprimento do contrato deve tomar todas as medidas plausíveis para mitigar o dano. **Do contrário, a outra parte poderá pleitear a redução das perdas e danos, em proporção equivalente ao montante do prejuízo que poderia ter sido reduzido, mas não o foi [...]**⁴¹⁵ (grifo nosso)

Recorde-se que é também nessa direção que caminha o Direito comparado e internacional. Nos países em que há tempos a teoria da mitigação dos danos é utilizada, a inobservância de tal regra por parte do credor não enseja descumprimento contratual e, por conseguinte, o surgimento da obrigação de indenizar⁴¹⁶. Cite-se, por exemplo, o texto da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que contempla o *duty to mitigate the loss* em seu art. 77, enquanto que as hipóteses de inadimplemento contratual estão pormenorizadas no art. 25. A distância descritiva opera, dentre outras razões, como forma de discernir estrutural e materialmente os dois institutos⁴¹⁷.

De fato, não há dúvidas de que, ao se falar em inobservância de dever anexo ou lateral decorrente da boa-fé objetiva, está-se admitindo a existência de um direito subjetivo à indenização pelos prejuízos decorrentes de tal hipótese de descumprimento contratual. Por outro lado, em que pese os equívocos relacionados à terminologia jurídica, doutrina e jurisprudência são praticamente uníssonas no sentido de que a inobservância da regra da mitigação não enseja o dever de indenizar por parte do credor.

É justamente nesse contexto, portanto, que se passa a examinar o conceito de ônus, figura que, aparentemente, se enquadra com maior precisão na acepção jurídica teórica e prática da teoria da mitigação dos danos.

⁴¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 585.

⁴¹⁶ O exame foi empreendido no capítulo 3.1 do presente trabalho.

⁴¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 608.

Nas palavras de Pontes de Miranda, enquanto o dever tem de sempre ser analisado em relação a alguém, “o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”⁴¹⁸.

Prosseguindo com a doutrina de Eros Grau, antes citado para delimitar os contornos da noção de dever, se está a tratar de um ônus “quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”⁴¹⁹.

O ônus, como se vê, é caracterizado por um agir em defesa de interesses pessoais, não se cogitando de um superveniente direito subjetivo. Com efeito, a inobservância injustificada de um ônus, no que diz respeito à teoria da mitigação dos danos, não acarreta inadimplemento contratual, mas, sim, cinge-se apenas em reduzir o valor da reparação a que faz jus o credor em decorrência dos danos advindos do ilícito perpetrado pelo devedor⁴²⁰. As consequências de sua inércia, por conseguinte, serão impostas ao próprio credor, e não à sua contraparte.

No ponto, é imperioso transcrever a posição de Rafael Villar Gagliardi, para quem

Embora seja nominalmente tratada como uma penalidade, a consequência imposta [...] como decorrência da não observância da regra de mitigação não constitui sanção na acepção técnica e mais restrita do termo. **É certo que, em termos leigos, muito provavelmente a parte demandante sentiu-se penalizada com a diminuição do valor da indenização. Contudo, o que juridicamente ocorreu foi algo muito próximo à concretização da consequência do descumprimento de um ônus.** Ou seja: a parte demandante teve tolhida uma posição jurídica favorável, em razão de seu próprio comportamento.⁴²¹ (grifou-se)

⁴¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. III. p. 410.

⁴¹⁹ GRAU, Eros. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 1181, jan. 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 06 maio 2021.

⁴²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 609.

⁴²¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 200. Cumpre frisar, no ponto, que o autor, no trecho transcrito, está fazendo referência ao já citado Recurso Especial nº 758.518, apreciado pela Terceira Turma do STJ em 2010. Não obstante, dada a similitude de planos de fundo jurídicos entre os dois precedentes, a transcrição da posição do autor mostrou-se pertinente e necessária no caso concreto.

Para Judith Martins-Costa, há, na teoria da mitigação dos danos, elementos de ônus e de dever lateral⁴²². Destarte, a fusão entre as duas noções aproxima-se da figura do *Obliegenheit* alemão, examinada no capítulo 3.1.2 deste trabalho. António Menezes Cordeiro, por seu turno, defende a introdução da figura de ônus material ou encargo – que seria uma espécie de tradução do instituto derivado do ordenamento jurídico da Alemanha –, de modo que “o encargo corresponde estruturalmente a um dever; segue, no entanto, um regime particular: é um dever de comportamento que funcionando também no interesse de outras pessoas, não possa, por estas, ser exigido no seu comportamento”⁴²³.

Como não poderia ser diferente, o enquadramento da teoria da mitigação dos danos como ônus – ou mesmo encargo – também padece de objeções e, certamente, não é de todo satisfatória⁴²⁴. Uma das críticas tecidas pela doutrina é no sentido de que, não existindo dispositivo legal que expressamente o preveja, não há como se cogitar uma pressuposição da exigência da mitigação dos danos por parte do credor⁴²⁵.

De fato, a matéria é tormentosa e segue ensejando discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, ainda que em menor grau. No entanto, o debate é sempre válido e essencial, haja vista a relevância prática da teoria da mitigação dos danos e os seus possíveis efeitos no âmbito de nosso ordenamento, até como forma de reduzir as possíveis contradições decorrentes da importação de um conceito jurídico alheio ao sistema de Direito brasileiro.

Fato é que a mesma doutrina que articula críticas ao enquadramento também reconhece a relevância do instituto da mitigação de danos, de modo que é imprescindível a busca por uma solução para o imbróglio. Destarte, será abordado no próximo tópico o possível enquadramento da teoria da mitigação dos danos como um espectro de incidência da cláusula geral de vedação ao abuso de direito, resposta extremamente plausível, completa e legítima para a questão.

⁴²² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 609.

⁴²³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 2007. v. I. p. 359.

⁴²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 609.

⁴²⁵ GAGLIARDI, op. cit., p. 211-212.

4.1.3 A teoria da mitigação dos danos como hipótese de abuso de direito

No tópico precedente, examinou-se a posição assumida por uma fração da doutrina brasileira a respeito do enquadramento do *duty to mitigate the loss* como dever anexo decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva. Embora feita a reflexão sobre as dificuldades (e mesmo incoerências) jurídicas decorrentes da adoção do referido entendimento, este “possui o inegável mérito de identificar o citado elemento ético e de colocar a boa-fé objetiva como fundamento da necessidade de mitigação de danos pelo credor”⁴²⁶.

De fato, o conceito de boa-fé é de difícil definição. António Manuel Menezes Cordeiro, todavia, muito bem define seus contornos, ao afirmar que

Não é possível, em termos abstractos, determinar áreas **imunes** à boa fé; ela é susceptível de colorir toda a zona de permissibilidade, actuando ou não consoante as circunstâncias. Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa fé: **ela reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objectivos externos.**⁴²⁷ (grifo nosso)

Trata-se a boa-fé, em verdade, de norma com alta carga de abstração, que gravita sobre todo o ordenamento jurídico⁴²⁸. Mais que isso, constitui cláusula geral capaz de propiciar a expansão do horizonte do instrumento contratual para, com base nas particularidades das circunstâncias objetivas, adaptar a interpretação de suas cláusulas ao tempo e espaço de sua celebração e cumprimento, “extravasando o perímetro da relação e dos fatores situacionais que só a ela respeitam, para estender aos dados estruturais que a condicionam e modelam”⁴²⁹.

Por outro lado, nas palavras de Miguel Reale, a boa-fé, embora seja de difícil conceituação, não é um mandamento meramente abstrato ou teórico, mas, sim “uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas

⁴²⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 194.

⁴²⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 649.

⁴²⁸ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 51.

⁴²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p.1047.

consequências”⁴³⁰. Desse modo, a boa-fé deve ser interpretada como *conditio sine qua non* da concretização dos valores previstos na legislação constitucional e infraconstitucional.

Com efeito, embora não se possa qualificar a regra da mitigação dos danos como dever lateral, a teoria da mitigação dos danos está estreitamente ligada à concretização das funções assumidas pela boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio. Afinal, é justamente tal princípio que “permite o diálogo com valores, princípios, padrões e arquétipos de condutas”⁴³¹ não expressamente positivados, mas de igual – ou mesmo superior – importância para o sistema de Direito, atuando lado a lado com as normas expressamente previstas.

É com base nessas premissas que o presente tópico buscará demonstrar a posição, adotada por considerável parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras, no sentido de enquadrar o *duty to mitigate the loss* como comportamento esperado em razão da cláusula geral de repressão do exercício abusivo de direitos, preceito que, como visto, tem na boa-fé uma de suas balizas, consoante se extrai da leitura do art. 187, do CC/02⁴³².

Não se olvida que o abuso de direito, analisado no capítulo 2.2.2 desta monografia, estritamente vinculado à teoria objetiva da responsabilidade civil, à luz da teoria da mitigação dos danos enseja a retomada de alguns conceitos importantes e a apresentação de noções relacionadas ao abuso de direito e à boa-fé.

Em verdade, existe uma verdadeira interseção entre a boa-fé objetiva e a vedação do abuso de direito⁴³³. As duas cláusulas gerais exercem o idêntico papel de propiciar ao julgador a tarefa de corrigir o exercício de prerrogativas jurídicas, de modo a conformá-las com os valores perseguidos pela ordem jurídica nacional. A propósito, Rafael Gagliardi observa que

⁴³⁰ REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 30 maio 2021.

⁴³¹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 140.

⁴³² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, **pela boa-fé** ou pelos bons costumes. (grifo nosso)

⁴³³ LOPES, op. cit., p. 159.

[...] a boa-fé objetiva concentra a constelação de vetores cardeais do sistema que a vedação ao abuso de direito foi concebida para tutelar. Pode-se, então, dizer que constitui uma dimensão exterior do abuso de direito. E ademais dessa dimensão, encontra-se também em seu núcleo, como uma das causas de atuação da cláusula geral em questão. **A boa-fé objetiva constitui, portanto, fundamento e hipótese de incidência da cláusula geral de vedação ao abuso de direito.**⁴³⁴

Destarte, uma das consequências da atividade legislativa voltada para a concretização da boa-fé – notadamente a que culminou no Diploma Civil de 2002 – foi a introdução expressa da ideia de controle da abusividade do exercício de direitos subjetivos na ordem jurídica brasileira⁴³⁵. Tal figura tem por fundamento justamente a proteção da confiança e das legítimas expectativas depositadas entre as partes de uma relação jurídica, estas que decorrem da finalidade precípua do postulado da boa-fé em nosso sistema de Direito.

Nesse sentido, a partir da cláusula geral da vedação ao abuso de direito, nota-se um duplo aspecto da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro: o positivo, de criação de deveres anexos, e o negativo, de proibição da tomada de certos comportamentos ou proibição do exercício de determinadas pretensões⁴³⁶.

Tem-se, portanto, que a regra da mitigação dos danos pode ser enquadrada nessa segunda hipótese, uma vez que o credor que permaneceu inerte em face do descumprimento contratual perpetrado pela contraparte viu seu direito de pleitear a recomposição econômica pelas perdas e danos “transbordar para o campo da ilicitude derivada da abusividade por destoar dos cânones da boa-fé objetiva e do solidarismo contratual”⁴³⁷.

A propósito, Bruno Miragem destaca que uma das principais contribuições da teoria do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro consiste no “reconhecimento dos limites, e sua referência à correlação necessária entre os direitos e interesses

⁴³⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 215.

⁴³⁵ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense: 2020. v. 2: obrigações. p. 38-40. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990008/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idr.ef%3Dhtml12%5D!4/52%400:4.29>. Acesso em: 03 mai. 2021.

⁴³⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito português e brasileiro. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.) **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 55.

⁴³⁷ GAGLIARDI, op. cit., p. 205.

individuais e os direitos e interesses sociais, limitando e conformando os direitos subjetivos quando de sua manifestação dinâmica [...]”⁴³⁸, característica intrinsecamente ligada à ideia de mitigação dos danos pelo credor.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto são autores que posicionam o *duty to mitigate the loss* como um dos espectros de aplicação da cláusula geral de vedação ao abuso de direito. Os respeitados juristas, embora reconheçam os direitos detidos pelo credor – dentre os quais a possibilidade de exigência do cumprimento integral da obrigação –, consignam que, se este se omite de maneira excessiva, “comprometendo e agravando a situação jurídica do devedor, estará caracterizado o abuso do direito. É aplicação efetiva e direta da boa-fé objetiva, impondo um comportamento ético ao credor, consistente em não prejudicar o devedor”⁴³⁹.

De fato, a inércia do credor vitimado pelo inadimplemento contratual e o exercício da pretensão indenizatória, a princípio, aparentam ser dois atos lícitos e legítimos do ponto de vista estrutural, e, inclusive, compatíveis com as regras da responsabilidade civil. No entanto, se combinados com o fato de que este mesmo credor poderia ter empreendido esforços razoáveis para minimizar os danos decorrentes do descumprimento do contrato, a busca por uma reparação integral desses danos ganha contornos de ilicitude, diante de sua abusividade, tratando-se, pois, de um ato ilícito complexo, de caráter objetivo⁴⁴⁰.

Ao agir (ou melhor, se omitir) desta maneira, o credor que não realiza esforços razoáveis para mitigar os próprios prejuízos “deixa de contribuir para tornar mais eficientes as relações econômicas, obrando em desarmonia com a racionalidade econômica que leva à geração e circulação de riqueza dentro de uma sociedade”⁴⁴¹⁻⁴⁴².

⁴³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

⁴³⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

⁴⁴⁰ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 205.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 206-207.

⁴⁴² A temática da análise econômica da responsabilidade civil e sua estreita relação com o *duty to mitigate the loss* transborda os limites do presente trabalho, na medida em que mereceria estudo a ela integralmente dedicado. Sobre a matéria, recomenda-se a obra de Eugênio Battesini: BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil

Com efeito, a inércia do credor em mitigar os danos quando poderia tê-lo feito dentro das limitações razoáveis do caso concreto faz com que este se afaste dos valores que regem nosso ordenamento e que preenchem o suporte fático do abuso de direito – ofensa aos fins econômicos e sociais, à boa-fé e aos bons costumes –, revelando, assim, a ausência de legítimo interesse na obtenção de ressarcimento integral dos danos sofridos.

Segundo Rafael Villar Gagliardi, que defende ser o recurso ao abuso de direito a resposta mais acertada do ponto de vista jurídico-formal para o enquadramento jurídico da regra da mitigação,

O credor que recosta e aguarda comodamente o recebimento da prestação assumida pelo devedor inadimplente, quando possível uma ação mitigadora com medidas apenas razoáveis, afasta-se dos foros da boa-fé objetiva, pois que seu agir egoísta escapa aos limites da lealdade contratual e aos deveres de cooperação e de proteção da contraparte, impostos pelo aludido princípio cardinal do sistema jurídico pátrio. Faz letra morta da solidariedade prevista no art. 3º, inc. I, da Constituição Federal e transmitida ao Código Civil por meio dos princípios da socialidade e eticidade e das cláusulas gerais previstas no citado diploma, em especial a boa-fé objetiva, a função social do contrato e a vedação ao abuso de direito.⁴⁴³

Christian Sahb Batista Lopes também concorda que o abuso de direito pode ser tido como um dos fundamentos de recepção da regra da mitigação dos danos na ordem brasileira⁴⁴⁴. Importante sublinhar uma percepção do autor, no sentido de que,

no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

⁴⁴³ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 211.

⁴⁴⁴ Anote-se, por outro lado, que o autor discorda da possibilidade de a teoria da mitigação dos prejuízos ferir os limites impostos pelos fins econômicos ou sociais do Direito exercido abusivamente, estes que são outros possíveis fundamentos de aplicação da regra contida no art. 187. Isso porque “o credor pretenderá exercer seu Direito à indenização por um dano que, efetivamente, sofreu em seu patrimônio e que foi causado pelo inadimplemento do devedor”, de modo que a busca pela reparação será exercida em conformidade com a finalidade econômica e social do Direito de ver seu patrimônio restituído. Tal conclusão, no entanto, de modo algum interfere ou mesmo contraria o ponto abordado neste tópico, porquanto o que se defende, aqui, é posicionar juridicamente o *duty to mitigate the loss* como instrumento recepcionado tanto pela boa-fé objetiva quanto pela cláusula geral de vedação do abuso de Direito, sendo a conjugação de ambos a técnica mais acertada do ponto de vista não só lógico, mas também jurídico-formal. (LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 157).

ao se enquadrar o *duty to mitigate the loss* no âmbito do art. 187, do CC/02⁴⁴⁵, está se afirmando, por decorrência lógica, que este também é aplicável à responsabilidade civil extracontratual, haja vista que o mencionado dispositivo legal está situado na Parte Geral da codificação civil. Segundo o respeitado jurista,

[...] para que o exercício do direito de indenização de indenização não seja abusivo, o seu titular deverá ter agido de acordo com a boa-fé, de maneira leal e correta, tentando minimizar os prejuízos pelo emprego de esforços razoáveis, **seja seu direito pleiteado com base em um contrato ou com base na responsabilidade aquiliana.**⁴⁴⁶ (grifo nosso)

Tal conclusão, anote-se, vai ao encontro do quanto exposto no capítulo 3.2.3 desta monografia, no sentido de que a teoria da mitigação dos danos é aplicável, também, aos casos de responsabilidade delitual.

Em que pese feitas as anotações pertinentes acerca do enquadramento do ônus de mitigação dos danos pelo credor como comportamento controlado pela repressão ao abuso de direito, o presente tópico não poderia ser encerrado sem, antes, fazer-se um esclarecimento a respeito dos possíveis efeitos decorrentes do recurso à cláusula geral contida no art. 187 para fundamentar a recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito pátrio, muito embora as consequências jurídicas da aplicação desta figura serão profundamente analisadas no âmbito do capítulo 4.2 a seguir.

Sabe-se que, quando conjugado com o art. 927⁴⁴⁷, do CC/02, o ilícito fundado no exercício abusivo de direitos enseja para o autor do dano o dever de reparar os prejuízos experimentados pela vítima, desde que preenchidos os demais pressupostos da responsabilidade civil objetiva⁴⁴⁸.

Para solucionar este imbróglio, é preciso retomar uma característica da cláusula geral em exame, já analisada ao final do capítulo 2.2.2 do presente ensaio, mas que, neste momento, assume especial relevância: trata-se do amplo leque de possíveis efeitos que podem decorrer da aplicação da cláusula geral da vedação ao

⁴⁴⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um Direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁴⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 159-160.

⁴⁴⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁴⁸ Tais pressupostos foram analisados no capítulo 2.2.1 e 2.2.2 do presente trabalho.

abuso de direito, este que é muito mais amplo do que a eficácia reparatória extraída da conjugação dos arts. 187 e 927, conforme referido no parágrafo supra.

De fato, não se desconhece a existência de parcela da doutrina que se apoia em uma interpretação restritiva do abuso de direito, isto é, que esse assume unicamente a consequência de gerar para a vítima a pretensão de se ver ressarcida pelas perdas e danos experimentados. Trata-se, contudo, de uma posição minoritária no meio acadêmico, de modo que a grande maioria dos autores entende que a repressão ao exercício abusivo de posições jurídicas, justamente por representar uma cláusula geral de nosso sistema, pode materializar-se por meio de diversas outras consequências jurídicas. É justamente esse raciocínio que se buscará construir nas próximas linhas, sempre tendo em vista os apontamentos já realizados no capítulo precedente.

Afora o surgimento da teoria do abuso do direito por obra da jurisprudência francesa, na metade do século XIX, com aplicação inicial no direito de propriedade e nas relações de vizinhança⁴⁴⁹, cabe, aqui, destacar seu ingresso e desenvolvimento no ordenamento jurídico alemão, que muito influenciou a recepção do instituto no Brasil⁴⁵⁰.

Na Alemanha, o abuso de direito foi resultado de construção jurisprudencial envolvendo a §242 do BGB⁴⁵¹, que trata da observância da boa-fé objetiva, cumulado com a §826⁴⁵², dispositivo que, por seu turno, traz uma hipótese de aplicação bastante restrita e subjetiva do abuso, envolvendo a conduta do agente voltada unicamente à causação de um dano, isto é, lastreada por um elemento anímico.

A utilização isolada desse segundo dispositivo pelas Cortes revelou-se mínima, ante a clara dificuldade de se provar o elemento de vontade do agente. A

⁴⁴⁹ Sobre o tema, vide: MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 85-93.

⁴⁵⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 154.

⁴⁵¹ “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*” Tradução nossa: O devedor é obrigado a efetuar a execução conforme exigido pela boa fé e com o devido respeito aos costumes. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html. Acesso em: 10 maio 2021.

⁴⁵² “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*” Tradução nossa: Qualquer pessoa que deliberadamente prejudique outra pessoa de maneira contrária aos bons costumes é obrigada a compensar a outra pelo dano. Disponível em: [gesetze-im-internet.de/bgb/_826.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_826.html). Acesso em: 10 maio 2021.

solução encontrada pela jurisprudência foi conjugá-lo com a §242, assim encontrando uma fórmula que permite não apenas a reparação dos danos como possível solução para o caso concreto, mas, também, a adoção de outras alternativas que melhor se enquadrem à hipótese, ampliando-se, assim, o plano de eficácia do instituto do abuso de direito⁴⁵³.

Na mesma linha do que ocorre no sistema de Direito alemão, o ordenamento pátrio confere discricionariedade ao julgador para que, à luz do caso concreto, eleja, dentre as sanções possíveis, aquela que melhor se encaixa ao exercício abusivo de direito verificado na hipótese, sempre com vistas a assegurar a observância da boa-fé objetiva, dos fins sociais ou econômicos e dos bons costumes⁴⁵⁴. A propósito, a classificação do abuso de direito como cláusula geral, a separação entre o suporte fático no art. 187 e os efeitos no art. 927 e a consequente inexistência de um rol taxativo de penalidades em face de sua desobediência são características que legitimam a possibilidade de o julgador eleger a consequência jurídica que mais bem se aplica ao caso concreto⁴⁵⁵.

Os enunciados 37⁴⁵⁶, 414⁴⁵⁷ e 539⁴⁵⁸ do CJF não poderiam ser mais claros quanto à amplitude dos efeitos da cláusula geral do abuso de direito, instituto que, embora tenha suas raízes na responsabilidade civil, a ela não se limita, desbordando para outras esferas do Direito⁴⁵⁹, pois detentor de eficácia transversal⁴⁶⁰.

⁴⁵³ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 88.

⁴⁵⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 160.

⁴⁵⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 124.

⁴⁵⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil**. A responsabilidade civil decorrente do abuso do Direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 11 maio 2021.

⁴⁵⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil**. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do Direito. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/228>. Acesso em: 16 abr. 2021.

⁴⁵⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 539 da VI Jornada de Direito Civil**. O abuso de Direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>. Acesso em: 11 maio 2021.

⁴⁵⁹ A propósito, quando se abordou o abuso do Direito como uma das possíveis perspectivas de aplicação da teoria objetiva da Responsabilidade Civil, mencionou-se a figura do *venire contra factum proprium*, sendo que ainda há outras fórmulas do Direito, derivadas da vedação ao exercício abusivo do Direito, que não necessariamente implicam o surgimento do dever de

O entendimento é endossado por Judith Martins-Costa, para quem as figuras parcelares de concreção da boa-fé objetiva por meio do abuso de direito⁴⁶¹ têm o condão de gerar eficácia indenizatória caso sobrevenham danos dessa atuação. Contudo, há casos em que, de modo diverso, a eficácia do exercício abusivo do direito “[...] será a de paralisar o exercício jurídico ou permitir o exercício de tutelas de remoção do ilícito”⁴⁶².

Por fim, para ilustrar de modo mais claro o possível enquadramento da teoria da mitigação dos danos como conduta regulada pela cláusula geral inserta no art. 187, colaciona-se a posição adotada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.731.351/RS⁴⁶³, apreciado pela 2ª Turma, em 25 de agosto de 2020, em que a inobservância do *duty to mitigate the loss* foi reconhecida como hipótese de exercício abusivo do direito.

O caso envolvia um servidor público municipal, então autor, que havia sido exonerado dos Quadros de Servidores do Município requerido, em razão da sua aposentadoria voluntária pelo Regime Geral de Previdência. Em face de tal ato, ajuizou ação ordinária de reparação de danos com pedido liminar de reintegração, cujos pedidos foram julgados parcialmente procedentes, com a decretação de

indenizar. É o caso, por exemplo, do *tu quoque*, cuja noção principal é a da proibição de que o titular de uma determinada situação jurídica viole uma norma cogente e, em seguida, invoque a mesma norma para prevalecer-se das consequências decorrentes de tal violação. Na visão de Rafael Villar Gagliardi, o *duty to mitigate the loss* aproxima-se da figura do *tu quoque*, uma vez que “no caso da mitigação, os danos decorrentes do inadimplemento, em maior ou menor medida, atingem sua conformação final por conta da omissão praticada, é dizer, poderiam não ter se configurado danos de tamanha monta caso o credor tivesse abandonado a inércia e atuado conforme os preceitos da boa-fé objetiva, da atividade e da solidariedade” (GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 209).

⁴⁶⁰ Nas palavras de Claudia Lima Marques, “[...] estamos frente a uma cláusula geral do sistema geral do Código Civil de 2002, como a do art. 187 do CC/02, ainda mais uma cláusula geral incluída sistematicamente na Parte Geral, logo transversal e aplicável a todos os livros deste Código e mesmo [...] a todo o Direito Privado” (MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Prefácio, p. 13).

⁴⁶¹ A título exemplificativo, o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, o adimplemento substancial, dentre outros.

⁴⁶² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 670-671.

⁴⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.731.351/RS**. Servidor público. Reintegração. Pretensão de recebimento de indenização pelo período de afastamento. Improcedência. Longo período sem questionamento do ato de exoneração. Violação dos princípios da boa-fé objetiva e do *duty to mitigate the loss*. Recorrente: Oreste Secco. Recorrido: Município de Erechim. Relator: Ministro Og Fernandes, 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800658898&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 30 maio 2021.

nulidade do ato de exoneração⁴⁶⁴ e a condenação da municipalidade ré ao pagamento de indenização ao autor, correspondente à remuneração, às vantagens e aos reflexos devidos no período em que ficou o servidor afastado do serviço público.

O TJRS, em reexame necessário, reformou em parte a sentença, afastando a condenação à indenização dos conseqüentários antes mencionados, inicialmente deferida pelo juízo de piso. Tal decisão teve por base o fato de que o requerente aguardou mais de quatro anos para a propositura da ação de reintegração. Com efeito, embora não tenha sido desrespeitado o prazo prescricional para o exercício da pretensão, tal inércia demonstrou uma postura desidiosa por parte do requerente em manifestar sua irresignação, seja por via judicial, seja na via administrativa.

Diante desse *decisium*, o servidor público autor interpôs o mencionado Recurso Especial, este que confirmou os termos do acórdão recorrido, acrescentando que a conduta do recorrente importou em “violação do princípio do *duty to mitigate the loss*, conseqüentário da boa-fé objetiva, de acordo com o qual é dever do credor mitigar as suas próprias perdas, sob pena de incorrer em abuso de direito”.

Veja-se que, no caso destacado, o “direito” consiste na propositura de ação de obrigação de fazer, cumulada com pretensão indenizatória, dentro do prazo prescricional para tanto – o que foi respeitado. Violado o seu direito, o requerente aguardou mais de quatro anos, sem qualquer motivo justificável, para buscar sua reintegração ao serviço público, de modo que permaneceu sem laborar por todo esse longo período. Destarte, o Contudo, o “abuso” do direito reside no fato de que pleiteou em juízo, além da decretação de nulidade do ato de desligamento, a condenação do ente público à indenização da integralidade das vantagens que, em princípio, lhe seriam devidas.

Cabe, por fim, a ressalva de que o enquadramento jurídico ora analisado está distante de ser imune a críticas⁴⁶⁵. Há doutrinadores, por exemplo, que entendem

⁴⁶⁴ Cumpre enfatizar que a análise dos fundamentos da decisão que culminou na reintegração do requerente ao quadro de servidores não se coaduna com os objetivos do presente trabalho, notadamente porque envolve questões de Direito Público, que aqui não estão em debate. Nesse sentido, o tratamento do precedente se limitará ao exame dos pontos que envolvem a teoria da mitigação dos danos. Para mais detalhes sobre o caso, vide apelação cível nº 70068898907, acórdão que apreciou a sentença em reexame necessário.

⁴⁶⁵ Cite-se, por exemplo, a posição adotada por Gustavo Santos Kulesza, para quem o abuso do Direito pressupõe a existência de “uma situação jurídica ativa (essencialmente um Direito) que possa ser exercida de forma abusiva”. A mitigação dos danos, por seu turno, “pressupõe

que enquadrar a teoria da mitigação dos danos no âmbito do abuso de direito seria equivocado, haja vista que a sua verdadeira razão de ser reside no princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual nele deve fixar suas raízes⁴⁶⁶.

Nesse sentido, um apontamento é necessário: utilizando as palavras do filósofo Michael Walzer, “a justiça é uma construção humana e é duvidoso que só haja uma maneira de a atingir”⁴⁶⁷. Em sendo, como visto, a introdução da teoria da mitigação dos danos no Brasil um reflexo da busca pela concreção dos princípios da boa-fé objetiva, da lealdade e da solidariedade contratual, não é exagero frisar, mais uma vez, que não se ignora os outros possíveis fundamentos de recepção do *duty to mitigate the loss* propostos pela doutrina. Aliás, pelo contrário: tais entendimentos são igualmente embasados e, portanto, merecem ser respeitados⁴⁶⁸.

Buscou-se neste trabalho empreender um estudo específico acerca da doutrina da mitigação dos danos sob a ótica da proibição do abuso de direito, certamente sem, contudo, se deixar de reverenciar outras possíveis soluções para o tema. Contudo, e como já fora referido, reputa-se correto (do ponto de vista jurídico-formal) aproximar as figuras da boa-fé e do abuso de direito, este último assumindo a materialização da função corretora daquela, para justificar a introdução da teoria da mitigação dos danos no Brasil.

justamente o oposto: não há permissão, mas sim, dever (*rectius*: ônus) do credor de mitigar seu prejuízo, de modo que sua inércia implica sanção”. O autor – que adota uma perspectiva restritiva sobre o ilícito previsto no art. 187 – prossegue defendendo que “o abuso de Direito configura ato ilícito [...]. Nessa esteira, se a ausência de mitigação de danos fosse considerada abuso de direito, o credor estaria obrigado a indenizar o devedor inadimplente” (KULESZA, Gustavo Santos.

Princípio da mitigação de danos: evolução no Direito contratual. Curitiba: Juruá, 2015. *passim*).

⁴⁶⁶ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 91.

⁴⁶⁷ WALZER, 1999 *apud* SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁴⁶⁸ Cite-se, por exemplo, eventual proposta de recepção da teoria como espécie de *venire contra factum proprium*. Tal figura, contudo, traz em seu cerne a ideia de que é vedado o exercício tardio de uma posição jurídica de forma contrária ao comportamento adotado anteriormente (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 742). Perceba-se que, nessa hipótese, há duas posições jurídicas que, de forma independente, são consideradas lícitas em si mesmas. Ou seja, a responsabilidade fundada na proibição do comportamento contraditório se efetiva a partir “(i) [d]a contradição entre duas posições de uma mesma pessoa, diferidas no tempo, enquanto fato criador da confiança; (ii) a adesão do confiante a essa posição; (iii) a realização, por parte do confiante, de um ‘determinado investimento de confiança’, ou seja, a concretização de uma conduta fundada na confiança criada” (CARVALHO, op. cit. p. 171). Por outro lado, no âmbito da teoria da mitigação dos danos, necessariamente deve haver uma conduta contrária ao Direito, isto é, o ato ilícito ou o descumprimento contratual, perpetrados por uma das partes, bem como, após a causação do dano, uma postura omissiva adotada pela outra parte, condutas essas que devem ser isoladamente consideradas.

Superado, portanto, o estudo envolvendo a demarcação jurídica do *duty to mitigate the loss*, passa-se a examinar a sua aplicação na prática dos tribunais pátrios, estudo que somente poderá ser empreendido mediante toda a base acima desenvolvida.

4.2 Consequências jurídicas da aplicação da teoria

Toda a construção teórica empreendida nos capítulos anteriores não faria sentido se nossas cortes não aplicassem, de maneira efetiva, a teoria da mitigação dos danos. Como se viu, a finalidade última do conceito examinado neste trabalho é extremamente louvável, mesmo porque decorre da observância de um princípio que norteia todas as relações interpessoais que interessam ao Direito, que constituiu meio para a concreção das finalidades constitucionais de nosso ordenamento jurídico: a boa-fé objetiva.

Conforme já se teve a chance de pontuar, a doutrina, apesar de divergir a respeito da qualificação jurídica de recepção do *duty to mitigate the loss* no Brasil, é relativamente tranquila no que concerne a sua eficácia na prática. Por certo, não se pode afirmar que os tribunais aplicam a regra da mitigação dos danos na mesma direção, até mesmo porque, como mencionado, inexistente regra expressa em nossa legislação orientando sua aplicação. Contudo, na grande maioria das vezes, a consequência jurídica imposta pelo julgador é a mesma: a limitação da indenização devida pelo devedor àqueles danos que o credor não poderia ter evitado com sua atitude ativa e diligente.

Em que pese a relativa tranquilidade quanto ao tópico, sua abordagem é essencial pois envolve, dentre outros aspectos, a conformação dos efeitos da teoria ao ordenamento jurídico brasileiro, que não contém norma expressa a respeito. Além disso, cumpre verificar – como já sinalizado no tópico anterior – não só as consequências da não mitigação para o credor que foi vítima do evento danoso e permaneceu inerte diante de prejuízos que poderia ter minimizado ou não agravado, mas, também, os reflexos de sua desídia em um cenário macro, em que se atinge interesses de terceiros alheios à relação concreta.

Destarte, neste segundo subcapítulo, empreender-se-á uma análise acerca dos reflexos práticos da teoria, examinando-se, por primeiro, a sua compatibilidade com o princípio da reparação integral (4.2.1), partindo-se para o estudo dos efeitos

jurídicos da inobservância da norma da mitigação dos danos para o credor inerte (4.2.2), avançando-se, por fim, ao exame da postura que se espera do julgador previamente à aplicação do *duty to mitigate the loss* e seus efeitos no caso concreto, adentrando-se no estudo de um litígio bastante recorrente no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, de modo a evidenciar que os aspectos até aqui destacados não se restringem ao plano da teoria (4.2.3).

4.2.1 Compatibilidade com o princípio da reparação integral

A abordagem do princípio da reparação integral empreendida já no primeiro capítulo deste trabalho não foi por acaso. Conforme mencionado, o princípio em questão está situado na base do nosso sistema de responsabilidade civil, de modo que eventuais figuras integradas a esse sistema necessariamente devem passar pelo filtro da regra contida no artigo 944, do Código Civil. Adianta-se, desde já, que ambas as noções – a teoria da mitigação dos danos e a reparação integral – são plenamente compatíveis, e que, inclusive, a primeira é, de certa forma, uma das formas de concretização de tão importante princípio. Explica-se.

O princípio da reparação integral, cujo fundamento reside na já abordada noção de justiça corretiva ou protetiva, é a de zelar pela reparação do lesado, seja os danos por ele sofridos de ordem material ou moral, na forma mais ampla possível⁴⁶⁹.

A importância desse princípio para o sistema de reparação civil brasileiro reside no fato de que a “fixação do *quantum* indenizatório é um dos momentos em que a responsabilidade civil pode atuar como instrumento para efetivação do princípio da dignidade humana”⁴⁷⁰.

Com efeito, o art. 944 de nosso Código⁴⁷¹ traz a ideia de que o agente que deu causa ao evento danoso, cujas consequências negativas impactaram na esfera

⁴⁶⁹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 445. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/22/4/2@0:0>. Acesso em: 14 mar. 2021.

⁴⁷⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *In*: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 145.

⁴⁷¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

jurídica de terceiros, é obrigado a reparar de forma integral as perdas e danos experimentados pela(s) vítima(s)⁴⁷².

Em que pese a inegável relevância do princípio em exame para o sistema de responsabilidade civil pátrio⁴⁷³, que constitui elemento estruturante da organização social e decorre do *neminem laedere* romano, este não pode ser reputado como absoluto, no sentido de que a indenização sempre deva corresponder à totalidade do dano. Naturalmente, as limitações, circunstâncias e particularidades do caso concreto devem ser tidas em conta pelo julgador no momento da fixação dos danos indenizáveis⁴⁷⁴.

Aliás, como já estudado no capítulo 2.1.3 desta monografia, as limitações podem ser decorrentes da lei (como o que ocorre quando há excessiva desproporção entre a culpa e o dano, bem como a redução da indenização quando há concorrência de culpas, hipóteses previstas no artigo 944, parágrafo único e no artigo 945 do Código Civil, respectivamente) ou de ordem negocial, como é o caso da pactuação de cláusula penal compensatória e de cláusula de limitação de responsabilidade⁴⁷⁵.

Feita essa breve recapitulação de alguns aspectos já vistos em momento anterior no presente trabalho, cumpre, agora, verificar se, de fato, há motivos para uma eventual resistência no ingresso da teoria da mitigação dos danos no Brasil, sob o fundamento de que esta confronta o princípio da reparação integral.

Relembre-se, neste ponto, que um dos motivos da resistência do sistema de Direito francês quanto à introdução da norma de mitigação dos danos no país consiste no entendimento de que ideia por trás do *duty to mitigate the loss* não se coaduna com sistemas informados pelo princípio da reparação integral, este que teve seu berço na própria França. Adotando posição contrária, Solène Le Pautremat

⁴⁷² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 231.

⁴⁷³ A importância conferida pelos sistemas de Direito civil e processual civil ao princípio da reparação integral não se restringe ao plano teórico. O artigo 391, do Código Civil, por exemplo, dispõe que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Tal noção é replicada pelo Código de Processo Civil, cujo artigo 789 determina que “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Perceba-se que a causação de um ilícito faz criar um vínculo jurídico específico entre o autor do dano e sua vítima, empenhando todo o patrimônio do primeiro para que aumentem as chances de reparação integral dos prejuízos do segundo, noção que decorre da função reparadora do princípio da reparação integral.

⁴⁷⁴ GAGLIARDI, op. cit., p. 232-233.

⁴⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.

registra que, sendo a função da responsabilidade civil eminentemente reparatória, a corrente doutrinária que defende a incompatibilidade entre os dois conceitos aproxima-se de um “ranço de vingança contra o agente causador do dano”⁴⁷⁶, o que não se pode cogitar quando da aferição dos danos indenizáveis.

Nessa esteira, o *duty to mitigate the loss* não confronta o princípio da reparação integral, mas, sim, constitui hipótese de sua concretização. De fato, é compreensível o temor quanto à violação do princípio da reparação integral quando, no caso concreto, o credor vítima do descumprimento contratual viesse a pleitear indenização total pelos prejuízos experimentados, sem descontar aqueles danos que poderia ter evitado por meio de medidas mitigatórias razoáveis ao seu alcance.

Beatriz Veiga Carvalho expõe o problema e, também, a solução:

Aqui, de fato, estar-se-ia avaliando uma situação em que os danos concretos suportados pela vítima seriam superiores ao valor da indenização, o que, numa análise perfunctória, poderia sugerir uma patente violação ao princípio da reparação integral e à regra segundo a qual a indenização se mede pela extensão do dano.

Essa avaliação preliminar não parece ser, contudo, sustentável. Isso porque o princípio da reparação integral não constitui um dogma absoluto; ele merece temperamentos com os demais princípios à luz das situações concretas, desde que haja outros princípios e valores em jogo a ser ponderados. Aliás, uma das críticas que pode ser feita ao princípio da reparação integral é exatamente a de que, ao focar unicamente na extensão do dano, o princípio deixar à margem outros fatores que, se considerados, poderiam contribuir para uma decisão mais justa e equânime.⁴⁷⁷

As limitações normativas ao princípio da reparação integral, antes mencionadas, guardam a mesma justificativa de uma possível limitação pela teoria da mitigação dos danos. Soma-se a isso o fato de que, como visto, o *duty to mitigate the loss* fixa suas bases na ética, na solidariedade e, sobretudo, na boa-fé objetiva, de tal modo que sua recepção constitui medida coerente com a pauta valorativa ditada pela Constituição Federal e estendida ao Código Civil, “que privilegia o caráter reparatório da responsabilidade civil contratual e repudia qualquer ranço

⁴⁷⁶ LE PAUTREMAT, 2006 *apud* GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 234.

⁴⁷⁷ CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual: a perspectiva do Direito brasileiro.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 117.

punitivo em desfavor da parte de cujo inadimplemento decorram danos à contraparte⁴⁷⁸.

Por todo o exposto, não se pode conceber que o princípio da reparação integral constitui óbice à introdução da teoria da mitigação dos danos no Brasil, notadamente ante a ausência de caráter absoluto do mencionado princípio.

4.2.2 Eficácia da mitigação dos danos

Como adiantado inúmeras vezes no presente trabalho, a teoria da mitigação dos danos possui uma finalidade precípua baseada nas noções de eticidade, operabilidade e colaboração insertas em nossa legislação civil como um todo⁴⁷⁹. As consequências de sua inobservância, por certo, não destoariam desse padrão.

De fato, a regra em questão pode assumir três distintas vertentes, quais sejam: a primeira, a de que o credor que se omitiu face à razoável possibilidade de minimizar os danos decorrentes do inadimplemento contratual da contraparte não fará jus ao ressarcimento desses prejuízos; a segunda, que as despesas que o credor razoavelmente despendeu em razão da adoção de medidas de mitigação de danos são passíveis de indenização pela contraparte que incorreu em descumprimento contratual, independentemente do sucesso da mitigação; e, a terceira, que trata da possibilidade de que o credor, face ao êxito da sua tentativa de mitigar os danos, somente fará jus à indenização da parte dos danos que efetivamente sofreu, mesmo que as medidas por ele adotadas tenham excedido o que dele seria exigido na condição de homem médio⁴⁸⁰.

Esses três aspectos da teoria da mitigação dos danos serão objeto de estudo no presente tópico, pois tratam precisamente dos rumos práticos assumidos pelo *duty to mitigate the loss*, estes que replicam, em grande medida, os efeitos admitidos pelos ordenamentos jurídicos que aplicam a teoria há mais tempo.

⁴⁷⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 235.

⁴⁷⁹ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1: parte geral. p. 70. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502196124/pageid/70>. Acesso em: 21 maio 2021.

⁴⁸⁰ GAGLIARDI, op. cit., p. 225.

Para desde já melhor ilustrar primeira vertente – a de que o credor omissor não faz jus à indenização dos prejuízos que poderia ter mitigado –, colacionam-se as palavras de Cristiano de Sousa Zanetti:

Em termos gerais, afirma-se que o prejudicado pela inexecução contratual tem o dever de mitigar o dano, sob pena de não ser integralmente ressarcido pelo prejuízo sofrido. Por outras palavras, entende-se que a parte inadimplente não responde pelos danos que o prejudicado poderia ter reduzido, se tivesse se comportado de maneira diligente.⁴⁸¹

Destarte, o efeito jurídico da inobservância da teoria da mitigação dos danos será a **ineficácia parcial da pretensão indenizatória do credor**⁴⁸². Em outras palavras, há a necessidade de que o julgador, no momento da fixação da indenização, reduza proporcionalmente o *quantum* devido pelo devedor (autor do dano) ao credor (vítima), eliminando-se os prejuízos que esse último razoavelmente poderia ter minimizado ou deixado de agravar.

A doutrina é praticamente uníssona a respeito de tal consequência jurídica. Todavia, é importante advertir novamente que determinados autores e mesmo magistrados, ao fazerem alusão à teoria da mitigação dos danos, equivocadamente a associam com o instituto da concorrência de causas⁴⁸³. Entretanto, como já se teve a oportunidade de destacar, a regra da mitigação dos danos não fragiliza o nexo de causalidade existente entre o fato danoso e os prejuízos dele advindos. No caso do

⁴⁸¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 29, jul./set. 2012.

⁴⁸² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 214.

⁴⁸³ Cite-se, por exemplo, o entendimento adotado pelo TJRS no recente julgamento da apelação cível nº 5001003-10.2020.8.21.0044, *in verbis*: “Ao ficar inerte diante de um risco conhecido, a autora demonstrou negligência, ou seja, agiu com culpa, concorrendo juntamente com a ré para a causação dos danos. E esta culpa admite que seja reduzida a indenização a ser paga pela concessionária requerida, a depender do tempo da interrupção” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (10ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 5001003-10.2020.8.21.0044**. Apelante: Adroaldo Jose Dalvit. Apelada: RGE Sul Distribuidora de Energia S.A. Relator: Tulio de Oliveira Martins, 08 de abril de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&verso=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50010031020208210044&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 30 maio 2021). Registre-se que o relator do recurso, desembargador Túlio Martins, colacionou em seu voto doutrinas relacionando o *duty to mitigate the loss* a uma conduta vedada pela boa-fé objetiva em razão da cláusula geral da vedação ao abuso de Direito. Entretanto, ao final de sua fundamentação, trouxe a referida ideia de que a não mitigação dos danos constitui hipótese de concorrência de causas, o que, contudo, não se confunde com a teoria da mitigação dos danos.

instituto previsto no art. 945, do CC/02⁴⁸⁴, ambas as partes – autor do dano e vítima – concorrem para o resultado do evento do danoso⁴⁸⁵, o que não acontece no âmbito da teoria da mitigação dos danos, que produz seus efeitos apenas depois da concretização do ato ilícito.

De fato, espera-se que o credor, diante de um ilícito delitual ou contratual, assumira uma conduta proativa, de modo a minimizar os prejuízos por ele próprio sofridos, postura essa que tem por fundamento a pauta axiológica de nosso ordenamento civil, lastreada, em grande parte, nos preceitos de boa-fé objetiva e de solidariedade. Por outro lado, dessa mesma conduta proativa, pode ocorrer que o credor tenha que arcar com gastos que não seriam desembolsados caso se mantivesse inerte diante do evento danoso⁴⁸⁶.

Os efeitos positivos de uma postura ativa do credor ultrapassam o plano teórico, podendo assumir duas ordens práticas: a primeira, consiste na “alocação eficiente de recursos econômicos”⁴⁸⁷, conceito ligado à análise econômica do Direito⁴⁸⁸; já a segunda traduz-se no “incremento da gestão do interesse das partes, ao promover o seu alinhamento e a redução dos impactos negativos no ordenamento jurídico [...]”⁴⁸⁹.

Ocorre que a adoção de medidas mitigatórias é deveras difícil, do ponto de vista do credor vitimado pelo dano, considerando a inexistência de regra expressa que preveja tal encargo e, também, a falta de clareza quanto aos bônus que auferirá se optar por adotar uma postura diligente. Logicamente, em contrapartida à inexistência de norma expressa, deve o ordenamento jurídico prever vantagens, benefícios, como forma de desincentivar que o credor assumira uma postura inerte.

⁴⁸⁴ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁴⁸⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 111. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁸⁶ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. A recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, p. 346, dez. 2019. DOI:10.22456/0104-6594.83761.

⁴⁸⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 299.

⁴⁸⁸ Sobre a relação entre a análise econômica do Direito e a teoria da mitigação dos danos, recomenda-se a integralidade da obra de Christian Sahb Batista Lopes: LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁸⁹ GAGLIARDI, op. cit., p. 299.

É nesse contexto que se insere a segunda máxima decorrente da teoria, a qual, recorde-se, versa sobre o reembolso das despesas que o credor razoavelmente assumiu em razão da adoção de medidas para mitigar seus próprios prejuízos.

O emprego prático desta vertente propõe-se, em primeiro lugar, a lançar um olhar “maleável” sobre as providências adotadas pelo credor, não se levando tanto em consideração o êxito ou a qualidade de sua diligência, mas, sim, que simplesmente tenha se esforçado para empregar medidas aptas e razoáveis, à luz do caso concreto⁴⁹⁰, para mitigar seus próprios prejuízos. Mais uma vez, colacionam-se as palavras de Rafael Gagliardi: “O importante, portanto, na atuação do credor que não se omite não é o resultado, mas sim o meio”⁴⁹¹.

O segundo efeito desta vertente trata, precisamente, da possibilidade de que o credor seja ressarcido pelos custos que teve com tal postura ativa. Cogitar-se o oposto implicaria contrariar não só a própria lógica da teoria da mitigação dos danos, como também afrontar o princípio da reparação integral. Ora, não se pode exigir que o credor suporte, além dos danos advindos do ato ilícito perpetrado pela sua contraparte, também as despesas nas quais incorreu ao escolher não assumir uma postura desidiosa, devendo tais gastos, portanto, integrarem o cálculo da indenização cujo pagamento é imposto à parte devedora⁴⁹².

Por fim, convém tratar da terceira vertente da teoria da mitigação dos danos, isto é, a que se refere à consequência de que o credor, diante do êxito da sua conduta em prol de mitigar os danos, somente fará jus à indenização da parte dos danos que efetivamente sofreu, isto é, dos danos inevitáveis.

Entende-se que este ponto não carece de maiores digressões, porquanto vai ao encontro da lógica de nosso sistema de responsabilidade civil: é vedado ao credor que seja indenizado pelos danos que efetivamente logrou evitar, uma vez

⁴⁹⁰ Ao tratar-se de “razoabilidade”, não se pode olvidar que estão inseridos nesta figura tanto as características subjetivas do agente quanto as circunstâncias do momento. Ambos os planos devem ser tidos em conta pelo julgador ao analisar a alegação de (im)possibilidade de adoção, pelo credor, de uma postura ativa a respeito da minimização dos prejuízos.

⁴⁹¹ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 301.

⁴⁹² 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, p.117, jul./set. 2004.

que, sem dano, não há que se falar em indenização⁴⁹³, na mesma linha do que fora exposto no capítulo 2.2.1.

Por fim, cabe ressaltar que as duas últimas vertentes analisadas encontram seu fundamento no já amplamente estudado princípio da reparação integral⁴⁹⁴. Veja-se, mais uma vez, que não há falar em incompatibilidade da teoria da mitigação dos danos com o mencionado princípio orientador da responsabilidade civil pátria.

Além do mais, como também já adiantado no capítulo 2.1 deste trabalho, se, por um lado, não pode haver indenização sem dano⁴⁹⁵, por outro, os gastos empenhados pelo credor para minimizar os prejuízos por ele próprio experimentados naturalmente integram o *quantum debeatur*. Essas duas conclusões decorrem, portanto, do disposto no art. 944, do CC/02.

Superado o estudo envolvendo as principais manifestações de eficácia da teoria da mitigação dos danos no ordenamento nacional, passa-se ao último tópico deste trabalho, que envolverá a análise da postura do julgador face à uma situação concreta envolvendo o *duty to mitigate the loss*: como deve distribuir o ônus da prova, quais os parâmetros que deve levar em conta e, por fim, de que modo deve proceder ao cômputo da redução do valor da indenização devido ao credor.

4.2.3 A avaliação casuística pelo julgador

Um aspecto muito particular do instituto da responsabilidade civil, já destacado anteriormente, diz respeito ao fato de que a aplicação de seus consectários ocorre de forma quase que absolutamente casuística: embora “emoldurada” pela legislação vigente, a “pintura” em si – isto é, a decisão judicial ou arbitral – é tarefa quase que totalmente confiada ao julgador, que deve fazê-lo à luz do que propõe a demanda atribuída à sua jurisdição.

Não poderia ser diferente com a teoria da mitigação dos danos⁴⁹⁶. A pertinência de sua aplicação ao caso concreto e os efeitos que dela emanarão são

⁴⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 103.

⁴⁹⁴ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 225.

⁴⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 969.

⁴⁹⁶ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 29. Nas palavras do autor, “Por se

aspectos que não só podem, como devem ser aferidos sob a ótica das circunstâncias de um determinado contexto.

É nesse sentido que o último capítulo deste trabalho será dedicado ao exame de três aspectos que devem ser objeto de atenção do julgador: primeiro, se o caso concreto autoriza a incidência da teoria da mitigação dos danos; segundo, de que forma deve sopesar os efeitos decorrentes dessa aplicação; e, terceiro, a maneira pela qual deve distribuir o ônus probatório a respeito do tema.

Passando-se imediatamente ao primeiro ponto, cumpre destacar que, como visto no capítulo 4.1.3, optou-se, neste trabalho, por enfatizar o enquadramento jurídico do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro como um dos espectros de incidência da cláusula geral da vedação ao abuso de direito. Assim, é imperioso esclarecer qual o direito de que dispõe o credor, bem como qual a sua postura que caracteriza, efetivamente, o exercício abusivo de tal direito. Somente tendo claros tais pressupostos que será possível aferir se é cabível ou não a aplicação da teoria da mitigação dos danos no caso concreto.

De plano, registre-se que o abuso não consiste na ausência de adoção de uma atitude mitigadora por parte do credor em si. Afinal, não há qualquer norma em nosso sistema que contenha a previsão de tal suporte fático.

O abuso de direito surge, isso sim, no momento em que a vítima do dano pleiteia em juízo a reparação pecuniária da integralidade dos prejuízos experimentados, sendo que poderia ter adotado medidas no sentido de mitigar seus próprios danos em alguma extensão, mas não o fez. Em outras palavras, a pretensão deduzida pelo credor que se manteve inerte quando poderia ter agido não está revestida de legitimidade para que o exercício da pretensão indenizatória seja autorizado por nosso ordenamento jurídico, ao menos não de maneira total, posto que distanciada de princípios de nosso sistema de Direito, em especial da boa-fé objetiva e do solidarismo contratual⁴⁹⁷.

Perceba-se, então, que o direito consiste na possibilidade de que a vítima do dano exerça sua pretensão indenizatória, nos moldes dos dispositivos do Código

tratar de uma análise puramente fática, é tormentosa a atividade do advogado de aconselhamento e previsão de uma decisão judicial em que há incidência da norma de mitigação”.

⁴⁹⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 210.

Civil, isto é, o art. 927⁴⁹⁸, em caso de ato ilícito, e o art. 389⁴⁹⁹, quando se está tratando de descumprimento do contrato. Surge quando o credor inclui no cômputo da indenização pleiteada aqueles danos que, à luz das circunstâncias do caso concreto, poderia ter minimizado. Trata-se, em verdade, do exercício abusivo do direito à indenização, lastreado, inicialmente, nos referidos dispositivos legais, mas que desbordou para a esfera da ilicitude.

Por consequência, e como já adiantado, fulmina-se total ou parcialmente a eficácia do direito que fundamenta a pretensão ressarcitória no limite dos danos evitáveis⁵⁰⁰. Como observa Rafael Villar Gagliardi,

A abusividade manifesta-se na ocasião em que, após permanecer inerte, o credor deduz pretensão indenizatória abrangendo o montante integral dos danos. Surge, assim, como fator de limitação potencial do direito ao ressarcimento do dano evitável, não à configuração da responsabilidade em si, tendo em vista não se tratar de fator de pré-diminuição ou pré-exclusão. Em razão disso, como efeito da não mitigação do dano pelo credor, tem-se a redução potencial da indenização devida, como decorrência da eficácia caducificante do ilícito praticado.⁵⁰¹

Destarte, superado o exame da aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* ao caso concreto, e decidindo de forma positiva, deve o julgador passar à apreciação de um segundo aspecto: a questão envolvendo a distribuição do ônus da prova a respeito da adoção ou não das medidas de mitigação pelo credor, bem como a (im)possibilidade de que o julgador apreciar a matéria de ofício.

No que concerne ao ônus probatório acerca da existência de diligências passíveis de serem adotadas pelo credor no sentido de mitigar seus prejuízos, cumpre, desde logo, destacar que o tema não demanda maiores digressões⁵⁰²,

⁴⁹⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁴⁹⁹ 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.

⁵⁰⁰ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 212.

⁵⁰¹ Ibid., p. 298.

⁵⁰² Não se desconhece, por outro lado, a existência de doutrina em sentido contrário. Para Mariana Marques Calfat, cabe ao credor (isto é, ao autor da demanda indenizatória) o ônus de provar “a possibilidade de terem sido ou não adotadas as medidas tidas por mitigadoras” (CALFAT, Mariana Marques. **A mitigação dos prejuízos sob a perspectiva do Direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 30).

notadamente porque a resposta para tal questão pode ser encontrada nos termos do consagrado art. 373, inciso II, do CPC⁵⁰³. Com efeito, sendo certo que cabe à parte requerida demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo⁵⁰⁴ do direito do autor, no caso da teoria em apreço incumbe ao devedor o ônus de alegar e demonstrar que o credor não adotou uma conduta ativa, voltada à mitigação do seu próprio prejuízo, ou mesmo as adotou e, assim, reduziu ou mesmo erradicou o dano, não havendo prejuízos a serem indenizados⁵⁰⁵.

Sublinhe-se que os efeitos práticos de ambos os casos serão os mesmos: se o credor permaneceu inerte, terá limitada a eficácia da sua pretensão indenizatória àqueles danos reputados inevitáveis; por outro lado, se empreendeu diligências para mitigar seus prejuízos e obteve êxito, somente será indenizado pelos danos que efetivamente sofreu, não se concebendo o mecanismo da reparação civil sem que haja efetivo prejuízo.

Complementando o raciocínio, cabe frisar que o devedor, além de informar ao juiz que o credor estava diante da possibilidade de mitigar seus próprios prejuízos, mas optou por não o fazer, deve corroborar sua alegação trazendo “[...] as medidas que poderiam ter sido razoavelmente adotadas para mitigação e seu impacto razoavelmente esperado sobre os danos ocorridos”⁵⁰⁶.

Trata-se, como visto, de uma regra geral processual, inerente à própria natureza do instituto da prova, no sentido de que a parte responsável pela alegação está encarregada de corroborá-la mediante a produção de evidências em seu favor⁵⁰⁷.

Anote-se, por oportuno, que tal posicionamento coaduna-se com a proteção conferida à parte credora, haja vista que essa não pode ser responsabilizada duplamente pelos danos advindos da conduta ilícita de sua contraparte. Aquele que

⁵⁰³ Art. 373. O ônus da prova incumbe: [...] II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do Direito do autor.

⁵⁰⁴ No caso concreto, tratar-se-ia de um fato extintivo do Direito da parte autora, ainda que parcial.

⁵⁰⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 139.

⁵⁰⁶ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 314.

⁵⁰⁷ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 62. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. v. 1: teoria geral do Direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. p. 783. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994020/epubcfi/6/76%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml36%5D!4/298/2%5Bpg783a6%5D/2%400:0>. Acesso em: 20 maio 2021.

já foi vitimado por um descumprimento contratual não pode sofrer nova penalização em decorrência de um fato que sequer cabia ou interessava a ele argumentar⁵⁰⁸.

Além disso, não deixa de ser possível a distribuição dinâmica do ônus da prova, caso o credor esteja em melhores condições de produzi-la no caso concreto. Trata-se, porém, de medida excepcional, não podendo ser aplicada sem uma ponderação prévia profunda e amplamente realizada⁵⁰⁹.

É preciso registrar que, embora as conclusões acima delineadas decorram da lógica processual-civil, a abordagem deste tópico mostra-se imprescindível, notadamente diante da ausência de norma expressa em nosso ordenamento que regule a teoria da mitigação dos danos, o que abre espaço a eventuais aplicações juridicamente equivocadas da figura por nossos tribunais.

Cite-se, por exemplo, a apelação cível nº 70025609579⁵¹⁰, apreciada pela 5ª Câmara Cível do TJRS. No caso, a parte autora havia adquirido, em dezembro de 2005, uma máquina de uso industrial com cerca de 35 anos de uso. O equipamento, contudo, não funcionou corretamente e logo demandou reparos. Em abril de 2006, a requerente resolveu trocar a máquina por outra mais cara, tendo a ré pago a diferença. Não satisfeita, a empresa adquirente ingressou com ação indenizatória, pretendendo ser reparada civilmente pelos danos emergentes (gastos tidos com reparos da máquina antiga) e lucros cessantes (ganhos que deixou de auferir com o uso do equipamento entre dezembro de 2005 e abril de 2006) relativos ao ilícito contratual.

O Tribunal, embora tenha reconhecido que a autora fazia jus à indenização pelos danos emergentes, uma vez tendo sido demonstrado o defeito do bem adquirido, negou à requerente o direito à indenização pelos lucros cessantes. Isso porque, além do fato de que não se poderia sequer esboçar o desempenho da

⁵⁰⁸ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 317.

⁵⁰⁹ Art. 373. [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

⁵¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70025609579**. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. Apelada: Mercomáquinas Indústria Comércio e Representações Ltda. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, 20 de maio de 2009. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70025609579&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 30 maio 2021.

máquina, considerando a sua antiguidade, a autora deveria ter diligenciado na imediata troca do equipamento ou na contratação de serviço de terceiros, fundamentos estes que o Relator baseou na teoria do *duty to mitigate the loss*.

Reputa-se correta a conclusão alcançada pelo TJRS, pois coaduna-se com os parâmetros de conduta, fundados na boa-fé objetiva, cuja observância é esperada das partes contratantes, e que não foram verificados no agir da parte autora. Contudo, o órgão julgador equivocou-se ao fundamentar seu voto no fato de que “impõe-se à parte requerente o dever de provar que tomou todas as medidas cabíveis para evitar o prejuízo experimentado”.

Como observado anteriormente, o ônus de provar tal fato incumbe ao réu, isto é, àquele que provocou o evento danoso. Na verdade, o respeitado Tribunal poderia ter alcançado igual conclusão por meio de outros fundamentos, mormente mediante a análise da razoabilidade da existência de medidas mitigatórias presentes no caso concreto.

Já no que tange à possibilidade de que o julgador conheça de ofício da matéria, a temática ainda é pouco explorada. Segundo o posicionamento de Christian Sahb Batista Lopes,

A norma de mitigação pode ser aplicada pelo Juiz de ofício. Se a constatação de que o credor poderia ter evitado os danos por esforços razoáveis puder ser feita apenas por recurso às regras da experiência (artigo 335 do Código de Processo Civil) ou por provas constantes dos autos, independentemente de que as tenha produzido, poderá o Juiz limitar a indenização devida ao credor aos prejuízos considerados inevitáveis, mesmo que a mitigação não tenha sido arguida pelo réu-devedor.⁵¹¹

O entendimento parece ser endossado por Rafael Villar Gagliardi, autor que, analisando a aplicabilidade da teoria da mitigação dos danos no contexto do procedimento arbitral, entende que nada impede que o julgador (no caso, o árbitro ou o tribunal arbitral), “mediante decisão circunstanciada e observados os princípios

⁵¹¹ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 202-203. Frise-se, apenas, que o dispositivo legal mencionado no trecho colacionado pertence ao Código de Processo Civil de 1973, e foi replicado no atual caderno processual civil em seu artigo 375.

do contraditório e da ampla defesa [...], diante de circunstâncias excepcionais do caso concreto, [...] determine de ofício a produção de provas específicas”⁵¹².

Reputa-se correta a orientação adotada pelos autores, na medida em que, sendo a mitigação dos prejuízos teoria fundada na concreção da boa-fé objetiva, elemento basilar da ordem jurídica, sua concretização deve se dar na maior medida possível. Naturalmente, o julgador verificará a possibilidade de incidência da regra a partir dos fatos trazidos pelas partes da demanda. Desde que decida dentro dos estritos limites fáticos que lhe foram apresentados, e que oportunize o contraditório e a ampla defesa, pode invocar de ofício o *duty to mitigate the loss* e utilizá-lo no momento da conformação final da indenização pleiteada.

Por fim, o terceiro e último aspecto a ser cuidadosamente tratado pelo julgador diz respeito à razoabilidade da adoção de medidas mitigadoras, figura esta que já restou examinada quando do estudo sobre a origem e desenvolvimento do *duty to mitigate the loss* no Direito anglo-saxão, mas que cumpre, aqui, ser brevemente retomada.

A razoabilidade traduz-se em critério apto a mediar a retidão do comportamento do credor, sendo impossível que o ordenamento jurídico fixe de forma taxativa todas as condutas que podem ser consideradas razoáveis⁵¹³. Por certo, tal parâmetro não pode ser aplicado senão sob a perspectiva das circunstâncias concretas e da subjetividade de credor e devedor⁵¹⁴.

Se, por um lado, espera-se do credor uma conduta proativa, voltada à maximização da eficiência contratual, não se pode exigir do mesmo que assuma riscos desmedidos, comprometa seu patrimônio e seu crédito ou mesmo viole alguma norma expressa do ordenamento. A fórmula da razoabilidade, embora não traga ao julgador uma baliza objetiva, permite que este diferencie as medidas

⁵¹² GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 320.

⁵¹³ A principal medida mitigatória reconhecida pelo Direito comparado, notadamente no âmbito da compra e venda internacional de mercadorias, diz respeito à realização de operações substitutivas, isto é, a possibilidade de que o credor vitimado pelo inadimplemento imputável ao devedor substitua a mercadoria que era, a princípio, objeto do negócio por outra idêntica, a ser adquirida de um terceiro. No entanto, tal efeito não encontra no ordenamento jurídico brasileiro a mesma receptividade, especialmente diante dos riscos que envolvem tal diligência. (CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**: a perspectiva do Direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. p. 193).

⁵¹⁴ LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. p. 39.

verossímeis daquelas extraordinárias, arriscadas ou sacrificantes⁵¹⁵, de maneira a não esperar que a vítima do dano, além de encarar os prejuízos advindos do evento danoso, também tenha que sacrificar seus próprios interesses.

Na verdade, trata-se a razoabilidade de um espectro da própria responsabilidade civil incidindo sobre a doutrina da mitigação dos danos. Nesse sentido, Judith Martins-Costa pontua que

Do contrário, os fundamentos e finalidades da responsabilidade civil estariam esfacelados, a vítima seria duplamente penalizada: pelo prejuízo que sofreu em razão da inexecução do cocontratante e pelo fato de não ter feito tudo que estivesse ao seu alcance, por mais difícil, disfuncional ou gravoso que fosse, para poder auferir indenização que é, consabidamente o efeito primordial e típico, funcionalmente necessário, da responsabilidade civil.⁵¹⁶

Outro efeito que decorre da adoção da razoabilidade como critério para a aplicação da teoria da mitigação dos danos se refere ao fato de que, ainda que os resultados das medidas adotadas pelo credor não sejam de todo satisfatórios, já se “cumpriu” com a finalidade da norma. Nas palavras de José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins:

O mero esforço, se razoável, merece o reconhecimento da doutrina das consequências evitáveis. A sua insuficiência para evitar ou minimizar todo o dano não faz com que o esforço seja imprestável para o *duty to mitigate the loss*, só não será o bastante para que o credor consiga se ressarcir de todo o prejuízo que sofreu. Há uma valorização, portanto, do aspecto positivo da norma de mitigação, demandando que o credor seja prudente, e não perfeito em suas atitudes.⁵¹⁷

Por fim, são cabíveis algumas breves notas sobre as espécies de danos cuja reparação pode ser objeto de redução por meio da figura do *duty to mitigate the loss*, pelo julgador. Mais precisamente, cabe indagar se apenas os danos materiais são aptos a sofrer os efeitos da teoria da mitigação dos danos, ou essa também se

⁵¹⁵ GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor**: fundamento e perfil dogmático. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 279.

⁵¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018. p. 614.

⁵¹⁷ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 28-29.

aplica aos danos morais. Registre-se, por oportuno, que a diferenciação entre ambos já restou analisada no âmbito do capítulo 2.2.3 da presente monografia.

De modo geral, os autores que se aprofundam no exame da figura oriunda da *common law* não abordam com profundidade tal questionamento. Contudo, fazendo-se uma rápida consulta aos sítios eletrônicos dos tribunais brasileiros, é possível verificar a existência de precedentes aplicando o *duty to mitigate* para reduzir o valor pleiteado pela vítima do dano a título de reparação por danos morais⁵¹⁸.

É o caso, por exemplo, da apelação cível nº 70055653323⁵¹⁹, julgada pela 10ª Câmara Cível do TJRS em 2013. Na origem, tratava-se de ação de indenização por danos morais e materiais, cujo fundamento para a reparação civil repousava sobre a indevida inscrição do nome da parte autora nos cadastros de restrição ao crédito, realizada pela empresa de telefonia requerida, restrição esta que, segundo a requerente, ocasionou a impossibilidade de contratação de financiamento habitacional. A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, apenas condenando a pessoa jurídica ré ao pagamento de indenização pelos danos extrapatrimoniais experimentados pela parte autora.

Foram interpostas apelações por ambas as partes, sendo que somente o recurso da empresa de telefonia restou provido. O fundamento para a reforma da sentença foi, justamente, a figura do *duty to mitigate the loss*: além do fato de que os autores já tinham conhecimento da inscrição negativa muito antes de buscarem o financiamento, constatou-se que, entre a ciência do fato e a tentativa de contratação, nenhuma diligência judicial ou extrajudicial no sentido de sanar a questão havia sido tomada pelos requerentes.

Frise-se, no ponto, que a inscrição se referia a débito de valor ínfimo (pouco mais de nove reais), de tal modo que havia não uma, mas duas possibilidades

⁵¹⁸ O tema, a propósito, não é novo para o STJ, que, em 2013, apreciou caso em que afastou a condenação ao ressarcimento por danos morais com fundamento na teoria da mitigação dos danos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.325.862/PR**. Responsabilidade civil. Sentença publicada erroneamente. Dano moral. Aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss*. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina Breckenfeld e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 05 de setembro de 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261343&num_registro=201102527190&data=20131210&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁵¹⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (10ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70055653323**. Responsabilidade civil. Inscrição em cadastro negativo. Indenização. Dano moral e material. *Duty to mitigate the loss*. Apelante/apelado: Everton Moreira Godoy, Etiane Janaina Ferraz da Silva, Embratel S.A. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 29 de agosto de 2013. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70055653323&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 08 jun. 2021.

razoáveis de mitigação dos danos ao alcance dos demandantes: ou depositavam o valor em juízo, ou pleiteavam, em sede de tutela de urgência, a retirada de seu nome dos cadastros dos órgãos arquivistas, mediante a demonstração, em sede de cognição sumária, de inexistência de dívida que originou a inscrição. Não sendo tais medidas observadas pelos requerentes, deu-se provimento ao apelo da empresa de telefonia para o efeito de afastar a sua condenação à indenização dos danos morais experimentados.

Anote-se, contudo, que tal entendimento não é pacífico no Tribunal de Justiça gaúcho. A título de exemplo, menciona-se o recente julgamento da apelação cível nº 50050933120198210033⁵²⁰, cujo acórdão transitou em julgado no final de maio de 2021. A demanda, na origem, versava sobre o mesmo pano de fundo do caso relatado acima, com a diferença de que o único propósito para a reparação civil consistia no longo tempo em que o nome da parte autora havia ficado cadastrado nos órgãos de restrição ao crédito em razão de dívida já paga. A sentença julgou improcedente o pleito indenizatório, com fulcro na teoria da mitigação dos danos, uma vez que a requerente havia ficado inerte por quase dois anos diante da inscrição negativa. Nesse sentido, consignou a magistrada singular em sua decisão:

Diante desse contexto, tenho que é descabida a alegação da requerente de que a manutenção de seu nome no SPC dificultou a sua vida comercial, pois necessitava, diariamente, efetuar compras para a sua loja. Isso porque se, de fato, a demandante realizava compras diariamente, com certeza, deveria ter contactado a ré no dia seguinte à expedição das cartas de anuência, reiterando a necessidade de seu nome ser retirado dos cadastros negativos, e, caso não atendida, ajuizado a presente demanda logo na sequência. Dessa forma, constato que a autora não agiu em conformidade com a boa-fé objetiva, em especial, em relação ao dever anexo de mitigar a própria perda (*duty to mitigate the own loss*), porquanto permaneceu, por um grande período, inerte perante um fato que considerou de extrema gravidade, conforme os relatos contidos na peça portal, aumentando e dando causa aos prejuízos descritos na peça portal.

Contudo, em análise da apelação interposta pela parte requerente, a 11ª Câmara Cível do TJRS reformou integralmente a sentença, condenado a parte ré ao

⁵²⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 50050933120198210033**. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido indenizatório. Irregularidade do cadastramento. Dano moral. Indenização devida diante do real abalo de crédito. Apelante: Beatriz Lieberknecht. Apelado: Sarah Correa Goncalves. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 31 de março de 2021.

pagamento de indenização por danos morais. Embora o Tribunal não tenha enfrentado a questão da (in)aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* no acórdão, os julgadores do mencionado colegiado decidiram que, ante a natureza *in re ipsa* do dano moral decorrente de inscrição indevida, a então apelante fazia jus à reparação pleiteada.

Embora não se pretenda, aqui, discorrer-se sobre o mérito desse julgado, reputa-se correta a utilização da teoria da mitigação dos danos nos termos em que lançada a sentença (em que pese a natureza jurídica adotada na decisão diverja do posicionamento adotado neste trabalho), porquanto estavam presentes, no caso concreto, todos os requisitos elencados até o momento para a atração do *duty to mitigate the loss* ao caso concreto.

Muito embora seja escassa a doutrina a respeito, e apesar da ausência de pacificidade jurisprudencial, não há, em princípio, qualquer vedação à utilização do *duty to mitigate the loss* também para casos em que a reparação civil buscada refira-se a danos morais. Tendo por norte os precedentes acima citados, percebe-se que há casos em que os danos extrapatrimoniais experimentados pela vítima poderiam ter sido por ela minorados ou, ao menos, não agravados, sob pena de redução parcial da eficácia reparatória de sua pretensão.

Feitas todas essas considerações, opta-se, neste último momento, por reunir todo o arcabouço teórico acima trabalhado e traçar um paralelo com a prática. Para tanto, será empreendida uma breve e pontual análise de um caso que, de forma recorrente, “bate às portas” do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul para ser solucionado.

Está-se falando do notório e emblemático caso dos fumicultores gaúchos, que ajuízam ações de indenização em face de concessionárias de energia elétrica para buscar a reparação dos prejuízos sofridos em razão da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante o processo de secagem do fumo, o que enseja a queda da qualidade ou até mesmo a perda total de uma produção⁵²¹.

O pano de fundo do litígio invariavelmente envolve, no polo ativo, produtores de fumo que habitualmente enfrentam altas perdas econômicas em decorrência da

⁵²¹ É preciso destacar, de plano, que o caso dos fumicultores envolve aspectos que não necessariamente devem se fazer presentes ao se tratar da teoria da mitigação dos danos, notadamente no que tange à aplicação das regras de Direito público e à incidência dos termos da legislação consumerista. Por certo, tais normas não serão enfrentadas nos estritos limites do presente trabalho, contudo, cabe o destaque para o fato de que o *duty to mitigate the loss* aplica-se às relações civis das mais diversificadas naturezas.

interrupção do fornecimento de energia elétrica pelas concessionárias de serviço público – estas que figuram no polo passivo –, quando esta ocorre durante o processo de secagem das plantas de fumo, que se dá no interior de estufas movidas majoritariamente a energia elétrica, bastando duas horas sem energia para que haja a perda integral do produto.

Como corolário lógico da responsabilidade civil negocial, bastaria a ocorrência do inadimplemento contratual, imputável ao devedor (que, neste caso, consiste na interrupção de fornecimento de energia elétrica pela concessionária de serviço público), somado aos demais pressupostos da responsabilização (dano e nexos causal), para que surja o direito à indenização por parte dos fumicultores, ora credores. Era com base na teoria clássica da responsabilidade civil que, até o ano de 2015, vinha se posicionando o Tribunal de Justiça gaúcho.

O Desembargador Eugênio Facchini Neto, que integra a 9ª Câmara Cível da referida Corte, foi um dos precursores da abordagem técnica e aprofundada do tema da mitigação dos danos no âmbito do Poder Judiciário. Foi o magistrado que instigou o Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) a promover um painel de debates envolvendo agentes relacionados a ambos os polos do referido caso, além de renomados juristas ligados ao Direito econômico e consumerista, com o fito de colher respostas e buscar uma solução jurídica adequada ao litígio, este que era um caso frequente e que envolvia altas cifras.

A partir da realização do mencionado painel, no ano de 2015, os recursos endereçados ao TJRS – geralmente interpostos pelas concessionárias, que, no juízo de origem, eram condenadas ao pagamento integral dos prejuízos – passaram a dispor de uma solução diferente. Com efeito, faz-se necessário assinalar dois dos pontos abordados no referido debate⁵²², os quais influenciaram diretamente na alteração do entendimento até então adotado pela Corte gaúcha.

O primeiro, de que as intempéries – intensa precipitação pluviométrica e grandes ventanias – que causavam a queda de energia elétrica são decorrentes de condições climáticas inevitáveis, que se repetem ano após ano na região, principalmente nos meses correspondentes ao verão. Tal conjuntura, somada à

⁵²² RIO GRANDE DO SUL. Centro de Estudos do Tribunal de Justiça. Projeto “Debates sobre temas polêmicos”. **Responsabilidade civil pela interrupção de fornecimento de energia elétrica e o caso dos fumicultores**: um debate sobre a justiça da divisão de riscos. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/temas_polemic os/RESPONSABILIDADE_CIVIL_CASO_FUMICULTORES.doc. Acesso em: 30 maio 2021.

ruralidade do local em que sediados os produtores rurais, resulta no fato de que é não só extremamente provável que haverá a queda da energia elétrica, bem como que será lenta a religação do serviço.

O segundo, de que os fumicultores poderiam adquirir geradores elétricos – aliás, esta é a indicação dos próprios fabricantes das estufas, conforme colocado no painel –, acionáveis automaticamente em caso de interrupção da energia elétrica (sistema *no break*), cujo custo é relativamente baixo se comparado aos prejuízos decorrentes de eventual interrupção do fornecimento do serviço, estes que podem ir desde a queda na qualidade do produto até a perda total do fumo presente na estufa. Tais danos, logicamente, não serão embolsados pelos próprios produtores, que ajuizarão ações judiciais e receberão a provável indenização anos depois.

Tendo tais considerações em conta, o magistrado passou a consignar em suas decisões a seguinte modificação de entendimento, esta que vem sendo replicada pelos demais componentes do 5º Grupo Cível do TJRS:

[...] Tenho que são extremamente lúcidas tais colocações, no sentido de se vislumbrar não um dever jurídico, mas um encargo incumbente aos fumicultores, de adotarem a providência de instalação de um gerador, com sistema de no-break, de forma a evitar, ou ao menos minorar, os previsíveis prejuízos a que estão expostos. Em assim não procedendo, devem suportar os ônus decorrentes da sua omissão, com redução do valor da indenização a que fazem jus.

Por todos os fundamentos acima alinhavados, em situações como a da espécie sob análise, **entendo ser razoável que os fumicultores absorvam 2/3 do prejuízo que sofreram, devendo o terço restante ser suportado pela concessionária de energia elétrica.**

Esclarece-se que o novo entendimento desta Câmara restringe-se às hipóteses em que os danos sofridos pelo demandante derivam da interrupção do fornecimento de energia elétrica durante curto período de tempo. **Entende-se como razoável a interrupção ininterrupta que não supere 24 horas, já que não se afigura possível exigir-se que os fumicultores estejam preparados para grandes interrupções, o que poderia exigir geradores mais potentes ou grandes reservas de combustível para acionar os geradores.** Caso a interrupção ultrapasse as 24 horas – obviamente ressalvadas hipóteses de força maior – deve a concessionária suportar os prejuízos que a falha do seu serviço acarreta, nos termos e nas hipóteses consagradas pela jurisprudência da Câmara.⁵²³ (grifou-se)

⁵²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (9ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70083283333**. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Secagem de fumo. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Dever do fumicultor de adotar providência para evitar o dano. Especificidade de sua cultura agrícola. Necessidade de instalação de gerador próprio. Duty to mitigate the loss.

O julgado ao qual se refere o trecho acima colacionado traz em seu conteúdo praticamente todas as noções jurídicas antes desenvolvidas aplicadas na prática, as quais passa-se a pontuar.

Primeiro, a decisão fez uso da **razoabilidade**, de modo a inferir, sempre à luz das circunstâncias presentes no caso concreto, qual a solução jurídica mais adequada para a hipótese. De modo geral, entendeu-se correta a redução do *quantum* pleiteado pelo credor a título de indenização quando a interrupção do serviço de energia não ultrapassar 24h.

Por outro lado, percebe-se que, se a suspensão do fornecimento de energia ultrapassar esse lapso temporal, o Tribunal entende que os prejuízos devem ser integralmente arcados pelas concessionárias de energia elétrica⁵²⁴, já que, como constou do voto acima transcrito, não se afigura possível exigir que os fumicultores ultrapassem os limites do razoável na busca por mitigar seus próprios danos⁵²⁵.

Além disso, destaca-se o fato de que os credores da indenização – isto é, os fumicultores –, embora sejam produtores rurais (sua produção é posteriormente destinada às grandes indústrias fumageiras), não podem ser tidos como hipossuficientes, especialmente do ponto de vista informacional. Embora tal conjuntura não seja mencionada de forma expressa no voto, foi objeto de debate ao longo do painel que debateu o caso: os produtores são representados por entidade de classe (Associação dos Fumicultores do Brasil – AFUBRA), que, conforme fora dito na reunião, possui atuação ativa na busca por melhores condições de

Encargo de evitar o próprio dano. Pretensão indenizatória acolhida apenas em parte. Repartição dos riscos. Apelante: Claudiomiro dos Santos da Fonseca. Apelado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE-D. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083283333&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 29 maio 2021.

⁵²⁴ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (9ª Câmara Cível). **Agravo interno nº 70084754886**. Ação de indenização. Secagem de fumo. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Não reconhecimento da excludente de responsabilidade e prevalência do laudo técnico do autor. Pretensão indenizatória, então, acolhida integralmente, pois a interrupção foi superior a 24 horas. Apelante: Reni Costa da Silva. Apelado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE-D. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 02 de março de 2021. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084754886&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 30 maio 2021.

⁵²⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula*: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 260, out./dez. 2017.

desenvolvimento da atividade profissional, envolvendo desde a negociação de linhas de crédito até o acompanhamento da produção por engenheiros agrônomos⁵²⁶.

Segundo, a regra da mitigação é vislumbrada não como um dever, mas, sim, como um **ônus** ou **encargo**. A propósito, nas palavras do magistrado, “Caso se entendesse que teriam eles [os fumicultores] o dever jurídico de instalar um gerador com sistema *no-break* [...], teria que se aceitar que a esse dever corresponderia o direito das concessionárias de exigir tal instalação”⁵²⁷, o que seria de difícil sustentação jurídica.

Terceiro, quanto às **consequências** do reconhecimento de que os produtores de fumo não observaram o encargo de mitigar os próprios danos (o que fariam por meio da aquisição de um gerador), concluiu-se que estes devem ter parcialmente reduzida a eficácia de sua pretensão indenizatória – no caso, apenas 1/3 dos prejuízos será objeto de reparação civil, quando a interrupção do fornecimento de energia não ultrapassar o lapso de 24h.

Em quarto e último lugar, está o fato de que foi respeitado o **princípio da reparação integral**, uma vez que os custos com a contratação de geradores elétricos – esses que, na referida deliberação ocorrida em 2015, são estimados na ordem de R\$ 6.000,00⁵²⁸ – estariam abarcados dentro do terço de indenização a ser percebida pelos fumicultores.

Reunida grande parte do arcabouço doutrinário e jurisprudencial que trata da regra da mitigação dos danos no Brasil, denota-se que esta teoria não só pode, como já foi acolhida pelo sistema de responsabilidade civil. Seus efeitos consistem, como visto, na redução do valor da indenização devida ao credor, na medida em que o este tem de suportar os ônus decorrentes da sua omissão em mitigar os prejuízos experimentados em decorrência de um ilícito cometido por sua contraparte. Ainda há, por outro lado, certa disparidade no tratamento jurídico da teoria, o que se

⁵²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Centro de Estudos do Tribunal de Justiça. Projeto “Debates sobre temas polêmicos”. **Responsabilidade civil pela interrupção de fornecimento de energia elétrica e o caso dos fumicultores**: um debate sobre a justiça da divisão de riscos. p. 53. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/temas_polemic os/RESPONSABILIDADE_CIVIL_CASO_FUMICULTORES.doc. Acesso em: 30 maio 2021.

⁵²⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula*: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 249 – 279, out./dez. 2017. p. 259.

⁵²⁸ RIO GRANDE DO SUL, op. cit., p. 55.

espera seja minimizado com a evolução dos estudos envolvendo a temática e com a introdução do *duty to mitigate the loss* no cotidiano acadêmico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a exposição, alguns apontamentos breves e objetivos de caráter conclusivo fazem-se necessários. Neste ponto, não se pretende resumir os tópicos desenvolvidos ao longo da fundamentação teórica empreendida no presente estudo, mas, sim, sublinhar alguns pontos que se entende relevantes, de modo a fixar a ideia desenvolvida ao longo de todos os capítulos precedentes e concretizar, ao fim e ao cabo, o objetivo proposto no início deste trabalho.

Recorde-se, para tanto, que a indagação inicial envolvia a existência – ou não – de um dever, que recairia sobre a vítima do ato ilícito incorrido pelo devedor, no sentido de diminuir o próprio prejuízo. O questionamento foi pioneiramente colocado em pauta pela jurista gaúcha Véra Maria Jacob de Fradera, no ano de 2004, sendo que ainda gera considerável discussão no meio doutrinário e jurisprudencial.

Como se infere da fundamentação acima, a resposta para tal pergunta é negativa, ao menos do ponto de vista jurídico-formal do termo “dever”, em que pese tal vocábulo seja tradicionalmente utilizado para nomear a teoria da mitigação dos danos (a palavra “*duty*”, na expressão *duty to mitigate the loss*). Isso se deve ao fato de que se o credor possuísse o pretense “dever” de mitigar seus prejuízos, significaria que nasceria para o devedor o direito de ser indenizado pelos prejuízos causados pela inércia de sua contraparte.

Tal conclusão, no entanto, não se coaduna com as bases da teoria da mitigação dos danos; os efeitos de sua inobservância são outros, e não implicam no surgimento de uma pretensão reparatória em favor do autor do dano. Corolário lógico disso é que não se cogita de que o *duty to mitigate the loss* possa ser enquadrado como dever anexo afluente da boa-fé objetiva, no desempenho de sua função integrativa, justamente porque a mitigação dos danos não acolhe as consequências da inobservância de tal interesse positivo.

Destarte, colocou-se a dúvida sob outro ângulo: a conduta adotada pelo credor da indenização em face do evento danoso é de algum modo relevante para o sistema de responsabilidade civil pátrio?

A resposta para tal indagação, como visto, foi positiva. Com efeito, em que pese a verificação de uma lacuna normativa a respeito de tal regra, o *duty to mitigate the loss* compatibiliza-se com o ordenamento jurídico pátrio sob a perspectiva de

concretização da pauta axiológica presente em nossas codificações, que têm na Constituição Federal o seu fundamento máximo.

Na verdade, em que pese não possa ser posicionada como dever lateral, a teoria da mitigação dos danos atua como forma de materialização do princípio da boa-fé objetiva no âmbito da responsabilidade civil. Como visto, a boa-fé constitui preceito de ampla significação, efeitos e institutos derivados, sendo um deles a figura do abuso de direito. Sendo assim, o *duty to mitigate the loss*, especialmente em razão do elemento ético nele presente, presta-se a concretizar a ideia de proteção dos interesses legítimos de ambas as partes da relação jurídica obrigacional, e não apenas daquela que figura como credora da indenização.

Desse modo, ao longo do desenvolvimento deste trabalho, buscou-se posicionar a teoria da mitigação dos danos em uma zona que permita não apenas o efetivo ingresso da doutrina no sistema de Direito brasileiro – propósito que poderia ser alcançado com a concatenação entre *duty to mitigate the loss* e o princípio da boa-fé objetiva –, mas que potencialize seus efeitos da maneira mais conforme possível à ordem jurídica já consolidada no Brasil. Para tanto, empreendeu-se o estudo no sentido de que a inércia do credor face à possibilidade de minimizar seus próprios prejuízos relaciona-se com a ideia de vedação do abuso de direito, cláusula geral expressada na lei por meio do art. 187 do Código Civil brasileiro.

Destarte, embora a introdução desse instituto pelo ordenamento nacional comporte mais de um plausível enquadramento jurídico, foi esta a modalidade a eleita para nortear o presente estudo, tendo em vista sua precisão jurídico-formal, bem como sua boa recepção pelas Cortes.

Nesse sentido, constatou-se que a inobservância, pelo credor, de seu ônus de mitigar os danos provenientes do ilícito perpetrado pela contraparte, conjugado com o pedido de reparação da integralidade dos prejuízos experimentados, implica na caracterização do exercício abusivo do direito de indenização. Consequência disso será a ineficácia parcial da pretensão reparatória: quando da conformação final da indenização, o julgador deverá excluir do *quantum* a parcela de danos evitáveis, isto é, aqueles que o credor poderia ter mitigado por meio de diligências razoáveis.

Por outro lado, sublinhou-se que, quando o credor adotar medidas de mitigação, independentemente do seu sucesso, as despesas razoavelmente incorridas para tanto deverão integrar o montante que lhe é devido a título de reparação civil. Tal conclusão é nada mais do que decorrência lógica da aplicação

do princípio da reparação integral, fundamento de todo o sistema de responsabilidade civil brasileiro, que, dada a sua relevância, mereceu tópico a ele integralmente dedicado no presente ensaio.

A propósito, verificou-se, também, que a análise acerca da (in)aplicabilidade da teoria no caso concreto depende da ponderação de diversos fatores, com fundamento na baliza da razoabilidade. Com efeito, embora constatada a existência de requisitos para a utilização do *duty to mitigate the loss* no âmbito da responsabilidade civil contratual (que, em grande medida, estendem-se para a responsabilidade aquiliana), estes devem ser conjugados com o exame da razoabilidade das medidas mitigatórias que se espera sejam tomadas pelo credor. Conforme frisado, diversas vezes ao longo deste trabalho, não se pode exigir que a vítima do dano seja duplamente penalizada – pelo ilícito em si e pela redução do montante da indenização –, quando as diligências possíveis na hipótese concreta provocariam consequências negativas para si.

Acredita-se, portanto, que o presente trabalho logrou definir a moldura dentro da qual a responsabilidade civil pode fazer uso da teoria da mitigação dos danos como forma de materializar os vetores de solidarismo, operabilidade e boa-fé que integram a base do ordenamento brasileiro. Veja-se que o tratamento profundo do tema é imprescindível não só para evitar sua confusão com figuras jurídicas distintas, como é o caso da culpa concorrente, mas, também, para evitar que as Cortes façam uso da teoria de forma equivocada, impondo ameaça à segurança jurídica, risco que existe e não pode ser ignorado.

Assim, buscou-se demonstrar que a mitigação dos danos consiste em expressão da conjugação das figuras da boa-fé e do abuso de direito. Destarte, de modo algum o *duty to mitigate the loss* confronta o sistema de Direito estabelecido no Brasil. Aliás, pelo contrário: representa mecanismo de concretização de valores estruturais, de tal modo que, a despeito da inexistência de regra expressa que preveja tal ônus, a sua integração à ordem jurídica nacional é não só possível, como aconselhável.

REFERÊNCIAS

AFFONSO JR., Leonel. Mitigação de prejuízo em relação extracontratual. **Valor Econômico**, São Paulo, 5 nov. 2004. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2014/11/05/mitigacao-de-prejuizo-em-relacao-extracontratual.ghtml?ixzz3IC70xD8m>. Acesso em: 24 abr. 2021.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (Pontos de Convergência). **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 6, n. 24, p. 15-30, 2003.

_____. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. (org.). **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: CJP, 2005.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. **Comentários ao Código Civil brasileiro: dos atos unilaterais, dos títulos de crédito, da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5719-3/cfi/6/40!/4/2/22/4/2@0:0>. Acesso em: 14 mar. 2021.

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

ANTONIOLLI, Luisa; VENEZIANO, Anna. **Principles of European Contract Law and Italian Law**. Haia: Kluwer International, 2005. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/433791>. Acesso em: 21 abr. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. v. 2: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609697/pageid/221>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. v. 3: teoria geral dos contratos. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609703/pageid/32>. Acesso em: 14 maio 2021.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Filosofia e Direito privado: a fundamentação da responsabilidade civil contemporânea a partir da obra de Ernest Weinrib**. São Paulo: Grupo Almedina, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584934409/pageid/89>. Acesso em: 29 maio 2021.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negócio jurídico**. Lima: Ara Editores, 2001.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/pageid/259>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil**. 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. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil**. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 11 maio 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 414 da V Jornada de Direito Civil**. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/228>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 446 da V Jornada de Direito Civil**. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 459 da V Jornada de Direito Civil**. A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/413>. Acesso em: 16 abr. 2021.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 539 da VI Jornada de Direito Civil**. O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>. Acesso em: 11 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.364.509/RS**. Doação de imóvel em fraude de execução. Bem de família. Afastamento da proteção. Possibilidade. Fraude que indica abuso de direito. Recorrente: Carlos Eduardo Pietroski Da Rosa. Recorrido: Ciro Cezar Dalbem. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 10 de junho de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202658949&dt_publicacao=17/06/2014. Acesso em: 19 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.731.351/RS**. Servidor público. Reintegração. Pretensão de recebimento de indenização pelo período de afastamento. Improcedência. Longo período sem questionamento do ato de exoneração. Violação dos princípios da boa-fé objetiva e do *duty to mitigate the loss*. Recorrente: Oreste Secco. Recorrido: Município de Erechim. Relator: Ministro Og Fernandes, 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800658898&dt_publicacao=09/09/2020. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial nº 1.325.862/PR**. Responsabilidade civil. Sentença publicada erroneamente. Dano moral. Aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss*. Recorrente: Joel Samways Neto. Recorrido: Mara Regina Breckenfeld e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 05 de setembro de 2013. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1261343&num_registro=201102527190&data=20131210&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 08 jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 758.518/PR**. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. Duty to mitigate the loss. Inércia do credor. Agravamento do dano. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos LTDA. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Ministro Vasco Della Giustina, 17 de junho de 2010. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983680&num_registro=200500967754&data=20100701&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.808.079/PR**. Causalidade adequada. Preponderância causal. Sucessividade de condutas culposas. Concorrência de culpas. Art. 945 do CC/02. Afastamento. Recorrente: Auto Comercial Niponsul LTDA. Recorrido: Vanessa Kajimoto Dellarosa. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 08 de agosto de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900980456&dt_publicacao=08/08/2019. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.299.580/RJ**. Doação de imóvel em fraude de execução. Bem de família. Afastamento da proteção. Possibilidade. Fraude que indica abuso de direito. Recorrente: Tito Donati. Recorrido: Edson da Silva Santos e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15 de março de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1131883&num_registro=201103062131&data=20121025&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.201.672/MS**. Ação de cobrança. Contrato de cartão de crédito. Aplicação do princípio duty to mitigate the loss. Inviabilidade no caso concreto. Recorrente: Banestado Administradora de Cartões de Crédito Ltda. Recorrido: Antonio Gentil Rodrigues. Relator: Ministro Lázaro Guimarães, 27 de novembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1658300&num_registro=201001332866&data=20171127&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 maio 2021.

CALFAT, Mariana Marques. **A mitigação dos prejuízos sob a perspectiva do Direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

CARVALHO, Beatriz Veiga. **O dever de mitigar danos na responsabilidade contratual**: a perspectiva do direito brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____.; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Comentários ao novo Código Civil**: Arts. 927 a 965. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3878-9/pageid/394>. Acesso em: 14 mar. 2021.

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

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina 2005. t. IV.

_____. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

DERAINS, Yves. L'Obligation de Minimiser le Dommage dans la Jurisprudence Arbitrale. **Revue de Droit des Affaires Internationales**, p. 375-882, 1987. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/120100>. Acesso em: 21 abr. 2021.

DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 89-144, jan./mar. 2011.

_____. **Mitigação de danos na responsabilidade civil**. São Paulo: Thomson Reuters Basil, 2020.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.** 3 Cal.3d 176 (Cal. 1970).

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 51, n. 309, p. 23-32, jul. 2003.

_____. Da responsabilidade civil no novo Código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar./2010.

_____. *Code Civil* francês: gênese e difusão de um modelo. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 50, n. 198, p. 59-88, abr./jun. 2013.

_____. *Duty to mitigate the loss. Cheapest cost avoider. Hand formula*: aplicação judicial brasileira de doutrina e jurisprudência estrangeiras. O positivismo jurídico em um mundo globalizado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, p. 249-279, out./dez. 2017.

FARIA, Jose Eduardo. **Direito na economia globalizada**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

FARNSWORTH, Edward Allan *et al.* **Contracts: cases and materials**. 7. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2008.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. O Dever de Mitigar o Prejuízo (Duty to Mitigate the Loss) e a Responsabilidade Civil do Estado. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 38., 2012, Foz do Iguaçu, PR. **Anais eletrônicos...** Foz do Iguaçu, 2012. Disponível em: https://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-45.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

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, ano 5, p.109-119, jul./set. 2004.

GAGLIARDI, Rafael Villar. **Mitigação dos danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A evolução do sistema do Direito Civil: do individualismo à socialidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, p. 32-63, jul./set. 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/epubcfi/6/36%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!4/70/22%400:9.86>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____.; BRITO, Edvaldo (coord.). **Introdução ao Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/epubcfi/6/50%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml24%5D!4/48/2%400:0>. Acesso em: 19 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. v. 4: responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590500/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo2.xhtml%5D!/4/2/366%400:21.8>.

GRAU, Eros. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan. 1982. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em: 06 maio 2021.

INGLATERRA. **British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Electric Railways Co of London Ltd.** United Kingdom House of Lords, [1912] AC 673.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KULESZA, Gustavo Santos. **Princípio da mitigação de danos: evolução no direito contratual**. Curitiba: Juruá, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 2 obrigações; inclui responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml%5D!/4/2/328%400:28.9>. Acesso em: 24 abr. 2021.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

_____. **Mitigação dos prejuízos no Direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O chamado 'duty to mitigate' na responsabilidade civil. *In*: MILAGRES, Marcelo de Oliveira; ROSENVALD, Nelson. **Responsabilidade Civil: novas tendências**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017. p. 141-150.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 19. ed. v. 3: contratos e obrigações comerciais. São Paulo: Grupo GEN, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986421/epubcfi/6/24%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml11%5D!/4/86/2/10%5Bpg54a6%5D/2%400:0>. Acesso em: 14 maio 2021.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Duty to mitigate the loss no Direito Civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____. A recepção do *duty to mitigate the loss* no Direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 41, p. 325-351, dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.83761>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5605-9/pageid/359>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. Interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. Dano moral e pessoa jurídica. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p. 559-595.

_____. **A boa-fé no Direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. **Tratado de Direito Civil português**. Coimbra: Almedina, 2007. v. I.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. III.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2003. t. XXII.

_____. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXII.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 26.

_____. **Tratado de Direito Privado**. t. V. atual. por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1971. v. 5.

_____.; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1: parte geral. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502196124/pageid/70>. Acesso em: 21 maio 2021.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: _____ (coord.). **Temas relevantes de Direito Civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos de Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008. p. 283-321.

_____. Mora. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 571-652.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. A justiça social em Aristóteles, Kant e Rawls. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 46, p. 203-232, jan./mar. 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 158909-7**. Contrato de promessa de compra e venda. Responsabilidade do promissário-comprador inadimplente. Apelante: Muretama Edificações e Empreendimentos Ltda. Apelado: Sergio Meca De Lima. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Albino Jacomet Guérios. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1449140/Ac%C3%9Brd%E2%80%9Eo-158909-7>. Acesso em: 26 abr. 2021.

PAUTREMAT, Solène Le. Mitigation of damage: a french perspective. **International & Comparative Law Quarterly**, Cambridge, v. 55, p. 205-218, jan. 2006. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/mitigation-of-damage-a-french-perspective/00E0A9DDBAA11FDE8A0FD41F10B2CAF5>. Acesso em: 20 abr. 2021.

PEIXOTO, Alessandra Cristina Tufvesson. Responsabilidade extracontratual: algumas considerações sobre a participação da vítima na quantificação da indenização. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, n. 44, p. 135-139. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista44/Revista44_124.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml15%5D!/4/88/2/2%5Bfn39%5D%400:14.7>. Acesso em: 18 mar. 2021.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I: introdução ao Direito civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990367/epubcfi/6/20%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dfm03%5D!/4/30%400:25.4>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2: teoria geral das obrigações. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990619/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!/4/16/18%400:47.4>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. **Instituições de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3 contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990534/epubcfi/6/78%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml38%5D!/4/58/2%5Bch-282%5D%400:0>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

POZZOLI, Lafayette; SILVA, Luciano Braz da. Argumentações sobre a ética e a virtude para uma fundamentação da justiça no pensamento de Aristóteles. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 30, p. 421-443, jul./dez. 2012.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIO GRANDE DO SUL. Centro de Estudos do Tribunal de Justiça. Projeto “Debates sobre temas polêmicos”. **Responsabilidade civil pela interrupção de fornecimento de energia elétrica e o caso dos fumicultores**: um debate sobre a justiça da divisão de riscos. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/t emas_polemicos/RESPONSABILIDADE_CIVIL_CASO_FUMICULTORES.doc. Acesso em: 30 maio 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70025609579**. Apelante: Prakasa Indústria e Comércio de Utilidades do Lar Ltda. Apelada: Mercomáquinas Indústria Comércio e Representações Ltda. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, 20 de maio de 2009. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70025609579&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Tribunal de Justiça (10ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70055653323**. Responsabilidade civil. Inscrição em cadastro negativo. Indenização. Dano moral e material. Duty to mitigate the loss. Apelante/apelado: Everton Moreira Godoy, Etiane Janaina Ferraz da Silva, Embratel S.A. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 29 de agosto de 2013. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70055653323&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 08 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça (9ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 70083283333**. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Secagem de fumo. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Dever do fumicultor de adotar providência para evitar o dano. Especificidade de sua cultura agrícola. Necessidade de instalação de gerador próprio. Duty to mitigate the loss. Encargo de evitar o próprio dano. Pretensão indenizatória acolhida apenas em parte. Repartição dos riscos. Apelante: Claudiomiro dos Santos da Fonseca. Apelado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE-D. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70083283333&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 29 maio 2021.

_____. Tribunal de Justiça (9ª Câmara Cível). **Agravo interno nº 70084754886**. Ação de indenização. Secagem de fumo. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Não reconhecimento da excludente de responsabilidade e prevalência do laudo técnico do autor. Pretensão indenizatória, então, acolhida integralmente, pois

a interrupção foi superior a 24 horas. Apelante: Reni Costa da Silva. Apelado: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica - CEEE-D. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto, 02 de março de 2021. Disponível em: <https://consulta.tjrs.jus.br/consulta-processual/decisoes/acordaos?numeroProcesso=70084754886&codComarca=700&perfil=0>. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Tribunal de Justiça (11ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 50050933120198210033**. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido indenizatório. Irregularidade do cadastramento. Dano moral. Indenização devida diante do real abalo de crédito. Apelante: Beatriz Lieberknecht. Apelado: Sarah Correa Goncalves. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, 31 de março de 2021.

_____. Tribunal de Justiça (10ª Câmara Cível). **Apelação cível nº 5001003-10.2020.8.21.0044**. Apelante: Adroaldo Jose Dalvit. Apelada: RGE Sul Distribuidora de Energia S.A. Relator: Tulio de Oliveira Martins, 08 de abril de 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=50010031020208210044&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 30 maio 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986087/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter04%5D!/4/62/4/2%400:0>. Acesso em: 20 mai. 2021.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. *In*: TEPEDINO, Gustavo *et al.* (org.). **Diálogos sobre Direito Civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 136-152.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 0020863-12.2011.8.26.0577**. Acidente/seguro de veículo. Indenização. Ação regressiva. Violação do dever de parada obrigatória. Inaplicabilidade do “duty to mitigate the loss”, restrito ao Direito contratual. Apelante: Ademir Leonardo. Apelado: Brasil Veículos Companhia de Seguros. 25ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Marcondes D Angelo, 10 de setembro de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=00950F99E29F64043052388C9E579B1C.cposg6?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0020863->

12.2011&foroNumeroUnificado=0577&dePesquisaNuUnificado=0020863-12.2011.8.26.0577&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_a8215ffaddb74702a1bf206e633d74a1&g-recaptcha-response=03AGdBq25Ytqcn71jyPpIKRa2ZRwszkgA6LpMGK1K0GUURhYTrFoV4d6GOzUyYp7RdB5pdjL7A95H5yig9pQNk5hK8_hTLQiZ5OKOh9e73E1TKbW5FjAk5sFKqjpme8DWIXADXbm9NBSyOqa9huluKli9J1BfgogXEooSio73Stl9xvSn4n_vqCR2GhvAtnGb0FtAi1Nelkk0jyBrSzN8DJJE2FyagIRZXEWSz9qe2Z_OU2mQ3lz4-IJHdyGK1e6PkKnKn2dYMNG22IJK56lomKd38rwX-GqCqP4wja3FVP7CSt8t_TQ-TXg8RhrQhEpnRkqmhkRPP5PvtmuEjYAEc5hXmH9puMHbQDHko56KG36KjrAfL4PYsX0w8Sej6e3AQXXuiLkKxQqGXyoYOibJIVTcPzUmuV2qpSUfbMs1vq_IAPRGppQ5-lisfO1rjkkBl-aPSdtSypUJ#?cdDocumento=18. Acesso em: 28 abr. 2021

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito português e brasileiro. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.) **O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 31-56.

_____. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

_____. O conceito de dano no Direito brasileiro e no Direito comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 132-158.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flavio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor**: esboço do tema e primeira abordagem. mar. 2015. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/9>. Acesso em: 21 abr. 2021.

_____. **Direito Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 2 Direito das obrigações e responsabilidade civil. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989323/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml19%5D!/4/40/4%400:21.1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

_____. **Fundamentos do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4: responsabilidade civil. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992453/epubcfi/6/32%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter01%5D!/4/48/6%400:100>. Acesso em: 14 mar. 2021.

_____.; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense: 2020. v. 2: obrigações. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990008/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12%5D!/4/52%400:4.29>. Acesso em: 03 mai. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5653-0/epubcfi/6/26%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchap04%5D!/4/2%5BAA6%5D%400:0.00>. Acesso em: 30 maio. 2021.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 62. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021. v. 1: teoria geral do Direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994020/epubcfi/6/76%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml36%5D!/4/298/2%5Bpg783a6%5D/2%400:0>. Acesso em: 20 maio 2021.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020. v. 2 obrigações e responsabilidade civil. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024678/epubcfi/6/48%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter15%5D!/4/376/2/2%400:71.1>. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 3 contratos. E-book. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027129/epubcfi/6/38%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml17%5D!/4/20/2%400:0>. Acesso em: 24 abr. 2021.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A Mitigação do Dano e Alocação da Responsabilidade. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 35, p. 28-36, jul./set. 2012.